



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato di Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXXII Ciclo

Tesi di Dottorato

***La funzione nomofilattica nella Giustizia Amministrativa:
il problema del coordinamento fra le giurisdizioni apicali***

Relatore

Prof. Antonio Cassatella

Dottoranda

Giulia Giusy Cusenza

Anno Accademico 2018 - 2019



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dottorato di Studi Giuridici

Comparati ed Europei

candidata: Giulia Giusy Cusenza

*La funzione nomofilattica nella Giustizia Amministrativa:
il problema del coordinamento
fra le giurisdizioni apicali*

Relatore: Prof. Antonio Cassatella

Anno Accademico
2018 - 2019

**Indirizzo specialistico in:
Diritto amministrativo, costituzionale e internazionale
XXXII ciclo**

Valutatori esterni:

- Prof. ssa Giulia Avanzini
- Prof. ssa Annalisa Giusti

Esame finale: 6 marzo 2020

Commissione esaminatrice:

- Prof. Gian Domenico Comporti
- Prof. Alfredo Marra
- Prof. ssa Anna Simonati

LA FUNZIONE NOMOFILATTICA NELLA GIUSTIZIA
AMMINISTRATIVA:
IL PROBLEMA DEL COORDINAMENTO
FRA LE GIURISDIZIONI APICALI

INDICE

ABSTRACT 1

CAPITOLO PRIMO

L'ARTICOLAZIONE DELLE GIURISDIZIONI E L'ESERCIZIO DELLA
FUNZIONE NOMOFILATTICA

1. La certezza del diritto e la funzione nomofilattica 3
2. La nomofilachìa e l'unità e/o pluralità delle giurisdizioni 7
3. L'ordinamento italiano ed il conflitto tra monismo e dualismo giurisdizionale 9
4. Il dualismo giurisdizionale e il moltiplicarsi dei giudici della nomofilachìa 15
5. Funzione nomofilattica e l'assenza di un coordinamento fra i plessi giurisdizionali..... 19
6. L'Assemblea Costituente e la mancata riforma costituzionale 22
7. La funzione nomofilattica e l'evoluzione dell'ordinamento statale 30

CAPITOLO SECONDO

LA FUNZIONE NOMOFILATTICA INTERNA E LE TRE GIURISDIZIONI
SUPERIORI

1. Le ragioni di una complessiva riforma di sistema..... 35
2. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione 38
3. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 46
3.1. Dal precedente meramente persuasivo al precedente relativamente vincolante 51

3.2. <i>Le sezioni “ribelli” e la mancata rimessione all’Adunanza Plenaria</i>	56
3.3. <i>Il giudice amministrativo ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia: un possibile escamotage</i>	59
4. Le Sezioni Riunite della Corte dei Conti	61
5. Osservazioni di sintesi	64

CAPITOLO TERZO

FUNZIONE NOMOFILATTICA E COORDINAMENTO ISTITUZIONALE: PROFILI PROBLEMATICI

1. Il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti per motivi inerenti la giurisdizione	67
1.1. <i>Il sindacato della Corte di Cassazione e le statuizioni in materia di riparto</i>	71
2. L’evoluzione interpretativa del concetto di «eccesso di potere giurisdizionale»	78
2.1. <i>L’emersione di una nozione evolutiva e dinamica dei «motivi inerenti alla giurisdizione»</i>	82
3. L’intervento della Corte Costituzionale e la sentenza n. 6 del 2018	89
4. Le divergenze interpretative tra gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato	93
5. Lo strumento del «concordato» come mezzo di raccordo fra plessi giurisdizionali	102
6. La proposta legislativa: l’istituzione di un Tribunale dei conflitti presso le Sezioni Unite della Corte di Cassazione	112

CAPITOLO QUARTO

ANALISI COMPARATA

1. Brevi premesse di ordine generale	117
2. L’ordinamento giuridico francese: brevi cenni introduttivi in tema di riparto fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa	119
2.1. <i>Le Tribunal des conflits</i>	123

2.2. <i>L'auspicata riforma istituzionale del Tribunal des conflits</i>	124
2.3. <i>Prime riflessioni alla luce dell'esperienza francese</i>	131
3. L'ordinamento tedesco: un modello a struttura multi-giurisdizionale	134
3.1. <i>La disciplina tedesca in materia di conflitti fra ordini giurisdizionali</i>	136
3.2. <i>Il Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshofe des Bundes</i>	138
3.3. <i>Ulteriori brevi riflessioni in prospettiva comparata</i>	141
4. Il sistema giuridico spagnolo: un ordinamento ad impianto monista.....	143
4.1 <i>Los acuerdos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo</i>	145
4.2. <i>Il percorso evolutivo nell'utilizzo dei plenos no jurisdiccionales</i>	146
4.3. <i>Brevi riflessioni di sintesi</i>	149
5. Ultime conclusive annotazioni in chiave comparata	149

CAPITOLO QUINTO

ANALISI RICOSTRUTTIVA IN TEMA DI COORDINAMENTO TRA ORDINI GIURISDIZIONALI

1. Problematiche sul coordinamento fra plessi giurisdizionali.....	153
2. Strumenti ricostruttivi di matrice comparata per il raccordo istituzionale fra giurisdizioni interne e ordinamento nazionale.....	158
3. Ripensamento degli equilibri ordinamentali fra pluralità istituzionale ed unità funzionale della giurisdizione.....	160
4. L'apertura di canali di dialogo fra gli ordini giurisdizionali con funzioni di chiusura del sistema	166

BIBLIOGRAFIA	171
--------------------	-----

ABSTRACT

Dare contenuto effettivo al valore della «certezza del diritto» è un fine comune agli ordinamenti giuridici contemporanei di impronta democratica. Questa la genesi della ricerca.

La funzione nomofilattica, principale strumento con il quale viene perseguito tale proposito, ha l'obiettivo primario di garantire una coerente e costante interpretazione della legge ed una generale uniformità degli indirizzi giurisprudenziali, così da assicurare una complessiva unità del diritto all'interno dell'ordinamento giuridico.

Il fine, tuttavia, si scontra con l'instabilità delle fonti di produzione del diritto, espressione di un più ampio fenomeno di carattere generale - la c.d. «crisi della legalità» - che ha comportato una nuova centralità per l'operato del giudice di ultima istanza ed imposto un rafforzamento delle modalità attuative della funzione nomofilattica.

Il rafforzato ruolo assunto dalla nomofilachia garantisce l'uniformità del diritto all'interno di ciascun plesso giurisdizionale, ma, in assenza di opportuni strumenti di raccordo istituzionale, mette in discussione la complessiva capacità dell'ordinamento di garantire l'unità funzionale della giurisdizione.

Ricostruito il fomento la ricerca si è snodata, con una pentapartizione, nell'individuazione dei meccanismi istituzionali tesi a garantire il coordinamento fra le giurisdizioni apicali, le criticità esistenti, le prospettive.

Innanzitutto sono state approfondite le correlazioni esistenti fra l'assetto della funzione giurisdizionale e l'estrinsecarsi della funzione nomofilattica, concentrando l'attenzione sui caratteri peculiari di tale rapporto all'interno dell'ordinamento nazionale.

Poi si è analizzato l'esercizio della funzione nomofilattica, anche alla luce dei recenti interventi di riforma legislativa, in riferimento alle tre giurisdizioni superiori.

Sono stati altresì delineati i meccanismi attraverso cui l'Ordinamento tende ad assicurare il raccordo tra i diversi giudici della nomofilachia. Nello specifico, sono emersi due diversi ordini di problemi, rispetto ai quali l'Ordinamento non appronta soluzioni efficaci: i conflitti in tema di riparto giurisdizionale ed il consolidarsi di contrasti interpretativi tra i giudici apicali.

In considerazione di tali rilievi nella quarta parte si è proceduto all'analisi comparata, al fine di verificare - in riferimento ad altri Ordinamenti - l'esistenza o meno di analoghe criticità e strumenti di risoluzione, così da meglio interpretare la sistematica delle problematiche nazionali.

Nella parte conclusiva sono stati ripresi gli esiti dell'analisi svolta, meglio definiti i profili critici emersi ed enucleate ipotesi specifiche che possano garantire l'unità funzionale della giurisdizione. Il convincimento trattone è che il raggiungimento di un effettivo coordinamento interno alla funzione giurisdizionale può realizzare l'assunto per cui ogni Ordinamento giuridico, sebbene votato ad un pluralismo strutturale della giurisdizione, non può che conoscere un unico modo di rendere giustizia.

CAPITOLO PRIMO

L'ARTICOLAZIONE DELLE GIURISDIZIONI E L'ESERCIZIO DELLA FUNZIONE NOMOFILATTICA

SOMMARIO: 1. La certezza del diritto e la funzione nomofilattica - 2. La nomofilachia e l'unità e/o pluralità delle giurisdizioni - 3. L'ordinamento italiano ed il conflitto tra monismo e dualismo giurisdizionale - 4. Il dualismo giurisdizionale e il moltiplicarsi dei giudici della nomofilachia - 5. Funzione nomofilattica e l'assenza di un coordinamento fra i plessi giurisdizionali - 6. L'Assemblea Costituente e la mancata riforma istituzionale - 7. La funzione nomofilattica esterna e l'evoluzione dell'ordinamento statale.

1. *La certezza del diritto e la funzione nomofilattica*

Dare contenuto effettivo alla formula della «certezza del diritto» è intento comune agli ordinamenti giuridici contemporanei organizzati su base democratica ⁽¹⁾. Si tratta di un valore pienamente meritevole di essere perseguito, che si estrinseca nella tensione verso un apparato legislativo, amministrativo e giurisdizionale che garantisca la prevedibilità - in maniera ragionevolmente attendibile - dei rapporti giuridici che intercorrono fra i consociati e fra questi ed i pubblici poteri.

La certezza del diritto - nella sua nozione tradizionale - si qualifica in termini di prevedibilità circa l'interpretazione della norma giuridica e di stabilità degli orientamenti giurisprudenziali ⁽²⁾. In tal modo, i cittadini vengono dotati di un mezzo idoneo ad orientarne i comportamenti e le scelte con la finalità di ridurre le ipotesi di litigiosità sociale e l'insorgere di contenziosi.

¹ N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *riv. int. fil. dir.*, 28, 1951, 146; F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942; F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *riv. dir. proc.*, 1943, 81 e ss.; P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto le responsabilità della dottrina*, in *riv. dir. comm.*, I, 1942, 341-358, poi in *Opere giuridiche*, I, 1965, 504-511; M. CORSALE, *Certezza del diritto: I) Profili teorici*, in *enc. giur.*, Roma, VI, 1988, 5; A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003; G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005; A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Certezza del diritto*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 847; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006; P. GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, in ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2015, 68; G. PINO, *La certezza del diritto nello stato costituzionale* in www.gruppodipisa.it. In argomento cfr. R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, Relazione alle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa “Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica”, in www.federalismi.it, 17, 2018.

² G. SEVERINI, *La sicurezza giuridica e le nuove implicazioni della nomofilachia*, in www.federalismi.it, 19, 2018; si vedano gli interventi di F. PATRONI GRIFFI e M.A. SANDULLI al Convegno di Castello di Modanella, 8 e 9 giugno 2018, sul “Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica”, in www.giustizia-amministrativa.it; M.A. SANDULLI, *I giudici amministrativi valorizzano il diritto alla sicurezza giuridica*, in www.federalismi.it; ID., *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il processo*, 3, 2018, 45 e ss..

Un ordinamento che, con adeguati strumenti, assicuri la certezza del diritto e l'uniformità degli indirizzi giurisprudenziali rende una risposta in termini di efficacia ed efficienza del sistema giuridico, e valorizza, di riflesso, anche il principio di uguaglianza nella sua accezione formale ai sensi dell'art. 3 Cost. ⁽³⁾.

Oltre a garantire i valori dell'equità e della pari dignità sociale, la certezza del diritto rappresenta uno strumento di attuazione del principio di legalità. Potranno essere sanzionati per comportamenti contrari alla legge solo coloro che siano stati posti nella condizione di poter conoscere preventivamente gli obblighi loro imposti dall'ordinamento; non sarà, invece, ammissibile punire quei soggetti che non siano stati debitamente informati - sulla base di un sistema almeno formale di conoscibilità - circa il disvalore delle proprie condotte ⁽⁴⁾.

Ed ancora, tanto l'uniformità degli indirizzi giudiziari quanto l'omogeneità nell'applicazione delle disposizioni normative ingenerano nei cittadini un legittimo affidamento circa la continuità e la stabilità nell'interpretazione del diritto, con ricadute evidentemente rilevanti anche sul sistema economico ⁽⁵⁾.

³ In tal senso G. GORLA, *L'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi*, in *Diritto comparato e Diritto comune europeo*, Milano, 1981, 512-517; M. TARUFFO, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2014, 35 e ss.; cfr. anche G. FLORA, *La corte di Cassazione e la Costituzione*, in *Giust. civ.*, 2, 1965, 105; L. MONTESANO, *Ricondurre la Cassazione al giudizio di legittimità?*, in *riv. dir. proc.*, 1966, 623; G. AMOROSO, *Processo di cassazione e riflessi sulla funzione nomofilattica della Corte*, in "Tavola rotonda in ricordo di Sergio Mattone", Roma, 29 marzo 2017, 5.

⁴ "Il principio di legalità è strettamente legato al principio democratico. Ma non è solo questo il senso del principio di legalità riferito all'attività amministrativa, [...] esso richiede che la regola dell'azione amministrativa sia preconstituita: chiunque sia l'autore della regola. Non necessariamente preesistenza della legge, ma necessaria preesistenza della regola. Legalità come democrazia e legalità come certezza giuridica" in G. CORSO, *Il principio di legalità* in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 40; In tal senso, si veda anche M.A. SANDULLI, *Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all'incertezza del diritto*, in *Rass. parl.*, 2003, 127; P. CALAMANDREI, *Non c'è libertà senza legalità*, Bari, 2013, 11; G. PINO, V. VILLA (a cura di), *"Rule of Law". L'ideale della legalità*, Bologna, 2016.

⁵ In argomento, cfr. M. WEBER, *Economia e società. Diritto*, 1922, ed. it. di M. PALMA (a cura di), Roma, 2016; N. IRTI, "Calcolabilità" weberiana e crisi della fattispecie, *riv. dir. civ.*, 5, 2014, 36-44; ID., *La crisi della fattispecie*, *riv. dir. proc.*, 1, 2014, 36 e ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *riv. dir. civ.*, 1, 2015, 20, ora in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; ID., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *riv. dir. proc.*, 4-5, 2016, 917; F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, 19 dicembre 2016, in www.penalecontemporaneo.it; A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017; R. ORLANDI, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione "politica" delle corti di legittimità*, in *cass. penale*, 7-8, 2017, 2596; M. DE FELICE, *Su probabilità, «precedente» e calcolabilità giuridica*, in *riv. dir. proc.*, 6, 2017, 1546; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2018, 144. In merito all'affidamento riposto dal cittadino sull'azione della pubblica amministrazione, si veda F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; F. ROSELLI, *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici*, in *Scintillae Iuris. Studi in memoria di G. Gorla*, Milano, 1996, 319; S. MAZZAMUTO, *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Spunti di politica del diritto*, in *europa e dir. priv.*, 1999, 747 ss.; F. MERUSI, *Buona fede e*

La funzione nomofilattica ha l'obiettivo primario di garantire una coerente e costante interpretazione della legge e l'uniformità degli indirizzi giurisprudenziali, così da assicurare una generale armonizzazione del diritto all'interno dell'ordinamento giuridico ⁽⁶⁾. L'unità del diritto non implica l'immobilismo o la cristallizzazione dell'apparato legislativo, che non avrebbe altro esito se non quello di delineare un ordinamento incapace di reinventarsi al mutare delle esigenze economiche, sociali e culturali che periodicamente interessano la società contemporanea. Al contrario, attraverso una tendenziale conformità fra i precedenti giurisprudenziali, si attua quel necessario contemperamento tra le pretese di certezza ed affidabilità dell'ordinamento, e le esigenze di flessibilità del diritto ed apertura al mutamento ⁽⁷⁾.

Le variazioni all'interno della giurisprudenza sono del tutto fisiologiche, purché sostenute da ragioni evolutive di ordine economico, sociale, morale o culturale tali da

affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all' "alternanza", Milano, 2001; ID., La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio, in dir. amm., 2002, 527.

⁶ In tema, *ex multis*, cfr. G. GORLA, *L'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi*, cit., 515; M. FRANCESCHELLI, *Nomofilachia e Corte di Cassazione*, in *Giustizia e Costituzione*, 1986, 36; M. TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2006, 755 e ss.; G. IANNIRUBERTO, U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*, Milano, 2007; R. RORDORF, *Giudizio di cassazione. Nomofilachia e motivazione*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2012; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 2014; ID. (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017; F. PATRONI GRIFFI, *La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali*, 2017, in www.giustizia-amministrativa.it; G. CANZIO, *Calcolo giuridico e nomofilachia*, in *Calcolabilità giuridica*, cit., 169 ss.; G.P. CIRILLO, *La nozione di nomofilachia*, in www.giustizia-amministrativa.it; N. IRTI, *Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente)*, in *riv. dir. proc.*, 6, 2017, 1539; C. DELGADO SUÁREZ, *Sui modelli di Corti supreme e la revoca dei precedenti*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2018, 689; C. CONSOLO, *Il valore del precedente fra interpretazione giuridica e scandaglio del fatto del caso concreto*, in *dir. proc. amm.*, 1, 2018, 25; G. COSTANTINO, *Appunti sulla nomofilachia e sulle «nomofilachie di settore»*, in *riv. dir. proc.*, 6, 2018, 1443; M. TARUFFO, *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 111.

⁷ Così Cass. Civ., 2 agosto 1994, n. 7194; Cass., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144. In particolare, nella parte in cui affermano che la nomofilachia deve essere intesa in una prospettiva aperta e rivolta al cambiamento, essendo diretta a determinare un *diritto vivente* in continua evoluzione. Un fenomeno, quest'ultimo, che in forza della sua complessità esige la mediazione della giurisprudenza, che quindi lo disvela ma non per questo lo crea. In senso analogo Corte cost., n. 230 del 2012 e Corte EDU, *Sepe e di Leta c. Italia* del 2014, nella parte in cui affermano che l'evoluzione dell'interpretazione giurisprudenziale non è - di per sé - contraria alla corretta amministrazione della giustizia, ponendosi piuttosto in linea con l'esigenza di favorire un approccio dinamico ed evolutivo all'interpretazione del dettato legislativo nazionale ed europeo. In tal senso, si veda la prefazione di F. PROSPERI, in P. RESCIGNO, S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, 21; L. ROVELLI, *La nomofilachia è la funzione istituzionale della Cassazione*, in *rass. forense*, 3-4, 2014, 660; A. ABIGNENTE, *La dottrina del diritto tra dinamicità e purezza*, *Studio su A.J. Merkl*, Napoli, 1990, 19; S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 141; M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2001, 11; F. GALGANO, *Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana*, in *Contr. e impr.*, 2004, 1. Sul punto cfr. L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, *Jus*, 1976, 3, ora in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 11; ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996; L. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI, *Problema e sistema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2017; S. MAZZAMUTO, *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *europa e dir. priv.*, 3, 2018, 845.

giustificare l'abbandono dei precedenti canoni decisionali ⁽⁸⁾. È pertanto pienamente ammissibile che una Corte di vertice non segua passivamente i propri precedenti e muti il proprio orientamento, ma non è tollerabile che tali variazioni siano troppo frequenti o arbitrarie ⁽⁹⁾, cosicché anche il giudice che disattende un precedente deve opporre ad esso una motivazione plausibile basata su ragioni nuove ⁽¹⁰⁾.

A questo punto, è necessario precisare che l'ordinamento italiano, nonostante riconosca un ruolo rilevante all'esercizio di funzioni nomofilattiche, rimane comunque inserito in una cornice giuridica legata alla tradizione continentale ⁽¹¹⁾. Nell'ambito di

⁸ Si veda G. GORLA, *L'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi*, cit. 529; ID., *La motivation des jugements*, in *Foro It.*, V, 1979, 1; L. MENGONI, *L'argomentazione orientata dalle conseguenze*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit.; M. NIGRO, *Prefazione*, in *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1973, 9; P. L. MONTESANO, *Su alcune funzioni della Cassazione civile secondo la costituzione della Repubblica italiana*, in *Scintillae Iuris. Studi in onore di Gino Gorla*, Milano, 1994, 294; S. MAZZAMUTO, *Certezza e prevedibilità: nuove frontiere della nomofilachia e tentativi di "enforcement" del precedente*, in *Pol. dir.*, 2, 2003, 158; F. SAITTA, *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, in *dir. amm.*, 3, 2005, 585.

⁹ Plastica in tal senso la sintetica ricostruzione fornita da V. MANES [*Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"* in www.penalecontemporaneo.it] «Dovremmo semplicemente limitarci a constatare che - così come un giudice tra molte leggi è, in fin dei conti, un giudice senza legge - un'interpretazione tra molte interpretazioni possibili è arbitrio, e un "precedente" tra mille precedenti eterogenei e multidirezionali è semplicemente un'opinione, singolare, individuale, opinabile appunto, e, in definitiva, un non-precedente». In tal senso, S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in G. VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1988, 75 ss.; M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, 101 e ss.; G. MONETA, *I mutamenti della giurisprudenza della Cassazione civile*, Padova, 1993; A. PIZZORUSSO, voce *Corte di Cassazione. Postilla di aggiornamento*, in *enc. giur.*, IX, 1998, 2; E. LUPO, *Il funzionamento della Cassazione civile*, in *foro it.*, V, 1999, 193 ss..

¹⁰ Si tende a conciliare le opposte esigenze di prevedibilità delle decisioni, da un lato, e di necessario ed ineliminabile mutamento della giurisprudenza, dall'altro, in strumenti giuridici come il *prospective overruling*. Istituito, quest'ultimo, che nasce nel diritto statunitense con lo scopo di tutelare l'affidamento nel principio di diritto che viene *overruled*: il giudice - in sentenza - innova il precedente giurisprudenziale, ma escludendone, a livello applicativo, il caso in esame. In sostanza la sentenza che fa uso del *prospective overruling* conterrà due statuizioni in contraddizione, la prima conforme ai precedenti arresti giurisprudenziali che troverà applicazione - un'ultima volta - nel caso concreto, ed la seconda che viene stabilita e verrà ad essere applicata nelle decisioni future a carattere omologo. Il *prospective overruling* è recentemente entrato a far parte anche del panorama giuridico italiano, divenendo oggetto di dibattito, in particolare in riferimento all'individuazione del corretto bilanciamento fra la tutela dell'incolpevole affidamento e della prevedibilità delle decisioni, da un lato, ed il diritto alla tutela giurisdizionale della controparte che risulterebbe essere frustrata non essendo garantito nel caso concreto l'esatta interpretazione della legge. In tal senso, cfr. Corte di Cassazione, Ufficio del massimario e del ruolo, Relazione tematica su "*L'overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*"; F. CAVALLA, C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*, in *corr. giur.*, 2011, 1397; G. VERDE, *Mutamento di Giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *riv. dir. proc.*, 1, 2012, 9; in riferimento alla giurisprudenza del Consiglio di Stato si veda *Il c.d. prospective overruling dell'Adunanza Plenaria*, 4 dicembre 2018, in www.lexitalia.it.

¹¹ La cultura giuridica di *civil law* è fortemente ispirata all'idea di una legalità incentrata sul primato della legge scritta sulla spinta dell'Illuminismo giuridico settecentesco. La legge generale ed astratta viene ad essere esaltata come vera fonte del diritto, intesa come strumento più idoneo a conferire razionalità e certezza all'ordinamento giuridico. Da un tale postulato derivava un tendenziale rifiuto - teorico e politico

quest'ultima, storicamente, il precedente giurisprudenziale ha un carattere semplicemente persuasivo che opera come fonte di formazione e non di conformazione dell'opinione del giudice⁽¹²⁾, motivo per cui il valore giuridico delle sentenze è ancorato alla risoluzione delle singole controversie e non a fissare precedenti giurisprudenziali vincolanti⁽¹³⁾ come avviene, invece, negli ordinamenti di *common law*⁽¹⁴⁾.

2. La nomofilachia e l'unità e/o pluralità delle giurisdizioni

Nei Paesi a tradizione continentale la funzione nomofilattica viene normalmente affidata alle corti di vertice, che, nel vagliare le decisioni sottoposte al loro sindacato,

- alla produzione del diritto per via giurisprudenziale ed in generale all'attività interpretativa dei giudici. L'estremizzazione di una tale concezione risulta essere irrealista per l'impossibilità pragmatica di bandire la dimensione interpretativa dall'ordinamento giuridico. Così G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 120. Come però ben ricostruito da G. BENEDETTI [*Precedente giudiziale e tematizzazione del caso. Per una teoria della prassi*, in *Scintillae Iuris. Studi in onore di Gino Gorla*, Milano, 1994, 184] è necessario evidenziare il progressivo superamento della tradizionale contrapposizione tra *common law* e *civil law* in tema di precedente giurisprudenziale. È infatti possibile notare come nella cultura continentale sia in costante crescita l'attenzione prestata al tema del *precedente* e di come, all'opposto, nei sistemi di *common law* sia stata revocata la tradizionale assolutezza assegnata all'istituto dello *stare decisis*.

¹² L'unità del diritto si realizza in forza della capacità persuasiva del precedente, ossia nella capacità della giurisprudenza delle corti di vertice di influenzare le decisioni dei giudici di merito. Un ruolo essenziale, in tal senso, è affidato allo strumento giuridico della motivazione da intendersi come spiegazione razionale dell'iter logico posto alla base della decisione. In tal senso A. PIZZORUSSO, *Cassazione e diritto vivente*, in L. LANFRANCHI (a cura di) *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, 376; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, III, 2007, 709; G. PERA, *Noterelle. Diario di un ventennio*, in V.A. POSIO (a cura di), *Diritto e Rovescio*, Milano, 2014, 20; F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 25.

¹³ cfr. A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale ("a prima lettura") di Corte Costituzionale n. 230 del 2012* in www.consultaonline.it; G. AMOROSO, *Sindacato di legittimità e nomofilachia tra massime giurisprudenziali e principi di diritto*, in G. ALPA, A. SCHIESARO (a cura di), *Teoria e prassi della giustizia. Un dialogo tra accademia, magistratura e avvocatura*, Napoli, 2013, 274.

¹⁴ Si considerino ordinamenti come gli Stati Uniti o la Gran Bretagna dove la funzione nomofilattica - esercitata per mezzo del c.d. *stare decisis* - ha un valore cogente e non un carattere meramente persuasivo. Negli ordinamenti di *common law* la nomofilachia si estrinseca sia a livello orizzontale che verticale, imponendo alle corti il divieto di distaccarsi dai propri precedenti storici. Viene in questo modo garantita l'unità interpretativa del diritto, ma al fine di evitare che l'ordinamento ceda all'immobilismo e si fossilizzi sui precedenti giurisprudenziali, sono stati previsti degli strumenti, come il *distinguishing* e l'*overruling*, con lo scopo di assicurare una mobilità interpretativa dei testi normativi. In argomento, cfr. J. MARSHALL, *Trentatré cose che si possono fare con i precedenti*, in *Ragion pratica*, VI, 1996, 29 ss.; M. TARUFFO, *Per un'analisi comparata del precedente giudiziario*, *ivi*, 57; M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *quad. fior.*, 2015, 67; G. ALPA, *La regola del precedente e i suoi falsi amici*, in *Contratto e Impr.*, 4, 2017, 1073; per una più ampia ricostruzione in tema, G. GORLA, *Studio storico comparativo della "common law" e scienza del diritto (le forme d'azione)*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 25 ss.; ID., *Formazione e strutture fondamentali della "Common Law": le "forms of action"*, in *riv. trim. dir. proc.*, 1965, 1646 ss.; L. MOCCIA, *Common Law*, in *dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1988, 17 ss.; R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, II ed., Paris, 1978, trad. it. a cura di R. SACCO, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, II ed., Padova, 1973; U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, 1996; ID., *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Torino, 2004.

attraverso la cassazione di errori inerenti la corretta interpretazione ed applicazione del dettato normativo nel caso concreto, fissano dei principi di diritto che possano orientare i giudizi futuri, così da assicurare una generale uniformità degli indirizzi giurisprudenziali ⁽¹⁵⁾.

Ciò posto, si evidenzia l'esistenza di una stretta correlazione fra l'estrinsecarsi della funzione nomofilattica e le articolazioni interne alla stessa funzione giurisdizionale.

Il «monismo» ed il «dualismo» costituiscono i due principali modelli di riferimento della cultura giuridica occidentale per ciò che concerne le modalità d'assetto della funzione giurisdizionale. Entrambi affermano la piena giurisdizione del giudice ordinario a conoscere delle controversie che insorgono fra privati cittadini, giungendo, invece, a soluzioni opposte quando parte della controversia è la Pubblica Amministrazione. Da un lato, tanto il modello monista, quanto quello d'ispirazione dualista, convergono nell'attribuire le controversie «privatistiche» fra cittadini e amministrazione, regolate dal diritto comune, al giudice ordinario. Dall'altro, invece, emerge una manifesta contrapposizione in relazione alle controversie che hanno ad oggetto l'esercizio di poteri autoritativi da parte di un'amministrazione pubblica. Se la scelta monista affida anche queste controversie al giudice ordinario, la soluzione dualista le riserva ad un giudice speciale: il giudice amministrativo ⁽¹⁶⁾.

Questa scissione trova origine nelle differenti genesi culturali ed ideologiche delle moderne democrazie ⁽¹⁷⁾. L'ideologia angloamericana, d'impronta liberale, ha imposto una crescente tutela e valorizzazione delle libertà dei cittadini dalle ingerenze provenienti dall'esterno, comprese quelle di matrice pubblicistica, aprendo ad una concezione monista della giurisdizione; mentre la tradizione degli ordinamenti giuridici

¹⁵ Cfr. M. TARUFFO, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, cit..

¹⁶ Così, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976; M.P. CHITI, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2000, 312; S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2013, 52.

¹⁷ S. CASSESE, *Monismo e dualismo giudiziario. Storia e prospettive*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2017, 583 e ss.; ID., *Nuovi paradigmi per la giustizia amministrativa*, Introduzione alla prima sessione del convegno sulla giustizia amministrativa, Tar di Lecce, 16/10/2015, in www.irpa.eu; ID., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, 25; ID., *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 1992, 467 e ss.; ID., *Consiglio di Stato e pubblica amministrazione da una costituzione all'altra*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997, 50; G. FALCON, *Gli sperati progressi (e i temuti regressi) nella giustizia amministrativa*, in *op. ult. cit.*, 73; R. CARANTA, *La riforma della giustizia amministrativa. Rilievi comparatistici*, in *op. ult. cit.*, 135.

continentali è stata influenzata da un'impronta spiccatamente statalista, che ha valorizzato il ruolo ricoperto dallo Stato e dal suo apparato, privilegiando un'azione della pubblica amministrazione tendenzialmente esentata da intralci esterni nel perseguimento del pubblico interesse ⁽¹⁸⁾.

Un ordinamento giuridico che predilige un'impostazione d'impianto monista semplifica l'attuazione della funzione nomofilattica: infatti, essendo unica la giurisdizione, unico sarà l'organo di vertice competente a conoscere della corretta interpretazione ed applicazione delle fonti normative. Viceversa, la preferenza per un impianto giurisdizionale di tipo dualista avrà certamente ricadute positive in termini di effettività della tutela, sebbene possa mettere in discussione l'unità funzionale della giurisdizione ⁽¹⁹⁾.

In considerazione di ciò, diviene essenziale interrogarsi sulle concrete modalità operative in base alle quali possa garantirsi un'unità interpretativa ed applicativa del diritto con riferimento a quegli ordinamenti votati al pluralismo giurisdizionale. La convivenza di più organi di vertice, egualmente dotati di funzioni nomofilattiche, impone, infatti, l'individuazione di meccanismi processuali idonei ad assicurare una complessiva unità dell'impianto giurisdizionale ⁽²⁰⁾.

3. *L'ordinamento italiano ed il conflitto tra monismo e dualismo giurisdizionale*

Accertata l'esistenza di un'insolubile correlazione fra le scelte ordinamentali in tema di articolazione della funzione giurisdizionale e l'estrinsecarsi dell'ufficio

¹⁸ L'evoluzione che ha interessato questi due modelli ordinamentali ha dato luogo ad esiti inattesi, soprattutto se parametrati ai rispettivi presupposti di partenza. I modelli d'impianto statalista, basati sul dualismo giurisdizionale, sono risultati terreno fertile per lo sviluppo di giurisdizioni come quella, in Italia, del Consiglio di Stato, corpo dotato di duplice natura - amministrativa e giurisdizionale - divenuto giudice dei rapporti tra cittadini ed amministrazione. Negli ordinamenti giuridici che hanno fatto proprio il modello di stampo monista si è invece evidenziato che buona parte delle situazioni giuridiche soggettive delle parti private rimanevano sfornite di tutela. In tal senso, si veda M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, IV ed., 40.

¹⁹ In questi termini la ricostruzione del pensiero di Federico Cammeo [F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1909] fatta da F. VOLPE [*I 'costi' del mantenimento del sistema dualistico*, in G.D. COMPORI (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze, 2016, 217] "Se, a favore del secondo, si poteva ascrivere il merito di costruire un sistema più armonico, comprensibile a tutti, che escludeva conflitti tra gli apparati giudicanti, che faceva emergere l'unità della giurisdizione e assicurava una 'più completa' indipendenza, al primo spettava il riconoscimento di una maggiore competenza tecnica del giudice specializzato, tanto più necessaria nella valutazione di quei fatti complessi che oggi vengono fatti ricadere nel fenomeno della c.d. discrezionalità tecnica".

²⁰ In tal senso, cfr. anche A. CARBONE, *Nomofilachia dell'Adunanza Plenaria*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2019, 646.

nomofilattico, è opportuno procedere nel senso di ricostruire i termini di tale rapporto all'interno dell'ordinamento italiano, a partire dall'alternativa istituzionale fra il monismo ed il dualismo della giurisdizione.

All'indomani dell'unificazione del Regno d'Italia ⁽²¹⁾, su impulso delle teorie sull'unità strutturale della giurisdizione - confortate da esponenti del liberalismo inglese e francese ⁽²²⁾ - e su concreta ispirazione del modello giurisdizionale vigente in Belgio ⁽²³⁾, il legislatore nazionale deliberò a favore dell'estrema decisione di procedere all'abolizione del contenzioso amministrativo, così accogliendo, con l'emanazione della Legge 2248, All. E, del 20 marzo 1865, il modello a giurisdizione unica.

Le risultanze applicative della legge abolitiva del contenzioso si rivelarono, però, immediatamente dissonanti con quanto ipotizzato negli originari progetti di

²¹ Per i sistemi di tutela nei confronti della pubblica amministrazione vigenti nella fase pre-unitaria si veda F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico - evolutivi e prospettive*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2016, 115; P. TANDA, *Contributo allo studio sul dualismo giurisdizionale*, in *dir. e proc. amm.*, Quaderni n. 24, 2017, 18 - 20.

²² Albert Venn Dicey, nel 1850, nella *«Introduction to the Study of the Law of the Constitution»*, al capitolo XII (*«Rule of Law compared with "droit administratif"»*) sviluppa la teoria secondo la quale i soli sistemi di giustizia a strutturazione monista possano essere concretamente rispettosi del principio generale della *rule of law*. Al contrario, gli ordinamenti giuridici basati su un'idea di amministrazione della giustizia a carattere duale - che ergono le proprie fondamenta sul presupposto dell'esistenza di una legittima differenziazione fra interesse pubblico ed interesse privato - non possono che sfociare in un modello che si sviluppi in contrasto con il principio d'uguaglianza. In particolare, un corpo di regole quali quelle proprie del diritto amministrativo - dirette a preservare i privilegi della pubblica amministrazione, sottratta al sindacato del giudice ordinario e sottoposta all'esclusivo vaglio di corti amministrative legate al potere esecutivo - si pone in evidente opposizione con un'idea di società basata sulla *rule of law* [S. CASSESE, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *quad. fior.*, XIX, 1990, 5 e ss.; si veda, anche M. TARUFFO, *Il giudice e la "Rule of Law"*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 1999, 931 e ss.]. D'altro canto, Alexis de Tocqueville, in un passaggio della *Democrazia in America* [A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, Paris, I, 1951, 104 e ss.], critica aspramente l'operato del *Conseil d'État*, definendolo come un organo dedito esclusivamente a salvaguardare gli interessi del pubblico potere a svantaggio dei cittadini. Nel pensiero dell'Autore è fitta la critica alla doppia giurisdizione: un modello che legittima ed implica che in tutte le ipotesi in cui vengano in gioco interessi pubblici la controversia divenga appannaggio del Consiglio di Stato, che, però, non è guidato dalle ambizioni di giustizia ed equità, caratteristiche proprie del giudice ordinario. L'Autore definisce un tale assetto delle cose come *detestabile* e contrario all'insieme dei principi liberali [ID., *Ecrits et discours politiques, Oeuvres complètes*, Paris, II, III, 1985, 155], che non può essere considerato ammissibile da nessun paese che si definisca libero o democratico [ID., *Etudes économiques, politiques et littéraires, Oeuvres complètes*, Paris, 1866, 63 e ss.]. In definitiva, non può esserci altra regola generale se non quella che sancisca che tutte le controversie - a prescindere da quali siano le parti in causa - debbano trovare esito innanzi al giudice (senza eccezioni e specialità), così da garantire un pari trattamento di tutti gli attori sociali. È, quindi, *deprecabile* il tentativo di rendere un organo come il Consiglio di Stato erogatore abituale di giustizia.

²³ Il prototipo a cui si ispirò il legislatore italiano del 1865 fu la Costituzione belga del 1831 che assegnava ai Tribunali ordinari la competenza esclusiva a decidere su questioni relative ai diritti civili e politici. Nel 1946, anche il Belgio istituì un giudice amministrativo - il *Conseil d'État* - con una generale giurisdizione in materia amministrativa, abbandonando così il modello a giurisdizione unica a favore di un sistema a doppia giurisdizione su ispirazione francese.

riforma. Infatti, il già circoscritto sindacato giurisdizionale attribuito al giudice unico - limitato ai soli diritti civili e politici - venne ad essere ulteriormente ristretto in fase attuativa. A seguito della scelta legislativa di assegnare al Consiglio di Stato ⁽²⁴⁾ la risoluzione dei conflitti fra autorità giudiziaria ed amministrativa, venne prevalentemente negata la giurisdizione del giudice unico in tutte quelle controversie di cui fosse parte la Pubblica Amministrazione nella sua veste autoritativa. In particolare, il Consiglio di Stato, ricorrendo ad un escamotage interpretativo, affermava che quando si trattava della legittimità di un atto amministrativo, nessun diritto poteva mai pretendersi leso ⁽²⁵⁾.

L'abolizione del contenzioso amministrativo aveva determinato una vera e propria *zona franca* ⁽²⁶⁾ per l'azione della pubblica amministrazione, rispetto alla quale i cittadini erano ormai sforniti di ogni forma di tutela. L'aspirazione liberale che supportava una scelta ordinamentale di tipo monista ebbe nella sua attuazione pratica un esito del tutto opposto a quello ipotizzato ⁽²⁷⁾.

²⁴ Il Consiglio di Stato fu istituito in Italia - con il regio editto del 18 agosto 1831 - da Carlo Alberto di Savoia come organo consultivo dotato di amplissime funzioni che si estendevano alla maggior parte delle materie legislative ed amministrative (1831 - 1848). Successivamente alla creazione del sistema del contenzioso amministrativo, con la L. 3708/1859 - la c.d. riforma Rattazzi - la gran parte del contenzioso amministrativo con attribuzioni d'appello venne devoluto a favore del Consiglio di Stato. In tema cfr. Y. MÉNY (a cura di), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, Bologna, 1994; P. DE LISE, *Unità d'Italia e 180 anni di storia del Consiglio di Stato*, cit., 3; ID., *L'organizzazione e le funzioni del Consiglio di Stato italiano*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁵ Il mero rispetto delle regole amministrative non poteva costituire l'oggetto di una pretesa individuale azionabile dinanzi ad un organo giurisdizionale - cioè di un «vero diritto» - così escludendo *de plano* ogni competenza giurisdizionale del giudice unico. In tal senso, si veda S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 55;

²⁶ M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 763, ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 1996, 895; ID., *Giustizia amministrativa*, cit., 59. In particolare, l'Autore evidenzia come il legislatore del 1865 non attribuì al giudice ordinario tutte le controversie di cui fosse parte la pubblica amministrazione - come sarebbe stato naturale in un sistema ispirato al principio della giurisdizione unica - ma solo un numero limitato di esse. La legge abolitiva del contenzioso, delimitando rigorosamente - sia sotto il profilo positivo che negativo - l'ambito delle competenze riconosciute a favore del giudice ordinario, circoscrisse l'ampio perimetro dei c.d. *affari non compresi* che rimanevano affidati alla sola autorità amministrativa. L'Autore definisce *singolare*, se non addirittura contraddittoria, la scelta legislativa di configurare esplicitamente una zona di esenzione dell'azione dell'amministrazione da controlli giurisdizionali, proprio nel momento in cui si interviene con una riforma legislativa d'impianto liberale al fine di rafforzare la tutela del cittadino innanzi alla pubblica amministrazione, tramite la rimessione a favore del giudice ordinario [sulla *ratio* alla base di questo singolare comportamento del legislatore del 1865 si veda F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 591 ed anche M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della p.a.*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 234].

²⁷ A conferma di una tale circostanza la celeberrima dichiarazione del Ministro Pasquale Stanislao Mancini che testualmente affermava «Questo cittadino è stato ferito, e forse gravemente nei suoi interessi? Che cosa ha sofferto... Semplicemente una lesione degli interessi? Ebbene ch'ei si rassegni»; cfr. anche P. TANDA, *Contributo allo studio sul dualismo giurisdizionale*, cit., 27; A. PAJNO, *Norme costituzionali e giustizia amministrativa*, in *dir. proc. amm.*, 3, 1994, 448; G. SORICELLI, *Il processo*

Nel 1877, in un primo tentativo di sopperire a tali disfunzioni, il legislatore scelse di far trasmigrare la funzione di arbitro dei conflitti fra giurisdizioni dal Consiglio di Stato alla Corte di Cassazione ⁽²⁸⁾. L'intervento legislativo non produsse, però, gli esiti auspicati. Infatti, la Corte di Cassazione - come giudice della giurisdizione - tese ad individuare l'estensione del sindacato del giudice unico entro i limiti di un vaglio della «legalità estrinseca» del potere amministrativo, arrestandosi dinanzi all'esercizio di poteri discrezionali. In considerazione di ciò, essendo esigui i casi in cui l'autorità pubblica agiva tramite poteri vincolati, lo spazio concretamente affidato al giudice unico risultava essere assai modesto. In sostanza, il nuovo giudice della giurisdizione, tramite una forma di *self-restraint*, scelse di non discostarsi negli esiti da quella che era stata l'interpretazione restrittiva già precedentemente fissata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato ⁽²⁹⁾.

Tali discrasie sistemiche vennero compiutamente enucleate da Silvio Spaventa nel discorso pronunciato avanti all'Associazione dei costituzionalisti di Bergamo nel 1880 ⁽³⁰⁾. Il giudizio di Spaventa sulla legge abolitiva e sulla giurisdizione unica non poteva che essere fortemente critico: la radicale abolizione del contenzioso amministrativo non aveva avuto altro effetto se non quello di privare gran parte delle posizioni soggettive di una qualsiasi ambizione di giustizia, lasciando molti diritti sforniti di un giudice competente ed in balia della sola amministrazione attiva.

amministrativo ovvero il problema del complesso equilibrio tra il potere dell'amministrazione e la tutela del privato, in www.gazzettamministrativa.it.

²⁸ Il legislatore nazionale con la legge n. 3761 del 1877 si ispirò nuovamente al modello costituzionale all'epoca vigente in Belgio, preferendolo all'esempio francese del *Tribunal des conflits*.

²⁹ Sul punto si veda il pensiero espresso da L. MORTARA [*Conflitto e questioni di competenza fra un organo di giurisdizione speciale e l'autorità amministrativa*, in *Giur. it.*, 1898, I, 1, 223.] «non ci sembra tuttavia inesplicabile la riluttanza delle sezioni unite ad adempiere codesta parte del loro ufficio. In verità la corte di cassazione è, e non può mancarle mai la coscienza d'essere, l'organo supremo della giurisdizione civile ordinaria. Difficilmente può in essa penetrare la coscienza di un altro ufficio distinto da quello abituale e tradizionale, dell'ufficio nuovo, cioè, che l'evoluzione degli istituti giurisdizionali venne ad imporle, in relazione alla legge del 1877»; cfr. anche R. VACCARELLA, *I confini della giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo)*, in www.judicium.it, 4.

³⁰ Tale discorso - *La giustizia nell'amministrazione* - venne pronunciato la sera del 7 maggio 1880, poi pubblicato in un estratto dalla Gazzetta provinciale di Bergamo [n. 107 del 7 maggio] e successivamente raccolto da Benedetto Croce nel volume: S. SPAVENTA, *La politica della Destra. Scritti e discorsi*, Bari, 1909, 53-105. Più in generale sul pensiero di Silvio Spaventa si vedano G.M. CHIODI, *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa*, con prefazione di A. GALANTE GARRONE, Bari, 1969; cfr. anche G. CAPOGRASSI, *Il ritorno di S. Spaventa*, in *Opere*, Milano, VI, 1959, 17; M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, cit., 873; G. PALEOLOGO, *Silvio Spaventa e la Quarta Sezione del Consiglio di Stato*, in *Cons. St.*, II, 1990, 1215; N. DI MODUGNO, *Silvio Spaventa e la giurisdizione amministrativa in un discorso mai pronunciato*, in *dir. proc. amm.*, 1991, 375.

L'intervento legislativo del 1865, dopo solo pochi anni dalla sua entrata in vigore, fu definito come l'espressione di una riforma *imperfetta* che non poteva certamente fregiarsi del vanto di aver fatto avanzare - ma piuttosto retrocedere - l'ordinamento giuridico italiano ⁽³¹⁾.

Le disfunzioni generate dall'abolizione del contenzioso amministrativo provocarono il tramonto del monismo giurisdizionale e condussero alla reintroduzione del giudice amministrativo con l'istituzione nel 1889 della IV sezione del Consiglio di Stato per la Giustizia Amministrativa ⁽³²⁾. Silvio Spaventa, nuovamente, nel 1889, nel testo del discorso che avrebbe dovuto pronunciare per la solenne inaugurazione della IV Sezione ⁽³³⁾, riconosceva nel Consiglio di Stato un'istituzione innovativa, al passo con i tempi e le nuove esigenze di giustizia ⁽³⁴⁾. Un giudice speciale capace di arginare i profili deteriori dell'azione pubblica, estendendo il proprio sindacato anche a quegli aspetti dell'esercizio del potere che, pur non costituendo il *merito* delle scelte amministrative, non erano conoscibili dal giudice ordinario ⁽³⁵⁾.

Lo stesso Vittorio Emanuele Orlando - fervente sostenitore della giurisdizione unica - si trovò a dover riconoscere che, sotto il profilo pratico, fosse oramai diffuso, fra

³¹ Nella relazione al progetto governativo per l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato fu riportata la seguente prospettazione dell'allora situazione giudiziaria: «La legge 20 marzo 1865 all. E proclamò la unità della giurisdizione restituendo alla giustizia ordinaria tutte le materie di diritto civile e politico, ma nulla avendo sostituito al contenzioso amministrativo, che abolì, rimase abbandonata alla potestà amministrativa la immensa somma di interessi onde lo Stato è depositario. Quella legge, quindi, se per una parte fu l'applicazione del principio di libertà, segnò per l'altra un vero regresso, in quanto lasciò al solo apprezzamento dell'autorità amministrativa interessi che prima avevano un giudice». In tal senso, cfr. Senato del Regno, Atti parlamentari, Documenti, Sessione 1887-88, vol. 1, doc. 6; così in R. IANNOTTA, *Le condizioni politiche e sociali coeve all'istituzione della sez. IV del Consiglio di Stato e le prospettive attuali*, in *Studi per il centenario della Quarta Sezione*, Roma, I, 1989, 117 e ss..

³² Un sistema di giustizia amministrativa espressione di una ri-nascita con intenti di tipo *rimediali*, piuttosto che di un generale ripensamento di sistema, teso ad individuare nuovi strumenti di ordine tecnico-processuale a protezione di quelle posizioni individuali rimaste sfornite di tutela. In tal senso, F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, cit..

³³ Discorso pubblicato da R. RICCI, *Discorso inedito di S. Spaventa per l'inaugurazione della IV Sezione*, Milano, 1909.

³⁴ S. ROMANO, *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in onore del centenario*, Roma, I, 1932, 3; G. MELIS, *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., 6; A. PAJNO, *L'effettività della tutela*, in A. ROMANO [et al.], *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, 2004, 225; P. AIMO [et al.], *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, cit.; cfr. anche B. SORDI, *Giustizia amministrativa nell'età liberale. La formazione della nozione d'interesse legittimo*, Milano, 1985.

³⁵ S. CASSESE, *Continuità e fratture nella storia del Consiglio di Stato*, Relazione svolta in occasione dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato per festeggiare i 180 anni del Consiglio, Roma, 16 marzo 2011; A. ANGIULI, *Unità della giurisdizione giustizia amministrativa e controllo del potere autoritativo*, contributo reso in occasione del Convegno "Crisi e riforma della giustizia amministrativa" (Bari, 23 maggio 2014 - Camera amministrativa).

i cittadini e gli operatori del diritto, un largo favore per il giudice amministrativo: registrandosi un vero e proprio «*dissidio tra la teoria e la pratica*»⁽³⁶⁾. Infatti, proprio attraverso la categoria dogmatica dell'interesse legittimo ed un assetto duale della giurisdizione, avevano trovato protezione quelle posizioni giuridiche precedentemente rimaste sfornite di tutela⁽³⁷⁾.

Nel 1907, in occasione dell'istituzione della V sezione, con la legge n. 62/1907, si ebbe il definitivo riconoscimento della natura giurisdizionale del Consiglio di Stato. Condizione, quest'ultima, già parzialmente anticipata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione⁽³⁸⁾ al fine di affermare l'assoggettamento della IV sezione alla propria giurisdizione come giudice dei conflitti: venivano così ad essere definitivamente consacrate le ragioni del dualismo giurisdizionale⁽³⁹⁾.

³⁶ V.E. ORLANDO, *Contenzioso amministrativo*, in *dig. it.*, Torino, VIII, 2, 849 e ss.; ID., *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Torino, III, 1901, 633 e ss.. Il favore di Vittorio Emanuele Orlando per il Consiglio di Stato e la giustizia amministrativa troverà poi pieno riconoscimento nell'ampia "Introduzione" [*Sviluppi storici del diritto amministrativo in Italia dal 1890 al 1950*] all'ultima edizione dei *Principi di diritto amministrativo* [Firenze, 1952]. In tal senso, si veda la ricostruzione del pensiero di Vittorio Emanuele Orlando effettuata da M. MAZZAMUTO [*Il tramonto dottrinario del mito della giurisdizione unica alla luce dell'esperienza tra Orlando e Mortara*, in *www.giustizia-amministrativa*, 2019] laddove afferma che "Il Maestro, pur premettendo la sua "fiduciosa devozione" verso la Cassazione, osservava che "appunto per ciò è più penosa l'impressione quando si deve rilevare (e non solo a proposito del caso attuale) una minore sensibilità dimostrata dal Collegio Supremo dell'ordine giudiziario in materia di difesa del cittadino verso gli atti della pubblica amministrazione, in confronto di altro Collegio, anch'esso Supremo", cioè il Consiglio di Stato, ribadendo la sua contrarietà, già espressa nel Trattato, alla ricorribilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato in materia di annullamento: "Sono ora più che mai convinto che avevo ragione" [V.E. ORLANDO, *Un caso di conflitto tra Cassazione e Consiglio di Stato*, 1936, ora in ID., *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Milano, 1940, 355 ss.]

³⁷ Per queste ragioni, ai fini della tutela giurisdizionale, iniziarono ad aumentare gli interessi - divenuti nel frattempo legittimi - e diminuirono i diritti, con un riconoscimento sempre più ampio delle ragioni del dualismo giurisdizionale e della giustizia amministrativa. Si veda, in tal senso, F. MERUSI, E. FREDIANI, *Il processo amministrativo dalla Costituente al codice*, in *Amministrare*, 1, 2017, 139 e ss; V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla costituzione al codice del processo amministrativo)*, cit..

³⁸ Si veda, in particolare, la sentenza Cass., SS. UU. del 21.03.1893 n. 177, con la quale la Corte ammettendo il ricorso per Cassazione *ex art. 3, co. 1, n. 3, L. n. 3761/1877* avverso le sentenze della IV sezione del Consiglio di Stato per "giudicare dei conflitti di giurisdizione positivi o negativi fra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali, nonché della nullità delle sentenze di queste giurisdizioni per incompetenza od eccesso di potere", ne riconosceva implicitamente la natura giurisdizionale.

³⁹ Un sistema di giustizia amministrativa espressione «*di una stratificazione progressiva, in cui nulla si distrugge e ogni nuovo elemento si aggiunge*» nel tentativo di colmare le lacune che gradualmente andavano delineandosi. La riflessione è di F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico - evolutivi e prospettive*, cit.; in merito al percorso evolutivo affrontato dalla giustizia amministrativa si veda M. NIGRO, *Problemi del nuovo processo amministrativo*, in *Scritti giuridici*, cit., 1281; ID., *Alcuni consigli (scarsamente ortodossi) ai giovani avvocati amministrativisti*, in *Scritti giuridici*, cit., 1179; S. CASSESE, *Monismo e dualismo giudiziario. Storia e prospettive*, cit.; M. FROMONT, *La convergence des systèmes de justice administrative en Europe*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2001, 144-145; G. MORBIDELLI, *Il contributo del giudice amministrativo*, in M. SPASIANO (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Napoli, 2012, 310; cfr. anche A. DE

4. *Il dualismo giurisdizionale e il moltiplicarsi dei giudici dotati di funzioni nomofilattiche*

Dall'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, sebbene tramite un percorso evolutivo assai tortuoso, l'ordinamento italiano si è progressivamente assestato su un pluralismo strutturale della giurisdizione ⁽⁴⁰⁾. Una volta affermatesi le ragioni proprie del dualismo giurisdizionale, e considerando l'entità di una tale metamorfosi istituzionale, appariva evidente come la Corte di Cassazione non potesse più ricoprire, in posizione egemone, la funzione di custode dell'uniforme interpretazione ed applicazione del diritto all'interno dell'ordinamento statale, da condividere necessariamente con le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, quantomeno con riferimento agli ambiti di pertinenza della giustizia amministrativa ⁽⁴¹⁾.

È opportuno precisare che l'attribuzione di funzioni nomofilattiche a favore del Consiglio di Stato apparve, in primo momento, assai controversa. Una tale esitazione trovava origine nell'assunto in base al quale il giudice della nomofilachia fosse individuabile nel solo giudice di legittimità, un giudice che, di norma, non conosce del fatto, come invece avviene per il Consiglio di Stato, ma che si limita ad un giudizio di stretta legalità ⁽⁴²⁾.

ROBERTO, *Metamorfosi di giustizia amministrativa a Costituzione invariata*, in P. AIMO [et al.], *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, cit., 241. In senso contrario in riferimento all'inverarsi di un tale percorso evolutivo, si veda A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, Milano 2005; A. TRAVI, *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, in *dir. pubbl.*, 1, 2006, 97.

⁴⁰ S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit.; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008; ID., *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *dir. proc. amm.*, 1, 2012, 46 e ss.; F. MERUSI, E. FREDIANI, *Il processo amministrativo dalla Costituente al codice*, cit..

⁴¹ La prima attribuzione di funzioni nomofilattiche a favore delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti può essere fatta risalire ad un momento storicamente successivo, in particolare, alla previsione di cui all'art. 4, della L. 21 marzo 1953, n. 161.

⁴² Esemplificativo, in tal senso, il pensiero di P. CALAMANDREI [*La Cassazione civile*, cit., VI, 700] che ha rilevato che per poter assicurare l'esatta ed uniforme interpretazione della legge, la relativa istanza non potrebbe essere strutturata come un gravame appellatorio rinnovatorio, ma esclusivamente come un giudizio impugnatorio, volto a riesaminare non la controversia, ma l'operato del giudice. Dalla necessità di limitare il riesame alla sola questione di diritto emerge l'evidente impossibilità di coniugare - secondo una tale prospettiva - un giudizio dal carattere rinnovatorio con ambizioni nomofilattiche. In tal senso, si veda anche S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959, 177; nella letteratura più recente si veda la ricostruzione effettuata da M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, cit.; cfr. anche A. PAJNO, *Appello nel processo amministrativo e funzioni di nomofilachia*, cit., 563 e ss..

A ben vedere, però, l'attribuzione di tali funzioni all'organo di vertice della giustizia amministrativa non pare per nulla dissonante con l'impianto generale proprio della funzione giurisdizionale.

Deve rilevarsi come già all'epoca non sussistessero ragioni obiettive tali da far ritenere che la veste di giudice della nomofilachia dovesse essere inevitabilmente connessa allo svolgimento di un giudizio cassatorio, escludendone, quindi, in forza della presunta inconciliabilità con il giudizio rinnovatorio, il Consiglio di Stato e della Corte dei Conti ⁽⁴³⁾. Anche da una lettura del dato testuale di cui all'art. 65 del R.D. n. 12 del 1941, avulsa da ogni influenza ideologica, emerge come la funzione nomofilattica venga ad essere affidata alla Corte di Cassazione in quanto organo supremo della giustizia ordinaria e, quindi, in forza della posizione di vertice rivestita all'interno del proprio plesso giurisdizionale, a prescindere dallo svolgimento di funzioni limitate al solo vaglio di legittimità, piuttosto che ad un controllo esteso ad un giudizio sul fatto ⁽⁴⁴⁾. Posizione, quest'ultima, del tutto coerente con quella ricoperta dal Consiglio di Stato all'interno della giurisdizione amministrativa ⁽⁴⁵⁾.

⁴³ Il fondamento di una tale ricostruzione può essere rintracciato all'interno della ideologia di stampo illuminista, che, presupponendo utopicamente l'infallibilità del dettato legislativo, riteneva che la lettera della legge potesse essere o applicata o disattesa, ne conseguiva che ogni interpretazione ritenuta errata non era altro che un chiaro contravvenire al dettato legislativo, imponendone la caducazione. Ed ancora, un tale limite, trovava giustificazione in quell'impostazione che vedeva la disposizione normativa come slegata dall'interpretazione che delle stessa veniva data in costanza di giudizio, ed in base ad un tale assunto solo un giudizio slegato dal fatto appariva pienamente in grado di garantire un controllo oggettivo rispetto all'esatta osservanza della norma.

⁴⁴ Per un esplicito riferimento all'esercizio della funzione nomofilattica da parte del Consiglio di Stato si veda Cons. St. Sez. V, 24 marzo 1998 n. 354, in particolare, nella parte in cui si afferma che il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale esercita, nei riguardi dei tribunali amministrativi regionali, le medesime funzioni di nomofilachia che l'art. 65, co. 1, [R.D. n. 12 del 30 gennaio 1941 sull'ordinamento giudiziario] attribuisce alla Corte suprema di cassazione rispetto a tutti i giudici ordinari ed a quelli speciali nei confronti delle cui sentenze è ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge ex art. 111, co. 7, Cost. [*foro amm.* 1998, 723]. Ed ancora, l'art. 6, c.p.a. qualifica espressamente il Consiglio di Stato come «organo di ultimo grado della giurisdizione amministrativa» venendo quindi ad essere testualmente equiparato - salvo che in riferimento ai motivi inerenti alla giurisdizione - alla Corte di Cassazione che l'art. 65 dell'ord. giud. definisce come «organo supremo della giustizia».

⁴⁵ Inoltre, se da un lato non si registrano ragioni ostative all'esercizio di funzioni nomofilattiche nell'ambito di un giudizio rinnovatorio da parte del Consiglio di Stato, dall'altro deve ritenersi che, in forza delle peculiarità proprie del giudizio amministrativo, un sindacato esteso al fatto debba apparire addirittura preferibile. Infatti, nel giudizio amministrativo il fatto assume una rilevanza atipica rispetto al giudizio ordinario, in quanto si pone come presupposto dell'azione amministrativa o come condizione per la legittimità del suo esercizio. In forza di ciò, una struttura del giudizio amministrativo non aperta alla cognizione del fatto potrebbe portare ad un'inesatta applicazione della norma di legge. A ciò si aggiunge che il processo amministrativo per sua stessa natura tende alla verifica dell'esatta interpretazione della legge da parte della pubblica amministrazione, accertamento inscindibile da un giudizio sul fatto. Il giudizio amministrativo, in tal modo, implementa non solo l'unità del diritto e l'uniformità degli arresti giurisprudenziali all'interno della giurisdizione amministrativa, ma interviene concretamente al fine di garantire una generale uniformità rispetto alla stessa azione amministrativa. Così A. PAJNO, *Appello nel*

In sintesi, una volta superato l'assunto per cui l'ufficio nomofilattico debba essere ricostruito come strettamente legato all'esercizio di funzioni cassatorie, ed ammettendo, piuttosto, che tali funzioni siano ricollegate al ruolo apicale ricoperto dall'organo chiamato ad esercitarle, ne consegue che le funzioni di nomofilachia possano essere attribuite a giudici diversi dalla sola Corte di Cassazione ⁽⁴⁶⁾.

Il consolidarsi di autonome attribuzioni nomofilattiche a favore tanto della giustizia ordinaria, quanto della giurisdizione amministrativa, trova poi espressa conferma all'interno dello stesso dettato legislativo.

Già l'art. 122 del R.D. sull'Ordinamento Giudiziario del 1865 assegnava alla Corte di Cassazione la funzione precipua di garantire l'esatta osservanza del diritto all'interno dell'ordinamento nazionale ⁽⁴⁷⁾. Un successivo riferimento legislativo - anche se con formula non testuale - è poi reperibile nel dettato normativo dell'articolo 65 del R.D. sull'Ordinamento Giudiziario del 30 gennaio 1941 ⁽⁴⁸⁾. Previsione, quest'ultima, ancora in vigore e dal contenuto normativo invariato, che affida alla Corte di Cassazione, organo supremo della giustizia ordinaria, un ruolo di salvaguardia dell'esatta osservanza del diritto e l'ufficio di garante dell'uniforme interpretazione della legge e dell'unità del diritto oggettivo nazionale, così attribuendole la veste formale ed istituzionale di custode della certezza del diritto e della funzione nomofilattica ⁽⁴⁹⁾.

processo amministrativo e funzioni di nomofilachia, cit., 572; M. BRANCA, *La nomofilachia nella giurisdizione amministrativa*, 21 ottobre 2009, in www.federalismi.it, 6.

⁴⁶ cfr. anche A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 345; M. BRANCA, *La nomofilachia nella giurisdizione amministrativa*, cit.; A. CARBONE, *Nomofilachia dell'Adunanza Plenaria*, cit.; Considerazione che trova conferma anche in scritti meno recenti, in particolare G. GORLA, *L'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi*, cit., 520.

⁴⁷ È di interesse notare l'esistenza di un'evoluzione terminologica fra la disposizione del 1865, normativa previgente, e quella del 1941, disciplina attualmente vigente, infatti sarà solo con quest'ultimo intervento normativo che - tra gli uffici affidati alla Suprema Corte - verrà aggiunta all'esatta osservanza del diritto anche la funzione di garante dell'uniforme interpretazione della legge e della generale unità del diritto.

⁴⁸ In argomento, P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile. II. Disegno generale dell'istituto*, ora in Id., *Opere giuridiche*, VII, Napoli, 1976, 34 e ss.; vedi anche *Le corti supreme. Atti del Convegno* (Perugia, 5-6 maggio 2000), Milano, 2001; G. ALPA, V. CARBONE (a cura di), *Giurisdizioni di legittimità e regole di accesso: esperienze europee a confronto*, Bologna, 2011; G. DE AMICIS, E. VINCENTI, M. ACIERNO, *Il ruolo della cassazione: tradizione e mutamenti*, Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo presso la Corte Suprema di Cassazione, in www.penalecontemporaneo.it; C. BESSO, S. CHIARLONI (a cura di), *Problemi e prospettive delle corti supreme. Esperienze a confronto*, Napoli, 2012; S. RUSCIANO, *Nomofilachia e ricorso in Cassazione*, Torino, 2012.

⁴⁹ In argomento d'interesse la riflessione di G. GORLA [*Postilla su "l'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi"*, in *foro it.*, V, 1976, col. 134] che riconosce, proprio alla luce di quanto disposto dall'art. 65, *ord. giud.*, alla Corte di Cassazione, in veste di giudice della nomofilachia, un ruolo istituzionale e non di mero fatto. Secondo una tale ricostruzione la Corte di Cassazione è gravata da un

Allo stesso modo, l'art. 38 del R.D. del 2 giugno 1889, n. 6166 - qualora all'interno della IV sezione fossero emerse interpretazioni contrastanti su una medesima questione giuridica - già riconosceva la possibilità di rinviare la decisione della controversia, con finalità di composizione del conflitto interpretativo, ad una seduta plenaria, composta da nove membri votanti, consacrando così le ragioni di un embrionale esercizio della funzione nomofilattica all'interno della giustizia amministrativa ⁽⁵⁰⁾.

L'effettivo estrinsecarsi - nell'ambito della giurisdizione amministrativa - della funzione nomofilattica si andò meglio a delineare a seguito dell'istituzione della V sezione del Consiglio di Stato con l'emanazione del R.D. n. 638 del 17 agosto 1907 che all'art. 37, co. 2 faceva adesso espresso richiamo all'Adunanza Plenaria, composta dal Presidente del Consiglio di Stato e da otto magistrati, quattro per ciascuna delle due sezioni esistenti, designati annualmente con Decreto Reale ⁽⁵¹⁾. Tale disposizione, poi

vero e proprio dovere funzionale di assicurare l'uniforme interpretazione della legge e l'unità del diritto oggettivo nazionale, imponendo un obbligo giuridico di conformazione a carico dei giudici di merito.

⁵⁰ Il testo dell'art. 38 del r.d. del 2 giugno 1889, n. 6166 stabiliva: «se la sezione riconosce che il punto di diritto sottoposto alla sua decisione ha dato luogo a precedenti decisioni tra loro difformi della stessa sezione, potrà rinviare con ordinanza la discussione della controversia ad altra seduta plenaria con concorso di nove votanti» [trattasi della prima menzione rinvenibile che sia riferita all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato]. In riferimento all'evoluzione storica della normativa che disciplina il funzionamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, cfr. M. SANINO, *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 108.

⁵¹ Dalla lettura delle succitate disposizioni normative emerge come la composizione dell'Adunanza Plenaria fosse originariamente contraddistinta da una rigida proporzionalità e corrispondenza fra il numero dei membri componenti e le sezioni del Consiglio di Stato, in particolare, in un rapporto di quattro votanti per ciascuna sezione. L'adeguamento ai principi di diritto e le scelte conformative delle singole sezioni discendevano dal riconoscimento all'Adunanza Plenaria della funzione di sintesi dell'insieme delle sensibilità delle diverse sezioni giurisdizionali. In particolare il riferimento iniziale ai «nove votanti» designati annualmente con decreto reale, fu sostituito con il richiamo a «quattro consiglieri, per ciascuna Sezione giurisdizionale che costituivano, insieme col presidente del Consiglio di Stato, l'Adunanza Plenaria». Con l'istituzione della VI Sezione del C.d.S., il d.lgs. n. 642/1948 stabilì che i relativi componenti «concorrono a costituire l'Adunanza Plenaria secondo le disposizioni dell'art. 45, co. 3, del testo unico». In definitiva, ai quattro consiglieri delle due sezioni già esistenti furono aggiunti ulteriori quattro consiglieri appartenenti alla neo-istituita VI Sezione. Una tale composizione - complessivamente di dodici membri a cui si aggiunge il presidente del Consiglio di Stato - è stata espressamente cristallizzata all'art. 5 della legge n. 186/1982, rubricato l'«Adunanza Plenaria». In argomento, si veda C. LAMBERTI, *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, in *giur. it.*, 2013, 4. La normativa che imponeva una composizione proporzionale dell'Adunanza è stata abrogata con l'entrata in vigore del D.L. 112/2008, che ha strutturato la Plenaria come un'articolazione autonoma, dotata di specifiche competenze, i cui membri non sono più frutto di una sintesi paritetica fra le diverse sezioni giurisdizionali, ma espressione di una scelta discrezionale affidata al Presidente del Consiglio di Stato. L'osservanza dei principi di diritto fissati dall'Adunanza Plenaria non avviene più in ossequio a mere proporzioni numeriche, ma in forza dell'intrinseca autorevolezza acquisita per il ruolo ricoperto come giudice della nomofilachia. In particolare il D.L. n. 112/2008 ha modificato la legge n. 186/1982, nel senso di attribuire al Presidente del Consiglio di Stato - in sostituzione del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa - la determinazione con proprio provvedimento, all'inizio di

confluita nel testo dell'art. 45, c. 2, del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 ⁽⁵²⁾, successivamente integrata dall'art. 5 della legge 21 dicembre 1950, n. 1018, disponeva che le sezioni semplici del Consiglio di Stato potessero rimettere all'Adunanza Plenaria la decisione di un ricorso qualora emergessero contrasti giurisprudenziali reali o potenziali. Ed inoltre attribuiva al Presidente del Consiglio di Stato il potere di deferire, su richiesta delle parti o d'ufficio, all'Adunanza Plenaria qualunque ricorso richiedesse la preventiva risoluzione di una questione di massima di particolare importanza ⁽⁵³⁾.

Erano già pienamente riconoscibili quei tratti propri di giudice della nomofilachia, che si verranno meglio a delineare con l'entrata in vigore della l. n. 1034 del 1971, nella parte in cui ha investito il Consiglio di Stato del ruolo di giudice di appello, e successivamente riconosciuti, in via espressa, con l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo ⁽⁵⁴⁾.

5. Funzione nomofilattica e l'assenza di un coordinamento fra i plessi giurisdizionali

Se il moltiplicarsi delle corti di vertice profilava uno sviluppo fruttuoso delle funzioni di nomofilachia all'interno dei singoli plessi giurisdizionali, diversamente, le

ogni anno, della composizione dell'Adunanza Plenaria, così eliminando ogni riferimento testuale alla composizione paritetica dell'Adunanza Plenaria fra le sezioni giurisdizionali. Ed inoltre, al Presidente del Consiglio di Stato veniva ad essere riconosciuta l'attribuzione circa l'individuazione delle sezioni con funzioni giurisdizionali o consultive, la determinazione delle rispettive composizioni e materie di competenza. Con l'abrogazione, poi, dell'art. 5 legge n. 186/1982 - ad opera dell'art. 4, n. 13, dell'Allegato 3 al D.Lgs. n. 104/2010 - è venuto meno anche l'assenso obbligatorio del Consiglio di Presidenza alla scelta dei componenti dell'Adunanza Plenaria da parte del presidente del Consiglio di Stato, che dovrà solamente essere sentito.

⁵² Il testo dell'art. 45, co. 2, del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 prescriveva che «Se le sezioni, cui è stato rimesso il ricorso, riconoscono che il punto di diritto sottoposto al loro esame ha dato luogo a precedenti decisioni in sede giurisdizionale tra loro difformi, possono, su richiesta delle parti o di ufficio, rinviare con ordinanza la controversia all'Adunanza Plenaria col concorso di nove votanti».

⁵³ Il tenore letterale dell'art. 45, r.d. 1054/1924 a seguito dell'integrazione ex all'art. 5 della legge 21 dicembre 1950, n. 1018 era il seguente: «La sezione, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dar luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o di ufficio può rimettere il ricorso all'Adunanza Plenaria. Prima della decisione il Presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio può deferire all'Adunanza Plenaria qualunque ricorso che renda necessaria la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza».

⁵⁴ In tal senso, cfr. M. BRANCA, *La nomofilachia nella giurisdizione amministrativa*, cit.; F. SORRENTINO, *Il doppio grado nel giudizio amministrativo*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, Milano, 1996, II, 1390; in senso contrario all'effettività del ruolo di giudice della nomofilachia originariamente riconosciuto all'Adunanza Plenaria si veda, C. LAMBERTI, *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, cit., 4; in particolare nella parte in cui l'autore afferma che «Al principio di diritto affermato nella decisione, le Sezioni non avevano alcun obbligo di conformarsi. Più che organo di nomofilachia, l'Adunanza Plenaria operava come Sezione super partes, cui far decidere, nel caso di contrasto, l'intera controversia».

risposte ordinamentali finalizzate a garantire un coordinamento fra le articolazioni interne allo stesso potere giurisdizionale risultavano essere assai carenti.

La prima disposizione in materia è individuabile all'interno della legge n. 2248 del 1865, Allegato D, che all'art. 10 conferiva al Consiglio di Stato la funzione di risoluzione dei conflitti di attribuzione tra giudice ordinario, amministrazione e, nelle limitate ipotesi in cui ancora sussistevano, giudici speciali. La scelta cadeva, all'indomani dell'unificazione d'Italia, sul Consiglio di Stato, all'epoca considerato come un'articolazione dello stesso potere esecutivo, al fine di salvaguardare l'azione dell'amministrazione da possibili ingerenze ad opera del potere giurisdizionale.

Allo stesso modo, con riferimento alla giurisdizione contabile, la legge istitutiva della Corte di Conti nel Regno d'Italia n. 800, art. 43 del 14 agosto 1862, prescriveva che anche le decisioni della Corte dei Conti dovessero essere impugnate avanti al Consiglio di Stato in ipotesi d'incompetenza per materia o per eccesso di potere.

Tale disciplina venne successivamente sostituita dalla legge del 31 marzo 1877 n. 3761 - la c.d. legge sui conflitti di attribuzione - con cui veniva traslata in capo alla Corte di Cassazione la competenza a conoscere e a dirimere i conflitti di natura giurisdizionale che potessero insorgere fra la giurisdizione ordinaria, amministrativa e contabile ⁽⁵⁵⁾. La scelta di far transitare una tale funzione a favore della Corte di Cassazione trovava giustificazione, come già evidenziato, nel timore che il Consiglio di Stato non fosse dotato della necessaria indipendenza per poter arginare i tentativi d'ingerenza del pubblico potere, rischiando così di mettere in discussione la tenuta del principio di separazione fra i poteri dello Stato ⁽⁵⁶⁾. Questa scelta istituzionale è rimasta

⁵⁵ A seguito dell'entrata in vigore della c.d. legge sui conflitti e con l'attribuzione in capo alla Corte di Cassazione del ruolo di regolatore della giurisdizione, quest'ultima acquisisce un ruolo distinto ed autonomo rispetto agli altri organi giurisdizionali ed alle sue stesse ordinarie funzioni, facendo della Corte - in composizione a sezioni unite - un partecipante attivo del potere giudiziario ed al tempo stesso quasi la esclude da esso; quest'ultima riflessione in I.M. MARINO, *Corte di Cassazione e giudici «speciali»* in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, cit..

⁵⁶ Un timore, quest'ultimo, tuttora presente ove si prendano in considerazione le voci a favore dell'unità formale della giurisdizione supportate anche dalla paventata mancanza della necessaria indipendenza in capo ai giudici amministrativi - in termini di accesso alla carriera ed organizzazione - rispetto all'azione amministrativa. In particolare la parte della dottrina che contesta l'effettiva terzietà del giudice amministrativo ritiene che militino in tal senso elementi quali la nomina governativa del Presidente e di un quarto dei membri del Consiglio di Stato, spesso espressione dei ranghi più alti della pubblica amministrazione; il cumulo fra funzioni giurisdizionali e consultive; il possibile conferimento d'incarichi extragiudiziaria. In argomento si veda F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente. 70 anni dell'Assemblea Costituente e della Costituzione*, Napoli, 2018, 247; E. FOLLIERI, *Per l'indipendenza del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*, 2016; ID., *Le garanzie d'indipendenza del Consiglio di Stato*, in *dir. proc. amm.*, 2016,

immutata nel tempo, trovando successiva conferma all'interno dell'art. 65 del R.D. n. 12 del 1941, che fra le diverse funzioni affidate alla Suprema Corte annovera anche quella di giudice della giurisdizione. In termini analoghi, prima il R.D. n. 638 del 1907, e poi l'art. 48 del R.D. n. 1054/1923, sancivano l'impugnabilità innanzi alla Corte di Cassazione delle sentenze deliberate dal Consiglio di Stato laddove ricorresse un'ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione ⁽⁵⁷⁾.

È possibile notare come le disposizioni sopra citate fossero rivolte a regolare il solo riparto fra le giurisdizioni, assumendo che fosse sufficiente individuare precisi confini tra gli ordini giurisdizionali al fine di scongiurare potenziali contrapposizioni ⁽⁵⁸⁾. Pertanto, non si considerava imprescindibile l'individuazione di specifici meccanismi processuali a tutela di una complessiva unità di sistema. Deve però evidenziarsi che - al di là delle rappresentazioni teoriche - il diritto non può qualificarsi come una disciplina rigidamente suddivisa in compartimenti stagni, esistendo principi, categorie ed istituti dal carattere inevitabilmente condiviso. Così come è erroneo l'assunto per cui il giudice della giurisdizione nel pronunciarsi in materia di riparto, non conosca anche di questioni di carattere sostanziale.

L'accesso scontro, intervenuto tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato, in merito all'individuazione del criterio più utile ai fini del riparto, non può che confermare l'erroneità di un tale presupposto di partenza. La circostanza che questo conflitto abbia potuto trovare composizione solamente a seguito di un compromesso informale fra le giurisdizioni - il "concordato Romano - D'Amelio" ⁽⁵⁹⁾ - funge da

234; A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato tra giurisdizione ed amministrazione*, in *dir. pubbl.*, 2011, 505 e ss.; R. CHIEPPA, *A proposito d'indipendenza della Corte dei Conti e del Consiglio di Stato*, in *giur. cost.*, 1967, 1, 24; A. D'ALLOIA, *L'autogoverno delle magistrature "non ordinarie" nel sistema costituzionale della giurisdizione*, Napoli, 1996, 49 e ss..

⁵⁷ L'utilizzo della dizione difetto assoluto di giurisdizione impose in dottrina una riflessione circa l'impugnabilità innanzi alla Corte di Cassazione delle sole ipotesi di invasione dello spazio riservato al potere legislativo ed esecutivo, ovvero anche delle ipotesi d'invasione di sfere di competenza proprie di giudici appartenenti ad altri e diversi plessi giurisdizionali. L'interpretazione prevalente propose a favore di un'interpretazione a carattere estensivo che riconoscesse alla Corte di Cassazione la competenza a dirimere conflitti inerenti sia ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, che quelli insorti fra le diverse articolazioni proprie della funzione giurisdizionale. In tal senso cfr. R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e ricorso per "violazione di legge")*, in *www.sipotra.it*, 11; A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *www.federalismi.it*, 1, 2018.

⁵⁸ In argomento si veda G.D. COMPORI, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in *ID.*, (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio*, cit., 11.

⁵⁹ Si cfr. Cass. Civ., sez. un., 28 aprile 1928, in *Giur. it.*, 1928, I, 972; si veda, in particolare, M. D'AMELIO, S. ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *riv. dir. pubbl.*, 1929, 181 e ss.. In argomento cfr. R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione del*

ulteriore riprova circa l'inadeguatezza di un ordinamento a vocazione plurale che difetti di appositi meccanismi di coordinamento.

Una nomofilachia esterna dal carattere incompiuto non poteva che rivelarsi inadatta all'effettivo esercizio della funzione cui era idealmente preposta.

6. *L'Assemblea Costituente e la mancata riforma istituzionale*

Nel corso dei lavori in Assemblea Costituente si aprì una discussione in merito all'individuazione del modello giurisdizionale che potesse meglio rispondere alle nuove esigenze ordinamentali, riconfermando, in ultimo, l'adesione al dualismo giurisdizionale ⁽⁶⁰⁾.

Durante il dibattito costituente a farsi promotore di un ritorno all'ideale della giurisdizione unica fu soprattutto Piero Calamandrei ⁽⁶¹⁾. Il progetto presentato da Calamandrei era finalizzato alla concreta attuazione del principio di unicità della giurisdizione, richiamando gli stessi ideali che nel secolo precedente avevano ispirato i fautori della legge abolitrice del contenzioso. In particolare, si individuava nel giudice unico il solo soggetto in grado di garantire - a fronte dell'azione della pubblica amministrazione - la concreta imparzialità ed indipendenza nell'interpretazione ed applicazione del dettato legislativo. Nella bozza di proposta si indicava la Corte di

concordato Romano-D'Amelio, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2004, 14 ss.; ID., *Il riparto di giurisdizione*, in A. ROMANO [et al.], *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano*, cit.; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere*, cit., 1686; P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli, 2016, 136 e ss.; in tal senso, anche M. NIGRO, *Questione di giurisdizione in tema di legittimità di atti amministrativi di annullamento ex officio*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, 116.

⁶⁰ I lavori dell'Assemblea Costituente sono integralmente pubblicati in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Camera dei deputati, Roma, 1970, in otto volumi. Un'utile sintesi dei lavori dell'Assemblea Costituente in nota ai singoli articoli della Costituzione sono reperibili in V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana. Illustrata con i lavori preparatori*, Milano, 1976; cfr. anche V. ANDRIOLI, *Le Giurisdizioni speciali nella Costituzione della Repubblica*, in *Le Giurisdizioni Speciali Amministrative*, Milano, 1956, 6; G. SILVESTRI, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, 716 ss.; A. POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra «Attuazione» e «Adeguamento» della Costituzione*, Napoli, 1995, 123 e ss.; E. FOLLIERI, *La giustizia amministrativa nella Costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *riv. trim. dir. proc. amm.*, 2001, 911; R. ROLLI, *La giustizia amministrativa nella Costituzione del 1948, in nomos*, 2, 2017, 1 - 10.

⁶¹ Ad oggi tale prospettazione rimane caposaldo della Scuola fiorentina di diritto amministrativo, si veda A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit.; L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *dir. pubbl.*, 2014, 561; C. CUDIA, *Appunti per un dibattito su Cassazione e pubblica amministrazione*, in *dir. pubbl.*, 1, 2015, 127; ma è sostenuta anche da diversi processual civilisti, si veda A. PROTO PISANI, *L'art. 113, 3° comma, Cost.: una norma, troppo spesso dimenticata, fondamentale per la tutela effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione*, in *foro it.*, V, 2015, 186; F. BILE, *Intorno all'unità della giurisdizione*, in *foro it.*, V, 2001, 93.

Cassazione come l'organo giurisdizionale da porre al vertice dell'ordinamento giudiziario, competente a garantire l'unità del diritto nazionale, oltre che a dirimere i contrasti in tema di riparto. A tal fine veniva prospettata l'abolizione del Consiglio di Stato e delle Giunte Provinciali Amministrative, a fronte dell'istituzione di sezioni specializzate in seno al giudice ordinario ⁽⁶²⁾.

Alla posizione di Calamandrei si opposero la gran parte dei membri della seconda sottocommissione, ribadendo con forza le ragioni del sistema dualista e le argomentazioni a sostegno del mantenimento del Consiglio di Stato nella sua veste giurisdizionale ⁽⁶³⁾.

Sul tema dell'unità della giurisdizione, d'interesse anche la posizione, in seno alla seconda sottocommissione, di Costantino Mortati, il quale, oltre al mantenimento del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, rimarcava la necessità di procedere all'istituzione ad opera del legislatore nazionale di ulteriori giudici speciali. Ciò posto, Mortati escludeva che le giurisdizioni speciali potessero essere sottoposte al sindacato di legittimità della Corte di Cassazione, se non limitatamente alle sole ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale. Ed inoltre, in merito ai conflitti fra plessi giurisdizionali, proponeva la creazione di un apposito tribunale, a composizione mista, con la funzione di giudicare dei conflitti che potessero insorgere fra i diversi ordini giurisdizionali, che, pur appartenendo allo stesso potere, si delineavano come sovrani nella loro competenza ed autonomi nella propria composizione ed organizzazione ⁽⁶⁴⁾.

⁶² Ed inoltre, si proponeva di conferire a quest'ultime dei poteri a carattere più ampio, tali da garantire un sindacato esteso non soltanto alla tutela dei diritti soggettivi - lesi da un provvedimento amministrativo illegittimo - ma anche all'annullamento o la modifica, per motivi di legittimità o di merito, dell'atto amministrativo concretamente lesivo. Un tale modifica di sistema avrebbe determinato l'implicito superamento dei limiti fissati dall'articolo 4 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo - rimasta in vigore anche successivamente all'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato - con un generale ripensamento dei caratteri propri della giurisdizione unica rispetto a come costruita dal legislatore del 1865 [proposta, quest'ultima, discussa in seno alla seconda Sottocommissione il 17 dicembre 1946]; cfr. V.M. SBRESCIA, *Le posizioni di Piero Calamandrei sull'unicità della giurisdizione nel dibattito in Assemblea costituente*, in *riv. giur. mezz.*, 2, 2016, 551; G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *dir. proc. amm.*, 3, 2018, 889 e ss..

⁶³ In particolare, si veda il testo proposto dagli on.li Conti, Bettiol, Perassi, Fabbri e Reale, poi approvato dall'Assemblea Costituente nella seduta pomeridiana del 21 novembre 1947, corrispondente agli attuali artt. 102 e 103 della Costituzione.

⁶⁴ Così l'intervento di Costantino Mortati [Il 27 novembre 1947, nella seduta pomeridiana, l'Assemblea Costituente prosegue l'esame degli emendamenti agli articoli del Titolo IV della Parte seconda del progetto di Costituzione: «La Magistratura»] «[...] *Se la ragion d'essere delle giurisdizioni speciali sta nel presupposto che ci sia un giudice più idoneo di quello ordinario ad interpretare la legge regolativa di certi rapporti, l'esigenza del rispetto di questo presupposto porta ad escludere per tutte le giurisdizioni speciali - e non solo per alcune - il sindacato da parte della Cassazione. Ribadisco, quindi, che, a mio avviso, tutte le volte che si sia in presenza d'una giurisdizione speciale, il sindacato della Cassazione si*

Una proposta, quest'ultima, che si basava su una concezione dell'unità della giurisdizione intesa sotto un profilo «funzionale» piuttosto che «organizzativo»: un modello giurisdizionale che non escludeva, anzi implicava, una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi ed autonomi ⁽⁶⁵⁾.

La paventata abolizione del giudice amministrativo veniva intesa come una riduzione del livello di tutele garantite dal sistema: tanto in termini di controllo della discrezionalità amministrativa, quanto in riferimento alla tutela degli interessi dei cittadini innanzi alla pubblica amministrazione ⁽⁶⁶⁾. Una più attenta analisi della realtà storica avrebbe imposto di considerare l'impossibilità di sopprimere la giurisdizione amministrativa senza arrecare un grave danno al funzionamento della giustizia. Il Consiglio di Stato si delineava come un organo dotato di una propria autonomia,

debba limitare soltanto all'eccesso di potere giudiziario, cioè alla mancanza o difetto assoluto di giurisdizione. Questo è il primo punto su cui mi pare necessario prendere netta posizione. Si pone ora un secondo quesito. Il sindacato sul difetto assoluto di giurisdizione, e il giudizio, al primo connesso, sui conflitti di giurisdizione (cioè sui conflitti insorgenti fra la giurisdizione ordinaria ed una giurisdizione speciale, o fra una e un'altra giurisdizione speciale). Questi conflitti, e con essi quelli detti di attribuzione (cioè sorti fra poteri diversi dello Stato), sono stati sempre, dal 1877 in poi, affidati alla Corte di Cassazione a Sezioni unite. [...] Il problema che ora sorge è di vedere se vi siano ragioni per attribuire alla stessa Corte anche le questioni sui rapporti fra le varie giurisdizioni. Il mio emendamento propone appunto un'innovazione in questo senso. Quali sono i motivi della deroga suggerita al sistema attuale delle competenze? Questi motivi possono riassumersi in due: anzitutto uno di carattere generale e che fu prospettato largamente in passato, che muove dalla considerazione dell'anomalia di attribuire questi giudizi ad un organo della giurisdizione ordinaria, cioè ad un organo di quel potere che in certo modo è parte in causa, perché il conflitto verte fra gli organi giudiziari ordinari e gli organi di giurisdizione speciali. Quindi era stata fatta la proposta, in passato, di creare un tribunale dei conflitti, formato in modo misto, cioè affidato non solo ai giudici di Cassazione, ma anche ad elementi tratti da altre giurisdizioni. A me pare che a questo motivo di carattere generale a favore della creazione di un organo di carattere generale se ne sia aggiunto uno nuovo, in base al disposto dell'articolo 95, che è stato già approvato. Infatti nell'articolo 95 abbiamo stabilito l'esistenza di alcuni organi di giurisdizione speciale come il Consiglio di Stato e la Corte dei conti. Ma non solo: siamo andati più in là. Abbiamo sancito nella Costituzione alcune competenze proprie di questi organi: così, abbiamo attribuito alla Corte dei conti la competenza esclusiva sui giudizi di conto; per il Consiglio di Stato abbiamo stabilito, sempre in sede costituzionale, che ad esso spetta il giudizio circa gli interessi legittimi. [...] Quindi, a me pare che ci sia una ragione maggiore di quella che si adduceva in passato per indurci a sottrarre alla Cassazione i giudizi sui conflitti di giurisdizione e per attribuirli a questo organo nuovo che dovrebbe essere istituito e che, essendo in questo modo al di sopra dei vari poteri, appare il più idoneo a giudicare dei conflitti che vertono fra organi che, pur appartenendo allo stesso potere, sono autonomi nella loro competenza ed organizzazione».

⁶⁵ In tal senso cfr. F. G. SCOCA, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *dir. proc. amm.*, 2, 2012, 371 e ss..

⁶⁶ «Per uno Stato che è già dotato di giurisdizioni specializzate e atte alla risoluzione di controversie amministrative non potrebbe che definirsi come erronea la volontà - in nome di astratti principi - di retrocedere verso un sistema giurisdizionale ispirato all'idea di una giurisdizione unica» così in G. FALCON, *Gli sperati progressi (e i temuti regressi) nella giustizia amministrativa*, cit., 72; in tal senso, anche G. BERTI, *Commento art. 113*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1987; G. VERDE, *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del costituente*, in *dir. proc. amm.*, 2, 2003, 343; A. CERRETO, *Il riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo nella sua evoluzione. Punti fermi e problematiche aperte*, in www.giustizia-amministrativa.it.

affermatasi non tanto in termini di sottrazione di spazi, propri della competenza del giudice ordinario, quanto come conquista di nuovi campi per il diritto e per le libertà dei cittadini ⁽⁶⁷⁾.

Inoltre, non poteva non essere tenuta in considerazione l'indipendenza dimostrata dal Consiglio di Stato nell'esercizio della propria funzione giurisdizionale perfino durante la compagine del regime fascista. Il Consiglio di Stato, sotto la presidenza di Santi Romano, mantenne una sostanziale indipendenza di giudizio rispetto al potere dell'esecutivo, divenendo promotore di una giurisprudenza «coraggiosa» che impedì il consolidarsi d'interpretazioni normative in contrasto con le fondamentali garanzie ordinamentali ⁽⁶⁸⁾. Una giustizia amministrativa considerata sia a difesa dello Stato, che a difesa dei cittadini anche contro lo Stato ⁽⁶⁹⁾.

Con l'entrata in vigore della Costituzione si affermò definitivamente la percezione del giudice amministrativo - in conformità ad una concezione funzionale della unità della giurisdizione - come «*giudice ordinario degli interessi legittimi*», e della giustizia amministrativa come «*sistema generale di giustizia, con riferimento all'esercizio del potere pubblico*» ⁽⁷⁰⁾. In particolare, attraverso gli artt. 102 e 103 Cost.

⁶⁷ Così, l'on. Leone, Assemblea, seduta pomeridiana del 21 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica italiana. Illustrata con i lavori preparatori*, cit., 335 e ss.. cfr. anche F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico - evolutivi e prospettive*, cit.; G. MELIS, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano*, relazione al convegno su «*Il Consiglio di Stato durante la presidenza di Santi Romano*», Consiglio di Stato, Roma, 6 febbraio 2003; V. DOMENICHELLI, *Il ruolo normativo del giudice nella formazione e nello sviluppo del diritto amministrativo*, in *dir. proc. amm.*, 2016, 385.

⁶⁸ F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico - evolutivi e prospettive*, cit.; G. MELIS, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano*, cit..

⁶⁹ «*Non possiamo non ricordare che il diritto amministrativo ha mutato completamente la sua natura: è nato per sottrarre ai giudici le decisioni dei re, ma poi è diventato il mezzo per difendere i cittadini nei confronti dei re. Da strumento del governo è diventato strumento per proteggersi dal governo*» così in S. CASSESE, *Nuovi paradigmi per la giustizia amministrativa*, cit.; vedi anche L. TORCHIA, *La giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo alla prova dell'evoluzione*, in P.L. PORTALURI (a cura di), *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, Napoli, 2016, 133.

⁷⁰ M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, in *riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, 1371, ora in *Scritti giuridici*, cit., 1051. L'autore riconosce il giudice amministrativo come il *miglior giudice* possibile entro i confini di un regime basato sull'atto amministrativo, tanto sotto il profilo del cittadino-amministrato, quanto in riferimento alla pubblica amministrazione. Infatti, in riferimento al primo, la sua appartenenza genetica allo stesso apparato amministrativo assicura che esso non provi un timore referenziale nei confronti della P.A. ed è anzi sia preparato a cogliere i difetti e le malizie dell'agire amministrativo. Con riferimento all'amministrazione, la domesticità del giudice amministrativo assicura che la tutela della legalità non sarà mai assoluta, ma sempre coordinata e proporzionata alla tutela dell'efficienza dell'azione amministrativa al fine di non comprometterne l'azione; dall'altra, il giudice amministrativo - in forza della sua duplice natura - è certamente più idoneo, rispetto al giudice ordinario, a ricoprire il ruolo di guida dell'apparato amministrativo e ad influenzarne l'azione. In tal senso, cfr. anche F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia*

l'ordinamento riconosceva l'esistenza di «*differenti modi di esercizio del potere giurisdizionale*», identificabili nelle magistrature ordinarie e nelle altre magistrature: una pluralità strutturale che si incanala in un'unità funzionale della giurisdizione.

In sostanza, l'intero assetto - in virtù di tali trasformazioni - appare arricchito di ulteriori possibilità di tutela. Esso si configura come un sistema sostanzialmente unitario, caratterizzato da un'unità della funzione giurisdizionale esercitata dalla pluralità dei giudici che in esso operano, e che accrescono ed affinano le diverse opportunità di protezione per il cittadino: un sistema nel quale la tutela giurisdizionale è una, anche se ad essa si può accedere tramite forme organizzative diverse ⁽⁷¹⁾.

Tuttavia, la conferma del preesistente modello di giustizia amministrativa ⁽⁷²⁾, avvenuta senza particolari correzioni o integrazioni, determinò la legittimazione sul

amministrativa in perenne trasformazione: profili storico - evolutivi e prospettive, cit.; A. PAJNO, *Norme costituzionali e giustizia amministrativa*, cit.; ID., *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *dir. proc. amm.*, I, 2010, 119; ID., *Trasformazioni della giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2017, 419; G. VERDE, *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del costituente*, cit.; S. CASSESE, *Consiglio di Stato e amministrazione*, cit., 53.

⁷¹ In argomento, S. CASSESE, *Le amministrazioni pubbliche in Europa. Per uno studio storico-comparato del diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di P. Virga*, Milano, I, 1994, 499 ss.; A. SANDULLI, *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 1363 ss.; M. D'ALBERTI, A. PAJNO, *Il giudice amministrativo tra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996; E. FOLLIERI, *L'insegnamento globale del diritto amministrativo (jus et remedium)*, in *Studium iuris*, 2004, 713; G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *dir. pubbl.*, 2004, 9; L. TORCHIA, *La giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo alla prova dell'evoluzione*, cit., 109; A. PAJNO, *Trasformazioni della giustizia amministrativa*, in G. CANZIO, P. GROSSI, A. PAJNO, *Corte Costituzionale, Corte di cassazione, Consiglio di Stato. Tre giurisdizioni apicali*, Bologna, 2017, 71. Una tale ricostruzione trova riconoscimento anche nella sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale largamente commentata in dottrina. In senso tendenzialmente contrario, si vedano i contributi di A. GUARDIANO, S. MIRATE, A. POLICE, A. PROTO PISANI, A. TRAVI, *Unitarietà della giurisdizione*, tutti in *Quest. Giust.*, 3, 2015.

⁷² È innegabile che buona parte del sistema di giustizia amministrativa proprio della fase antecedente al 1948 ha trovato conferma nel dettato costituzionale (in senso contrario A. TRAVI, *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello stato di diritto*, cit., 97). Da una lettura complessiva delle disposizioni costituzionali è però possibile rilevare anche l'introduzione di previsioni dotate di una portata innovativa rispetto al regime precedente: ad esempio, gli artt. 24 e 113, Cost. riconoscono la pienezza della tutela giurisdizionale nei confronti delle pubbliche amministrazioni, equiparando, anche sotto il profilo dell'utilizzo degli strumenti processuali, la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi a quella dei diritti soggettivi. Si veda anche l'art. 113, co. 1 nella parte in cui introduce nella legislazione positiva il termine *interesse legittimo*, termine fin qui utilizzato solo dalla dottrina e dalla giurisprudenza che l'avevano coniato [M. NIGRO, *L'art. 113 della Costituzione ed alcuni problemi della giustizia amministrativa*, in *Scritti Giuridici*, Milano, 1996, 29]. Ed anche art. 113, co. 2 nella parte in cui dispone che la tutela avverso l'azione della pubblica amministrazione non possa essere esclusa a fronte di determinati atti o limitata a particolari mezzi di impugnazione. E sempre art. 113, co. 3 laddove introduce la facoltà di determinare - *ex lege* - quali organi giurisdizionali abbiano il potere di annullare gli atti della pubblica amministrazione, superando - almeno in astratto - l'antico divieto di cui all'art. 4 della legge del 1865. Ed ancora, la previsione di cui all'art. 125, Cost. nella parte in cui istituisce i tribunali amministrativi regionali quali organi di giustizia amministrativa di primo grado, poi compiutamente disciplinati con la legge n. 1034 del 1971 [in tema si veda M. NIGRO, *L'ordinamento della giurisdizione*

piano costituzionale di un sistema parzialmente incompiuto ⁽⁷³⁾. Veniva infatti ad essere mantenuta quella lacerazione, prodotto della sommatoria fra la legge abolitiva del contenzioso e la legge istitutiva della IV sezione ⁽⁷⁴⁾, di cui il sindacato della Corte di Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, limitato ai soli motivi inerenti alla giurisdizione, secondo quanto disposto dalla l. 3761 del 1877, era la conferma.

L'originaria scelta legislativa trovava le proprie ragioni nell'adesione al monismo giurisdizionale e nella qualificazione del Consiglio di Stato come articolazione del potere esecutivo. Nel momento in cui si procedette ad una conferma del dualismo della giurisdizione, affermando, parallelamente, l'autonomia e l'indipendenza del giudice amministrativo, le iniziali ragioni a sostegno di una tale assetto istituzionale non apparivano più sostenibili ⁽⁷⁵⁾.

amministrativa e l'istituzione dei tribunali amministrativi locali in Consiglio di Stato, in *op. ult. cit.*, 743; ID., *La legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali (prime considerazioni con particolare riguardo alle norme sulla procedura)*, in *op. ult. cit.*, 913]; cfr. anche G. CORSO, *Consiglio di Stato e ordinamento*, cit., 25; V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, cit., 3; ID., *Giurisdizione amministrativa e Costituzione*, in *giur. cost.*, 4, 2004, 3032; R. CAVALLO PERIN, *I limiti ai poteri delle giurisdizioni nelle controversie contro gli atti della pubblica amministrazione*, in *dir. proc. amm.*, 4, 2016, 981 e ss.; M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria*, cit., 231 e ss.; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella costituzione italiana*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, II, 1981, 451 e ss.; G. MIELE, *Passato e presente nella giustizia amministrativa in Italia*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, II, 1987, 1031; G. VERDE, *Ma che cos'è questa giustizia amministrativa?*, in *dir. proc. amm.*, 1993, 603; A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, cit., 419; A. ROMANO, *I caratteri propri della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *dir. proc. amm.*, 1994, 635; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit.

⁷³ In tal senso, si veda V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *dir. proc. amm.*, 2, 2012, 436; M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, cit., 1065; G. LAURICELLA, *Brevi considerazioni sulla giustizia amministrativa*, intervento nel Forum (ipotesi di riforma del sistema di giustizia amministrativa), in www.aipda.it; G. MELIS, *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, cit.; E. FOLLIERI, *Per l'indipendenza del Consiglio di Stato*, cit.; ID., *Le garanzie di indipendenza del Consiglio di Stato*, cit., 234; In senso contrario, si veda A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato tra giurisdizione ed amministrazione*, cit.

In generale, negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione, emergeva la mancata attribuzione a favore del giudice amministrativo dell'insieme degli strumenti - ulteriori rispetto alla sola azione costitutiva - necessari per approntare un livello di tutela che fosse concretamente parametrato alle funzioni allo stesso ormai stabilmente assegnategli dal dettato costituzionale.

⁷⁴ Si veda G. CORSO, *Consiglio di Stato e ordinamento*, cit., 23; A. POLICE, *La mitologia della "specialità" e i problemi reali della giustizia amministrativa*, in P.L. PORTALURI (a cura di), *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa*, cit., 179.

⁷⁵ In tal senso M. MAZZAMUTO [Il tramonto dottrinario del mito della giurisdizione unica alla luce dell'esperienza tra Orlando e Mortara, cit.] laddove afferma che in considerazione del ruolo ormai ricoperto dal giudice amministrativo all'interno dell'impianto statale ben si comprende «perché il sistema del 1877, costruito in un contesto sistematico del tutto diverso, potesse risultare problematico, sia il senso dell'interrogativo posto da L. Mortara: "Se la corte di cassazione è l'organo supremo della giurisdizione ordinaria, non è forse stato detto che la quarta sezione del consiglio di Stato è la corte di cassazione fra le giurisdizioni amministrative? [L. MORTARA, *Ancora sui limiti rispettivi delle attribuzioni dell'autorità giudiziaria e della autorità amministrativa*, in *Giur. it.*, I, 1, 1034]".

Si trattava di un intervento di riforma che oltre ad essere auspicabile in base ad una ricostruzione in termini di coerenza sistemica, appariva urgente sotto il versante pratico. Infatti, il «concordato Romano - D'Amelio» aveva già dimostrato come il sindacato della Corte di Cassazione, limitato ai soli motivi inerenti la giurisdizione, in presenza di più giudici dotati di proprie funzioni di nomofilachìa, non fosse adeguato allo scopo.

Inoltre, è necessario evidenziare come già dalle disposizioni di cui al R.D. n. 2840 del 1923 l'ordinamento conoscesse di materie affidate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ⁽⁷⁶⁾. L'esistenza di settori del diritto rispetto ai quali il giudice amministrativo ha cognizione, oltre che degli interessi legittimi, anche dei diritti soggettivi, comporta che lo stesso conosca di principi, istituti, disposizioni che rientrano nello strumentario proprio del giudice ordinario.

È allora evidente come fossero già plausibili delle sovrapposizioni, essendo entrambe le giurisdizioni legittimate *ex lege* ad interpretare ed applicare le medesime disposizioni legislative. Queste incongruenze interpretative non potevano, però, trovare composizione nel sindacato tradizionale della Cassazione, non inerendo il giudizio sul riparto, almeno laddove strettamente inteso.

⁷⁶ In particolare, si scelse di concentrare in capo al giudice amministrativo le ipotesi di connessione fra un atto amministrativo e le obbligazioni successivamente emerse in specifici settori del diritto. In tal modo, si mirava a ridurre i margini di incertezza nell'identificazione delle fattispecie aventi ad oggetto posizioni soggettive riferibili alla categoria interpretativa degli interessi legittimi ovvero dei diritti soggettivi, così da agevolare le modalità di accesso all'organo giurisdizionale. La *connessione* - esistente fra l'obbligazione da cui ha origine un diritto soggettivo ed il provvedimento amministrativo - è dotata evidentemente di un carattere biunivoco, per cui la connessione risulta essere in astratto funzionale a sorreggere indifferentemente tanto una competenza del giudice amministrativo, quanto una competenza a favore del giudice ordinario. Il legislatore ha però chiaramente evidenziato una preferenza a favore del giudice amministrativo - in forza delle ragioni di una tutela più esaustiva - attribuendo alla competenza esclusiva di quest'ultimo un vasto numero di materie, oggi compiutamente enumerate all'interno dell'articolo 133 del c.p.a.. In particolare, già nel 1923 la materia del pubblico impiego venne affidata in via esclusiva alla giurisdizione amministrativa, anche al fine di rafforzare la tutela del dipendente, col potere di sospensione e di annullamento di ogni atto dell'amministrazione. Nel 1971 la giurisdizione esclusiva è stata estesa ai rapporti di concessione di beni e di servizi pubblici, in ragione degli interessi pubblici da soddisfare con la gestione di tali beni o servizi. Vi è stata poi a partire dal 1990 in poi una vera e propria proliferazione di casi affidati alla giurisdizione esclusiva, tutti connessi all'esercizio del potere pubblico. Non si può, tuttavia, sottacere che in alcuni circoscritte ipotesi l'intervento legislativo è stato rivolto a favore del giudice ordinario, in particolare, si possono segnalare le controversie relative ai provvedimenti di espulsione degli stranieri (art. 13 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), ai provvedimenti del Garante in materia dei dati personali (art. 152 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196), alle domande di ammissione al servizio civile (art. 5 l. 8 luglio 1998, n. 230), e soprattutto ai provvedimenti relativi alla gestione dei rapporti di pubblico impiego (art. 63 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165). In tali materie il giudice ordinario gode di una giurisdizione "piena" in attuazione dell'art. 113, ult. co., della Costituzione.

Un paradosso, quest'ultimo, destinato inevitabilmente ad accrescersi proporzionalmente al dilatarsi della giurisdizione esclusiva e allo sbiadirsi dei confini fra pubblico e privato.

L'Assemblea Costituente, confermato il favore per un modello ad impostazione duale, si determinò nel senso di non estendere il sindacato della Corte di Cassazione, per violazione di legge, alle sentenze amministrative e contabili ⁽⁷⁷⁾. Infatti, se l'esistenza delle giurisdizioni speciali trovava giustificazione a partire dall'assunto per cui il giudice ordinario era da considerarsi sprovvisto, in determinati ambiti, degli strumenti necessari per effettuare un opportuno scrutinio; automaticamente, appariva inammissibile che un giudice appartenente alla giurisdizione ordinaria, seppur nella sua massima composizione, potesse essere competente a conoscere un'impugnazione per violazione di legge sostanziale e procedurale ⁽⁷⁸⁾. Alla luce di tali considerazioni, il testo costituzionale si limitò ad affidare alla Corte di Cassazione un sindacato circa le giurisdizioni speciali esteso ai soli motivi inerenti la giurisdizione ⁽⁷⁹⁾, senza però addivenire all'individuazione di meccanismi capaci di garantire un'unità funzionale della giurisdizione ⁽⁸⁰⁾.

In sintesi, nonostante la presenza di molteplici indicatori utili ad ingenerare un moto di ripensamento, venne confermato il modello istituzionale preesistente,

⁷⁷ Inizialmente, il dibattito svoltosi in seno alla seconda sottocommissione, seconda sezione, propose a favore dell'impugnabilità innanzi alla Corte di Cassazione per violazione di legge di tutte le decisioni giurisdizionali. Tuttavia, giunta la notizia dell'avvenuta conferma del modello dualista - data l'approvazione ad opera della prima sezione della seconda sottocommissione dell'attuale art. 103, Cost. - si impose il ripensamento degli originari orientamenti. In particolare, tale previsione fu introdotta in base alle considerazioni illustrate dall'on. Leone, il quale sosteneva che fosse necessario, una volta deciso di mantenere le giurisdizioni speciali deputate al controllo della pubblica amministrazione, escludere un'impugnazione per violazione di legge, che non poteva che radicarsi sull'essenza e sulle finalità che ispirano l'atto amministrativo. In tal senso, si veda V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, cit..

⁷⁸ Contraria l'impostazione di pensiero di stampo illuminista, nella parte in cui affermava che trattandosi di un ricorso per violazione di legge non apparissero necessarie specifiche competenze tecniche, infatti una volta circoscritta la fattispecie ed individuata la norma di legge da applicare, uno scrutinio circa un'eventuale falsa applicazione deve essere considerato un giudizio integralmente slegato da ricognizioni sul fatto.

⁷⁹ Una tale scelta legislativa, oltre che espressione di una chiara riproposizione del modello preesistente, viene ad essere giustificata anche in base alla ricostruzione secondo la quale il giudizio che verta su un vaglio circa i confini fra giudice ordinario e giudice amministrativo, non è altro se non un giudizio circa i limiti degli stessi diritti soggettivi e dunque, coerentemente con quanto previsto all'art. 103, Cost., si tratta di un ambito inevitabilmente riservato alla cognizione della Corte di Cassazione [in tal senso E. CANNADA BARTOLI, *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 295].

⁸⁰ In argomento, voci come quella di Costantino Mortati avevano avanzato l'opportunità di istituire un organo a composizione mista, apparendo inopportuno che la stessa Corte di Cassazione, parte in causa del conflitto per la giurisdizione ordinaria, ricoprisse contemporaneamente anche la funzione di giudice della controversia. In argomento, si veda *supra* nt. (64) del presente capitolo.

espressione di una funzione nomofilattica imperfetta e di un dualismo giurisdizionale incompiuto, di cui, la complessità odierna, non è altro che una diretta conseguenza.

7. *La funzione nomofilattica esterna e l'evoluzione dell'ordinamento statale*

Il dettato costituzionale prescrivendo all'art. 111, co. 7 l'ammissibilità del «ricorso in cassazione per violazione di legge» nei confronti di tutte «le sentenze pronunciate dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali», consacra la competenza della Corte di Cassazione - in riferimento alla giurisdizione ordinaria - ad individuare l'esatta interpretazione del dettato normativo al fine di assicurarne un'osservanza uniforme. Analogamente, fornisce - in via mediata - copertura all'attribuzione di un autonomo esercizio della funzione nomofilattica interna a favore della giurisdizione amministrativa e contabile. Infatti, esistendo aree della giurisdizione facenti capo a propri organi di vertice, le cui decisioni sono espressamente sottratte - ex art. 111, co. 8, Cost. - all'impugnazione per violazione di legge dinanzi alla Corte di Cassazione, emerge la titolarità di una tale funzione a favore del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti ⁽⁸¹⁾.

L'impianto costituzionale mantiene quindi una suddivisione della funzione nomofilattica in nomofilachia interna, affidata alle diverse corti di vertice in riferimento al plesso giurisdizionale di appartenenza, ed in nomofilachia esterna, a carattere attenuato, affidata alla Corte di Cassazione, con la precipua finalità di definire i confini fra le stesse giurisdizioni, da un lato, e fra il potere giurisdizionale e gli altri poteri dello Stato, dall'altro. È quindi possibile riconoscere un'acritica riproposizione delle medesime antinomie di sistema preesistenti all'entrata in vigore del testo costituzionale.

Una scelta istituzionale, quest'ultima, che ha sin da subito mostrato la propria inadeguatezza, essendo evidente l'intrinseca fallibilità di un ordinamento a giurisdizione plurima che manchi degli opportuni canali di coordinamento.

D'altro canto, è necessario evidenziare che originariamente i conflitti tra plessi giurisdizionali erano quantitativamente e qualitativamente inferiori. Il contesto odierno,

⁸¹ Funzione oggi riconosciuta espressamente anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 30 del 2011 [F. G. SCOCA, *Sezioni Unite e Presidente della Corte dei conti*, in *Giur. cost.*, 2011, 356; G. COSTANTINO, *Il diritto all'immagine delle pubbliche amministrazioni, poteri di avocazione e nomofilachia contabile* in *Foro it.*, 2011, 664] la quale ha espressamente inserito - rispettivamente - l'art. 99 c.p.a. e l'art. 42 della l. n. 69/2009 tra le norme che delineano l'avvenuta attribuzione di funzioni nomofilattiche in capo all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e alle Sezioni Riunite della Corte dei Conti [per una più ampia disamina in argomento cfr. *supra* par. 4 del presente capitolo].

invece, si presenta assai diverso rispetto al passato, soprattutto alla luce del notevole aumento - in costante incremento - dei punti di contatto fra i tre ordini giurisdizionali. In tal senso basta prendere in considerazione l'esponentiale crescita delle materie in cui il giudice amministrativo conosce, oltre che di interessi legittimi, anche dei diritti soggettivi.

Si tratti di una circostanza ulteriormente enfatizzata dal declino della rigida ripartizione tra il settore pubblico e privato, a fronte di un generalizzato aumento delle fattispecie in cui si preferisce l'utilizzo di categorie proprie del diritto privato per disciplinare l'azione della pubblica amministrativa ⁽⁸²⁾. Il diritto amministrativo è sempre più pervaso da istituti e da questioni tradizionalmente civilistiche, come i contratti, la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, la disciplina delle obbligazioni o le garanzie nell'ambito delle procedure di gara ⁽⁸³⁾. È sufficiente scorrere alcune fra le recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, per avere conferma di come la giustizia amministrativa sia investita - sempre più di frequente - della decisione di questioni storicamente riservate alla magistratura ordinaria ⁽⁸⁴⁾.

⁸² Un tale fenomeno è riscontrabile anche in altri ordinamenti europei come, ad esempio, quello francese, rispetto al quale da anni è possibile assistere ad un radicale sconvolgimento dei tradizionali principi del diritto pubblico-amministrativo interno, imputabile a diversi fattori, peraltro tra di loro connessi: la crisi dello Stato sociale, i processi di globalizzazione dell'economia; le spinte verso il decentramento autonomistico; le sollecitazioni dell'ordinamento dell'Unione europea, con le esigenze di libero mercato e dell'affermazione del principio di concorrenza. In particolare, proprio quest'ultime hanno indotto un graduale processo di "privatizzazione" dell'amministrazione pubblica. In Francia, l'azione della pubblica amministrazione tende sempre più a perdere l'originario profilo autoritativo per assumere quello più "aziendale-privatistico" degli organismi di diritto pubblico. In tal senso, G. PALLIGIANO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo in Francia e sue differenze rispetto all'Italia*, Incontro di studio "La giustizia amministrativa in Europa: Francia, Germania, Austria, Spagna", Roma, 20 Ottobre 2013, 19; in argomento vedi anche M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato, Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992; G. DELLA CANANEA, *L'unione europea. Un ordinamento composito*, Bari, 2003.

⁸³ In argomento, si vuole far rinvio anche l'ordinamento tedesco, ove la giurisdizione ordinaria ha guadagnato ampi spazi negli ambiti solitamente di competenza del giudice amministrativo in seguito alla privatizzazione di alcuni servizi pubblici la cui gestione è transitata in mano a enti formalmente privati, ma sostanzialmente partecipati da capitali sia pubblici che privati. In questi casi, le controversie inerenti la gestione dei pubblici servizi sono attribuite alla competenza del giudice ordinario, salvo non si tratti di atti espressione dell'esercizio di pubblici poteri attribuiti *ex lege*. In definitiva, se in Italia si registra la crescita delle competenze del giudice amministrativo, che vanno a coprire anche controversie di diritto comune, in Germania il giudice ordinario sta guadagnando sempre più spazi nella cognizione delle controversie di diritto pubblico. Rispetto a tale quadro, tuttavia, non si registra, a differenza che in Italia, un acuirsi delle questioni di giurisdizione tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo. In argomento, si veda E. SCHMIDT-ABMANN, L. DE LUCIA, M.C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2016, 711-769; cfr. anche E. SCHMIDT-ABMANN, *Conclusioni*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La Giustizia Amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, in *Quad. dir. Proc. Amm.*, 2017, 231.

⁸⁴ A titolo meramente esemplificativo si rinvia a Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5 in tema di responsabilità precontrattuale della P.A.; Cons. Stato, Ad. Plen., 23 febbraio, n. 1 che verte sulla

Allo stesso tempo - in discontinuità con un passato caratterizzato da una visione del giudice interno come *hortus conclusus* ⁽⁸⁵⁾ - non è possibile prescindere dall'esistenza di una comunità "multilivello" che impone alle corti nazionali un necessario confronto con fonti del diritto ed arresti giurisprudenziale di matrice sovranazionale ⁽⁸⁶⁾. In tal senso, l'espansione delle materie rientranti fra le competenze affidate alle cure del diritto dell'Unione Europea, così come l'ampia diffusione di principi e canoni generali elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, impone alle giurisdizioni di vertice di misurarsi con il livello sovranazionale ⁽⁸⁷⁾. Pertanto, trattandosi di discipline e principi necessariamente comuni all'insieme delle giurisdizioni è inammissibile che gli stessi siano oggetto di un'interpretazione ed applicazione differenziata. Il rischio è quello che le diverse giurisdizioni possano dar vita a precedenti giurisprudenziali contraddittori circa la portata di un medesimo diritto, riconosciuto a livello sovranazionale, o alle limitazioni a cui il diritto stesso possa essere sottoposto ⁽⁸⁸⁾.

differente qualificazione di risarcimento e indennizzo ai fini dell'applicazione della *compensatio lucrum cum damno*; Cons. Stato, Ad. Plen., 6 aprile 2017, n. 3 circa le speciali forme di incapacità giuridica nei rapporti obbligatori con la Pubblica amministrazione; Cons. Stato, Ad. Plen., 12 maggio 2017, n. 2 in merito a natura e la disciplina delle obbligazioni, nascenti dal giudicato amministrativo, gravanti sulla Pubblica Amministrazione; ed ancora, Cons. Stato, Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23 che si concentra sugli elementi essenziali del contratto nominato e atipico.

⁸⁵ Questa l'efficace espressione di R. CONTI, *Il mutamento del ruolo della Corte di Cassazione fra unità della giurisdizione ed unità delle interpretazioni* in *Consulta online*, III, 2015, 807.

⁸⁶ Cfr. S. CASSESE, *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, in *giorn. dir. amm.*, 4, 2010, 319-422; R. CAPONI, *Dialogo tra corti nazionali ed internazionali* in *Il libro dell'anno del diritto 2013*, in www.treccani.it; R. COSIO, *Il pluralismo ermeneutico nell'ordinamento complesso*, nell'ambito del convegno "L'interpretazione del diritto del lavoro fra ermeneutica giuridica e pluralismo culturale. Giudici e avvocati nel processo", 2013.

⁸⁷ U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. e dir.*, 2006; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2014, 1175 e ss.; G. FORIGLIO, *Trasformazioni del diritto. Alla ricerca di nuovi equilibri nell'esperienza giuridica contemporanea*, Torino, 2017.

⁸⁸ La Corte di Giustizia e la Corte Europea per i Diritti dell'Uomo proprio sul tema della nomofilachia e della certezza del diritto suggeriscono, seppur con estrema cautela, l'adozione di strumenti normativi interni da parte dei singoli Stati - nell'esercizio del margine di apprezzamento loro riservato in forza dell'ancora vigente principio di autonomia procedurale - per attenuare eventuali diversità di trattamento in ragione dell'autorità nazionale chiamata a provvedere [In tale senso, Corte dir. uomo, 11 dicembre 2003, *Carbonara e Ventura c. Italia*; Corte dir. uomo, 30 ottobre 2003, *Belvedere alberghiera s.r.l. contro Italia*]. In particolare, la Corte EDU ha affermato come possa essere comprensibile che assicurare la coerenza del diritto sul piano nazionale ed anche rispetto al piano sovranazionale possa richiedere tempo, trattandosi di un percorso chiaramente complesso, per cui periodici contrasti giurisdizionali possono anche essere tollerati. Aggiungendo, però, che, qualora le corti nazionali ed in generale l'ordinamento giudiziario statale non siano in grado di individuare delle modalità utili o meccanismi funzionali alla risoluzione di tali contrasti, la Corte EDU riconosce la propria legittimazione ad intervenire ove detti conflitti interpretativi mettano a repentaglio i principi di legalità, d'uguaglianza e certezza del diritto, contravvenendo espressamente con quelli che sono i dettami stabiliti dalla Convenzione EDU. In tal

Tenuto in opportuna considerazione l'insieme di questi fattori, è evidente come i motivi e le materie oggetto di potenziali contrasti fra le giurisdizioni si estendano ben oltre l'ambito dei «soli motivi inerenti alla giurisdizione» come tradizionalmente intesi ⁽⁸⁹⁾. Atteso il fallimento di un impianto giurisdizionale a riparto rigido, si registra un sensibile aumento degli ambiti in cui possono consolidarsi indirizzi giurisprudenziali contrastanti in ordine alla medesima questione giuridica ⁽⁹⁰⁾. In tali circostanze, alla composizione dei potenziali conflitti non è preposto alcun organo a vocazione istituzionale, esplicitandosi un'ineliminabile lesione dell'unità funzionale della giurisdizione, che non pare altrimenti rimediabile, trattandosi di contrasti astrattamente non conoscibili dalla Corte di Cassazione in veste di giudice della giurisdizione ⁽⁹¹⁾.

Oggi, in maniera più dirompente che in passato, una nomofilachia esterna a carattere attenuato ed affidata alla sola Corte di Cassazione si dimostra incapace di regolare i rapporti intercorrenti tanto tra le magistrature interne, quanto i rapporti tra queste e le Corti sovranazionali ⁽⁹²⁾.

senso, si veda Corte dir. uomo, 6 dicembre 2007, *Beian c. Romania*; Corte dir. uomo, 2 luglio 2009, *Iordan Iordanov c. Bulgaria*, Corte dir. uomo, 24 giugno 2009, *Tudor Tudor c. Romania*; Corte dir. Uomo, 20 ottobre 2011, *Nejdet Şahin And Perihan Şahin c. Turchia*, in particolare laddove afferma a pagina 55 che «*In this regard the Court has reiterated on many occasions the importance of setting mechanisms in place to ensure consistency in court practice and uniformity of the courts' case-law (see Schwarzkopf and Taussik, cited above). It has likewise declared that it is the States's responsibility to organize their legal systems in such a way as to avoid the adoption of discordant judgments (...). Its assessment of the circumstances brought before it for examination has also always been based on the principle of legal certainty which is implicit in the Articles of the Convention and constitutes one of the fundamental aspects of the rule of law*».

⁸⁹ In merito alle fragilità intrinseche anche allo stesso sindacato della Corte di Cassazione relativamente ai soli «motivi inerenti alla giurisdizione» si veda *infra* cap. III.

⁹⁰ In via esemplificativa si pensi alla materia delle società a capitale interamente pubblico o misto, rispetto alla quale il giudice amministrativo ed il giudice ordinario applicano le stesse disposizioni del diritto civile e commerciale, dando vita a filoni giurisprudenziali autonomi privi di una istanza che ne consenta la *reductio ad unum*; così come all'ambito della responsabilità extracontrattuale, rispetto alla quale giudice civile e amministrativo sono chiamati ad utilizzare, in assoluto parallelismo, i medesimi istituti: il danno, l'antigiuridicità dello stesso, il nesso di causalità, la colpa. In tal senso M. BRANCA, *La nomofilachia nella giurisdizione amministrativa*, in *www.federalismi.it*, 20, 2009, 8; nella letteratura meno recente M. NIGRO, *Le giurisdizioni sui pubblici poteri fra sistema normativo e spinte fattuali*, in *dir. proc. amm.*, 1984, 460. In argomento, per una rassegna giurisprudenziale più esaustiva si rinvia *infra* cap. III, par. 3, 93].

⁹¹ A. PAJNO, *Il giudice amministrativo italiano come giudice europeo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2018, 585.

⁹² G. P. CIRILLO, *La frammentazione della funzione nomofilattica*, in *LexItalia.it*, 11, 2013.

CAPITOLO SECONDO

LA FUNZIONE NOMOFILATTICA INTERNA E LE TRE GIURISDIZIONI SUPERIORI

SOMMARIO: 1. Le ragioni di una complessiva riforma di sistema - 2. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione - 3. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato - 3.1. Dal precedente meramente persuasivo al precedente relativamente vincolante - 3.2. Le sezioni «ribelli» e la mancata rimessione all'Adunanza Plenaria - 3.3. Il giudice amministrativo ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia: un possibile *escamotage* - 4. Le Sezioni Riunite della Corte dei Conti - 5. Osservazioni di sintesi.

1. Le ragioni di una complessiva riforma di sistema

Un'analisi dell'assetto interno alla funzione giurisdizionale e delle possibili modalità di coordinamento fra ordini giurisdizionali, non può prescindere da una preliminare disamina delle caratteristiche intrinseche all'esercizio della funzione nomofilattica all'interno delle tre giurisdizioni superiori.

In tal senso è necessario premettere, che, nell'ultimo decennio, l'ordinamento italiano è stato interessato da un'azione di generale ripensamento relativamente alle modalità d'impiego dello strumento nomofilattico, al fine di ampliarne e rafforzarne la portata applicativa.

Le ragioni a giustificazione di un tale progetto di riforma sono da rintracciare, in particolar modo, nell'incremento di quei fenomeni, che, con intensità crescente, vanno trasformando l'esercizio della funzione legislativa e la fisionomia stessa della legalità amministrativa.

Lo sviluppo ipertrofico del sistema delle fonti e le trasformazioni delle tradizionali tecniche di produzione legislativa, affiancate dalle criticità emergenti dall'ormai consolidata appartenenza ad un sistema giuridico multilivello, producono una crescente ambiguità ed una generale mutevolezza delle interpretazioni ⁽¹⁾.

È copiosa l'emanazione di testi normativi lacunosi, incompiuti spesso non opportunamente ponderati e tra di loro confliggenti, divenendo così necessaria la

¹ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999; V. DOMENICHELLI, *Regolazione e interpretazione nel cambiamento del diritto amministrativo: verso un nuovo feudalesimo giuridico?*, in *dir. proc. amm.*, 1, 2004, 1; N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1, 2004, 42; F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007; B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011; G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012; F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012; L. FERRAJOLI, *Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità*, in *giust. civ.*, 2014, 27 e ss.; G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *dir. pubbl.*, 1, 2017.

supplenza del potere giurisdizionale al fine di mantenere una generale integrità di sistema ed un accettabile grado di certezza giuridica ⁽²⁾.

A queste criticità si affianca il crescente ricorso ad una tecnica di produzione del diritto non più basata su statuizioni dal carattere precettivo e descrittivo delle fattispecie, bensì sul rinvio ad una serie di clausole generali - tramite strumenti legislativi sempre più elastici, flessibili e sfumati - con l'irruzione al vertice della gerarchia delle fonti dei principi generali dell'ordinamento ⁽³⁾. Il passaggio da una normazione precettiva che, quindi, non abbisogna di interventi normativi ulteriori per la sua applicabilità, ad una legiferazione per principi generali, in cui la produzione legislativa del diritto è solo un passo iniziale del successivo processo, genera inevitabili ripercussioni sulle modalità di esercizio della funzione nomofilattica.

La legislazione per principi si basa su proposizioni normative che, a causa la loro generalità ed astrattezza, possono dar luogo ad una pluralità di esiti divergenti nella fase interpretativo-attuativa, ampliando il margine di discrezionalità decisionale attribuita all'organo giudicante ⁽⁴⁾. Ne consegue l'automatica modifica dell'operato del giudice di merito e/o di ultima istanza, che si va tingendo dei colori di una vera e

² P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, cit.. Con riferimento al diritto amministrativo cfr. M. MAZZAMUTO, *L'incertezza del diritto amministrativo tra norme scritte e giurisprudenza pretoria: per un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata*, in *L'incertezza delle regole*, Napoli, 2015. In particolare, l'Autore evidenzia come nell'ambito della giurisdizione amministrativa se da un lato è palese il ruolo svolto dal giudice amministrativo - come vero e proprio creatore di una sistemica amministrativa (anche attraverso un'evoluzione calibrata dei precedenti giurisprudenziali) - dall'altro non può celarsi il carattere del tutto disarmonico della legislazione in ambito amministrativo. Perciò l'Autore mette in luce come il giudice amministrativo abbia negli anni ricoperto un ruolo di controllo e "correzione" del dettato legislativo, al fine di garantire la necessaria certezza del diritto che il legislatore con il suo operato non è in grado di assicurare.

³ N. PICARDI [*La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, cit., 46] evidenzia come nella produzione legislativa sia ormai ampiamente diffuso il rinvio ai c.d. *concetti valvola*, ai *legal standard*, alle clausole generali, ai concetti di discrezionalità, ai concetti giuridici indeterminati. Si tratta di un insieme di strumenti giuridici tramite i quali si finisce per delegare al giudice quelle scelte che il legislatore non può o non vuole operare. In argomento L. MENGONI, C. CASTRONOVO, *Profili della secolarizzazione nel diritto privato*, AA. VV., *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, Milano, 1981, 1171 e ss.; N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005; S. RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in A. ORESTANO (a cura di), *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009; M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it, 2011; F. DI MARZO, *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in *Giust. civ.*, 2, 2014, 339 e ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015; C. SALVI, *Diritto postmoderno o regressione premoderna?*, in *Europa dir. priv.*, 3, 2018, 865.

⁴ N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, cit., 51.

propria attività di regolamentazione, conseguendo le vesti di un'autentica fonte di produzione del diritto ⁽⁵⁾.

L'instabilità delle fonti di produzione del diritto, espressione di un più ampio fenomeno di carattere generale - la c.d. «crisi della legalità» - ha quindi imposto un rafforzamento delle modalità attuative della funzione nomofilattica all'interno dei singoli plessi giurisdizionali.

Il ricondurre tali fenomeni all'interno di una logica meramente emergenziale che giustifichi, in forza di contingenze straordinarie, lo svolgimento, *medio tempore*, da parte dell'organo giudicante di funzioni suppletive di tipo paralegislativo, non è più sostenibile ⁽⁶⁾. Delineandosi, piuttosto, non come un fenomeno di carattere congiunturale, bensì di lunga durata ⁽⁷⁾.

Sono queste le ragioni che hanno ispirato una riforma coordinata delle discipline processuali inerenti l'esercizio di funzioni nomofilattiche all'interno dei tre ordini giurisdizionali. È esemplificativo, in tal senso, il novellato art. 374 c.p.c. - così come modificato dal d.lgs. n. 40 del 2006 - che ha potenziato il ruolo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, cui sono seguite, nel breve periodo, analoghe disposizioni normative in riferimento al ruolo ricoperto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (art. 99 del d.lgs. n. 104/2010) e dalle Sezioni Riunite della Corte dei Conti (art. 42, co. 2, della l. n. 69/2009) ⁽⁸⁾.

Dalla disamina di tali interventi normativi emerge la chiara volontà legislativa di predisporre un prontuario di strumenti processuali comune alle tre giurisdizioni, capace

⁵ È però necessario evidenziare che se il giudice, da un lato, si trova sempre più di frequente a dover integrare o ricostruire le fattispecie normative, operando un bilanciamento di beni e di interessi che ne ampliano il grado di discrezionalità valutativa [L. MENGONI, *L'argomentazione orientata dalle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit.], dall'altro, emerge come il potere discrezionale, seppur non configuri un potere a carattere vincolato, non si estrinsechi nemmeno nella forma di un potere assoluto, essendo comunque soggetto a limiti che lo distinguono dall'arbitrio. Le argomentazioni giuridiche improntate al rispetto di canoni quali la ragionevolezza divengono il principale strumento di controllo di una tale discrezionalità, assumendo un ruolo centrale rispetto all'estrinsecarsi della funzione nomofilattica. In argomento, AA. VV., *Giudici e legislatori*, in *dir. pubbl.*, 2, 2016, 483 ss.; N. IRTI, *I "cancelli delle parole"*, Napoli, 2015, ora in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 57 e ss.; N. LIPARI, *Giudice legislatore*, in *foro It.*, 2017, 492; F. PATRONI GRIFFI, *"Usi e consuetudini giudiziari" e diritto giurisprudenziale*, in *www.astrid-online.it*, 2017; P. GROSSI, *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2017, 831 e ss..

⁶ P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Opere giuridiche*, Napoli, III, 1968, 3.

⁷ N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, cit., 50-51.

⁸ In tal senso si veda l'intervento di R. GAROFALI, *Il giudice tra creatività interpretativa e esigenze di legalità e prevedibilità*, Relazione tenuta al Convegno "I ruoli giuridici nel diritto civile del postmoderno", Università degli Studi di Bari, 20 settembre 2019, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

di fronteggiare la crisi delle fonti di produzione del diritto nel tentativo di continuare a garantire un livello essenziale di certezza giuridica.

2. *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione*

L'articolo 65 della disciplina sull'Ordinamento Giudiziario qualifica la Corte di Cassazione, da un lato, come organo supremo della giustizia ordinaria, cui è affidata la finalità precipua di apprestare tutela giurisdizionale al caso concreto ed assicurare l'esatta osservanza del diritto; dall'altro, le viene formalmente attribuita la funzione di garante dell'uniforme interpretazione della legge e di custode dell'unità del diritto nazionale.

Il dettato normativo sembrerebbe, quindi, positivizzare un'ambiguità istituzionale ⁽⁹⁾: la Corte di Cassazione riveste sia le funzioni di giudice di legittimità - deputato ad amministrare la giustizia nel caso concreto - che il ruolo di giudice della nomofilachia come organo di sintesi e vertice della giurisdizione ⁽¹⁰⁾.

In realtà una tale contraddizione è soltanto apparente: il ruolo di giudice di legittimità e di giudice della nomofilachia non sono uffici separati o fra di loro confliggenti ma due istanze che si coadiuvano vicendevolmente ⁽¹¹⁾. La Corte di

⁹ È stato, infatti, sostenuto che la funzione nomofilattica impone inevitabilmente una contrazione della domanda di giustizia ed una diminuzione dei ricorsi, l'ufficio di giudice della legittimità, invece, presuppone una crescente offerta di giustizia. Due aspirazioni, queste ultime, ritenute inconciliabili. In tal senso G. SCARSELLI, *Note sulla crisi della cassazione (civile) e sui possibili rimedi*, in www.judicium.it, nella parte in cui afferma che «(...) qualcuno potrebbe esser tentato dal desiderio di dare sintesi a questi due momenti, ed affermare che il contrasto in verità non esiste, in quanto una migliore nomofilachia è altresì funzionale al diritto delle parti di ottenere giustizia in cassazione. Ma questo tentativo, legittimo, non ha invece alcuna possibilità di produrre risultati, poiché mentre una migliore nomofilachia presuppone una contrazione della domanda di giustizia, ovvero una riduzione del numero dei ricorsi, una migliore tutela di legalità presuppone invece una maggiore offerta di giustizia, e quindi una riorganizzazione dell'apparato».

¹⁰ In tal senso, Piero Calamandrei che nei suoi studi intorno alla Corte di Cassazione [P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit.] si compendia nel dilemma se la funzione della Suprema Corte fosse, primariamente, quella di assicurare tutela al c.d. *ius litigatoris* (atteggiandosi, in sostanza, come terza istanza di giudizio onde assicurare una decisione il più possibile giusta - o equa ? - ai singoli litiganti) ovvero al c.d. *ius constitutionis* (e dunque al diritto oggettivo, con sguardo rivolto al futuro piuttosto che al passato, con l'ottica di chi consapevolmente stia ponendo una regola di giudizio alla quale i giudici, e la stessa Cassazione, dovranno attenersi nei casi che verranno). Si veda anche M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991, 11; M. MECCARELLI, *Le Corti di Cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano, 2005, 110 e ss..

¹¹ Ed è proprio in questi termini che si articola in ultimo il pensiero di Piero Calamandrei [in P. CALAMANDREI, C. FURNO, *Cassazione civile, in novis. dig. ital.*, II, Torino, 1958, 1055] «La Corte di cassazione non è istituita per raggiungere soltanto quello scopo, in senso stretto giurisdizionale, per il conseguimento del quale sono istituiti tutti gli altri giudici e che consiste nell'attuazione del diritto in concreto, mediante l'accertamento delle singole volontà di legge che scaturiscono, per regolare i

Cassazione - in veste di giudice della legittimità - interverrà al fine di censurare tutte quelle ipotesi in cui vi sia stata un'errata interpretazione o applicazione del dettato legislativo - coerentemente con l'ammissibilità di un vaglio limitato ai soli *errores in iudicando* ed *errores in procedendo* - cosicché tali errori interpretativi non vengano reiterati in ulteriori giudizi su fattispecie analoghe ⁽¹²⁾. In tal modo, prendendo abbrivio da un giudizio cassatorio su una fattispecie concreta, la Cassazione potrà fissare dei canoni generali per l'interpretazione ed applicazione di uno specifico precetto normativo che sia valevole per le decisioni future ⁽¹³⁾, così assicurando l'esatta interpretazione del diritto per un'uniforme interpretazione della legge all'interno dell'ordinamento, tanto in prospettiva passata quanto futura, ed assolvendo all'ufficio cui è preposta come giudice della nomofilachia.

L'esercizio della funzione nomofilattica viene ad essere affidata - ex art. 65 dell'ordinamento giudiziario - a ciascuna sezione semplice della Corte di Cassazione. È però necessario evidenziare come la funzione nomofilattica riconosciuta a favore delle Sezioni Unite abbia un valore preminente rispetto alle statuizioni delle singole sezioni semplici, in riferimento alle quali si viene a determinare un onere - quanto meno funzionale - di conformazione ⁽¹⁴⁾. A conferma di ciò, infatti, nell'ipotesi in cui si

rapporti individuali, dal coincidere di una fattispecie reale con una fattispecie legale. Anche la Corte coopera a rendere giustizia ai singoli ma questa sua cooperazione è per essa mezzo, non fine; perché il fine ultimo che essa persegue è più vasto ed eccedente i limiti della singola controversia decisa (...). Il suo scopo ultimo è, dunque, uno scopo di coordinamento tra funzione legislativa e funzione giudiziaria che attiene più che alla fase di applicazione del diritto al caso concreto alla fase di formazione e formulazione del diritto (...). In quanto si ritenga che la giurisprudenza abbia un'efficacia creatrice o trasformatrice del diritto, la Corte è al centro di questa dinamica che instancabilmente ringiovanisce ed adegua la legge alle sempre nuove esigenze della vita e dei rapporti economico-sociali».

¹² In tal senso si veda S. RUSCIANO, *Nomofilachia e ricorso in Cassazione*, cit., 54; per una lettura in senso parzialmente critico si veda G. VERDE, *Jus litigatoris e jus constitutionis*, in ID., *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012, 11 e ss.; cfr. anche M. TARUFFO, *La corte di Cassazione e la legge*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 350.

¹³ Date le difficoltà in cui inevitabilmente si imbatte il giudice della legittimità per l'individuazione del significato *esatto* - secondo una visione formalistica del diritto - da attribuire alla norme di legge, che a volte, in realtà manca, o che è comunque nel concreto difficilmente individuabile, l'intento diviene quello di assicurare un'interpretazione della norma che possa essere definibile come formalmente «esatta» (ossia aderente al volere del legislatore) e sostanzialmente «giusta» (ossia aderente ai valori etico-costituzionali dell'ordinamento). Infatti, non pare poter essere messo in dubbio che nessuna norma abbia in sé un solo significato o un solo significato «esatto», abbisognando, quindi, dell'intervento «creativo» dell'interprete che decida quale significato attribuire alla norma nel caso concreto.

¹⁴ Nell'attuale assetto istituzionale la funzione di garante dell'esatta interpretazione del diritto è tendenzialmente affidata alle sezioni semplici delle diverse corti di vertice nelle rispettive giurisdizioni - ordinaria, amministrativa e contabile. Diversamente, per dare concreta attuazione alla funzione nomofilattica sotto il versante della dell'uniforme interpretazione della legge si è scelto di istituire appositi collegi a carattere plenario (le Sezioni Unite, l'Adunanza Plenaria, le Sezioni Riunite), cui viene attribuito lo specifico compito di dirimere eventuali contrasti giurisprudenziale insorti fra le suddette

configuri la necessità di risolvere questioni interpretative di particolare complessità ovvero nella circostanza in cui, a seguito dell'emersione di contrasti giurisprudenziali fra le singole sezioni, si renda necessario il superamento di determinate incertezze interpretative, si prevede la possibilità di rimessione alle Sezioni Unite con istanza rivolta al Primo Presidente della Corte di Cassazione.

Ad oggi, però, l'elevato numero di affari di cui la Corte è gravata e l'ingente numero di magistrati e sezioni di cui la stessa si compone hanno determinato una crisi della nomofilachia. In particolare, alla luce dei sopra richiamati fenomeni di instabilità ed incertezza delle fonti normative, è sempre più frequente l'emersione di contrasti giurisprudenziali fra le diverse sezioni, e perfino fra le statuizioni della medesima sezione. Allo stesso tempo sono repentini e numerosi i *revirement* anche delle stesse Sezioni Unite, divenute incapaci di assolvere alle proprie funzioni di giudice della nomofilachia. Viene così ad essere messa in dubbio la perdurante capacità della Cassazione di fissare degli orientamenti giurisprudenziali dotati della necessaria univocità.

Nel tentativo di porre rimedio ad un tale stato delle cose, il legislatore nazionale è intervenuto con due importanti novelle legislative, a distanza di 10 anni e su ambiti diversi della giurisdizione ordinaria: il d.lgs. n. 40 del 2006⁽¹⁵⁾ e la legge n. 103 del 2017, con il primo a mezzo la modifica del codice di procedura civile⁽¹⁶⁾, con la

sezioni semplici sull'esatta interpretazione del diritto o per la risoluzione di questioni interpretative particolarmente complesse. È poi d'interesse notare come anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, non disciplinate all'interno del codice di procedura civile del 1865, sono state successivamente introdotte sul modello "logico-strutturale" accolto nel t.u. di riordino delle leggi per la disciplina del Consiglio di Stato. In argomento, cfr. G. DE AMICIS, *La formulazione del principio di diritto e i rapporti tra sezioni semplici e sezioni unite penali della corte di cassazione*, 4 febbraio 2019, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁵ La funzione nomofilattica, nonostante abbia avuto, già in passato, una legittimazione esplicita da parte della Corte Costituzionale, la quale ha affermato espressamente che alla Corte di Cassazione compete il "magistero della nomofilachia" [cfr. *ex plurimis* sent. n. 204 del 1982], ha trovato testuale riconoscimento da parte del legislatore solamente con il d.lgs. del 2 febbraio 2006, n. 40 - «*Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica*».

¹⁶ «*Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo, 1 comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80*». In dottrina si veda *ex multis* V. LUISO, *Il vincolo delle sezioni semplici al precedente delle SS.UU.*, in *Giur. It.*, 2003, 821; B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *riv. dir. proc.*, 2006, 217 ss.; G. MONTELEONE, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, in *riv. dir. proc.*, 2006, 951; R. POLI, *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, *ivi*, 2007, 9 e ss.; G. VERDE, *In difesa dello jus litigatoris (sulla Cassazione come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *riv. dir. proc.*, 2008, 1 e ss.; G. IANNIRUBERTO, *Le attribuzioni delle Sezioni unite civili e l'efficacia del principio di diritto*, in *corr. giur.*, 2008, 725; A. GRAZIOSI, *Riflessioni in ordine sparso sulla riforma del giudizio di Cassazione*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 37 e ss.; P. BIAVATI, *Brevi note sul nuovo procedimento in Cassazione*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, IV, 2017, 1209; G. COSTANTINO, *La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza*, in *riv. dir. proc.*, 2015, 646 e ss.; P.

seconda intervenendo sul codice di procedura penale ⁽¹⁷⁾. Vengono così ad essere introdotti all'interno dell'ordinamento nazionale alcuni meccanismi finalizzati a generare una nuova stabilità per le decisioni della Corte di Cassazione, ed in particolare in riferimento agli arresti giurisprudenziali pronunciati nella sua massima composizione a Sezioni Unite ⁽¹⁸⁾.

Il novellato art. 374, c. 3, c.p.c. è intervenuto a potenziare il ruolo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, vincolando le sezioni semplici ad adeguarsi al principio

CURZIO, A. GIUSTI, M. ACIERNO (a cura di), *La Cassazione civile: lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, Bari, 2015.

¹⁷ "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario". Con riferimento al giudizio di cassazione nella sfera penale il legislatore è intervenuto sugli artt. 610, 618, 627, co. 3, 628, co. 2, c.p.p. e 172-173 disp. att. c.p.p.. Appare d'interesse evidenziare come sia stato necessario più di un decennio per conseguire una nuova simmetria - anche se parzialmente incompiuta - fra il codice di procedura civile ed il codice di procedura penale in riferimento al tema del valore da attribuire al precedente giurisprudenziale ed in merito alla norme che disciplinano l'operato delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. In particolare, come già accadeva prima della c.d. Riforma Orlando - l. n. 103 del 2017 - le sezioni semplici della Corte di Cassazione penale, ai sensi dell'art. 618, co. 1, c.p.p., possono, anche d'ufficio, rimettere direttamente e discrezionalmente al vaglio delle Sezioni Unite una questione di diritto qualora sia oggetto di un contrasto giurisprudenziale. Invece, qualora le Sezioni Unite siano già intervenute nel dirimere una determinata controversia, enunciando un principio di diritto, la sezione semplice, investita del ricorso, se non condivide la soluzione offerta dal precedente giurisprudenziale delle SS.UU. è tenuta obbligatoriamente alla remissione della questione a quest'ultime, così come disciplinato ai sensi dell'art. 618, 1-bis c.p.p.. In tal senso, appare d'interesse evidenziare che nel processo penale, a differenza del giudizio civile, in cui è possibile distinguere i motivi di ricorso di competenza delle Sezioni semplici e i motivi di ricorso di competenza delle Sezioni unite (ex art. 142 disp. att. c.p.c.), non è prevista la possibilità che il ricorso sia definito solo parzialmente dalle Sezioni Unite, avendo l'istanza di remissione ad oggetto l'intero ricorso, che, una volta assegnato, dovrà essere integralmente deciso. Infatti, secondo la disciplina fissata dal codice di procedura penale non è configurabile una decisione parziale ad opera delle SS.UU. cui si accompagni una contestuale riserva di definizione delle residue questioni ad opera delle sezioni semplici. Sempre in tema, si veda l'art. 610, co. 2, c.p.p. nella parte in cui attribuisce al Primo Presidente della Corte di Cassazione il potere di assegnare, su richiesta delle parti ovvero d'ufficio, un ricorso al vaglio delle SS.UU., nell'ipotesi in cui la questione oggetto di ricorso risulti essere di speciale importanza, oppure nel caso in cui occorra dirimere un contrasto interpretativo insorto tra singole sezioni semplici. In riferimento al disposto di cui all'art. 618 co. 1-ter c.p.p. che disciplina le c.d. pronunce delle Sezioni Unite nell'interesse della legge, si rimanda alla nt. (24) del presente capitolo. Sull'argomento, *ex multis*, R. APRATI, *Le Sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge* (commi 66- 69 l. n. 103/2017), in AA.VV., *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario* (L.103/2017), Milano, 2017, 276; L. LUDOVICI, *Il giudizio in cassazione dopo la cd. Riforma Orlando*, in AA.VV. (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Milano, 2017, 447 ss.; P. FERRUSA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *dir. pen. proc.*, 2017, 1273; G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2018; A. CALIGARIS, *Le modifiche all'art. 618 c.p.p.: verso un effettivo ed auspicato potenziamento della funzione nomofilattica*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 16 luglio 2018, 13; M. BARGIS, H. BELLUTA (a cura di), *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative (Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11)*, Torino, 2018; G. DE AMICIS, *La formulazione del principio di diritto e i rapporti tra sezioni semplici e sezioni unite penali della corte di cassazione*, cit..

¹⁸ Si vuole segnalare che sia per una maggiore affinità delle sfere d'interesse del giudizio civile con quello amministrativo e contabile, sia per la maggiore specificità della novella del 2006 nei confronti del giudizio di cassazione, questa sarà privilegiata nel prosieguo della trattazione.

di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, ovvero, in caso di dissenso, a rimettere nuovamente al vaglio di quest'ultime la composizione interpretativa della controversia giuridica loro sottoposta.

Questa novella legislativa ha però un carattere solo in apparenza innovativo rispetto all'impostazione tradizionale della cultura giuridica continentale. In primo luogo, il principio di diritto fissato dalle Sezioni Unite non vincola, se non in termini di persuasività, il giudice di merito, e, in secondo luogo, assume un carattere di vincolatività solamente di tipo indiretto rispetto alle statuizioni delle sezioni semplici della Corte di Cassazione. Infatti, l'art. 374, co. 3, c.p.c. inibisce, in caso di non condivisione del principio di diritto, solo una pronuncia non conforme delle sezioni semplici, imponendo un vincolo negativo di astensione a favore delle Sezioni Unite. La non condivisione del principio di diritto da parte delle sezioni semplici dovrà essere manifestata attraverso un'apposita ordinanza motivata che espliciti le ragioni del dissenso, costituendo tale dialettica un laboratorio per possibili decisioni alternative ⁽¹⁹⁾. Un meccanismo, quest'ultimo, potenzialmente capace di assimilare i mutamenti ordinamentali e stimolare i necessari *revirement* nella giurisprudenza delle Sezioni Unite ⁽²⁰⁾.

In definitiva, ad oggi, l'accesso al sindacato delle Sezioni Unite si prospetta come un meccanismo a carattere binario. Come accadeva anche prima del d.lgs. n. 40 del 2006, le sezioni semplici - d'ufficio o su istanza di parte - possono rinviare alle Sezioni Unite la decisione di quelle questioni di diritto sottoposte al loro esame qualora abbiano dato luogo o possano dar luogo ad un contrasto giurisprudenziale, ovvero

¹⁹ L. ROVELLI, *I processi di adeguamento giurisprudenziale alla complessità assunta dal sistema delle fonti; la funzione nomofilattica della giurisdizione come momento di sintesi ordinatrice*, in www.italiadecide.it. Diversamente, è stata paventata la possibilità che la disposizione di cui all'art. 8, d.lgs. n. 40/2006 costituisca una violazione dell'art. 101 Cost. nella parte in cui prescrive che i giudici debbano essere subordinati solamente alla legge e non quindi all'interpretazione che di questa forniscano altri giudici [in argomento, si veda *infra*, p. 52, in particolare nt. (42)].

²⁰ L'introduzione di una tale ipotesi di rimessione obbligatoria è destinata - in considerazione dell'avvicendamento di un mero onere di conformazione in un vero e proprio vincolo giuridico - a modificare sensibilmente il rapporto intercorrente tra le sezioni semplici e le Sezioni Unite della Corte di Cassazione. In tal senso F.P. LUISO [*Il vincolo delle sezioni semplici al precedente delle SS.UU.*, cit., 817] ha prospettato il rischio di una svalutazione del ruolo ricoperto dalle sezioni semplici della Corte di Cassazione. Infatti, quest'ultime, seppur depositarie per espressa previsione legislativa della funzione nomofilattica, potranno ora operare solamente nel senso di stimolare una potenziale evoluzione giurisprudenziale, ma sarà loro precluso un diretto intervento sui principi di diritto già statuiti dalle Sezioni Unite.

vertano su una questione ritenuta di massima importanza ⁽²¹⁾. È necessario evidenziare che, in tale circostanza, la rimessione alle Sezioni Unite è facoltativa. Infatti, le sezioni semplici possono scegliere di decidere il ricorso e, di conseguenza, affrontare la questione controversa, seguendo uno degli indirizzi contrapposti, ovvero proponendo un'interpretazione innovativa, che possa determinare il superamento del contrasto. Diversamente, a seguito dell'intervento legislativo d.lgs. n. 40 del 2006, qualora le Sezioni Unite siano già intervenute su una questione controversa, enunciando un principio di diritto, le sezioni semplici, investite del giudizio, in caso di non condivisione della soluzione offerta dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite, sono obbligatoriamente tenute a rimettere a quest'ultime la definitiva decisione della questione di diritto oggetto del giudizio.

All'attribuzione di una pregnanza del tutto inedita al precedente giurisprudenziale si aggiunge anche l'introduzione di un nuovo ed ulteriore filtro d'inammissibilità dei ricorsi innanzi alla Corte di Cassazione ⁽²²⁾. In particolare con il

²¹ Sempre ex art. 374, co. 2, c.p.c. si prevede la specifica attribuzione a favore del Primo Presidente della Corte di Cassazione di disporre direttamente - d'ufficio - il rinvio della controversia alle SS.UU., nell'ipotesi in cui emerga un contrasto giurisprudenziale fra gli arresti delle diverse sezioni ovvero qualora emerga dai fatti di causa una questione di massima importanza sul piano giuridico. In riferimento al ruolo rivestito dal Primo Presidente della Corte di Cassazione appare d'interesse notare come la disciplina del processo civile affidi a quest'ultimo funzioni di primaria importanza. In particolare, questo si caratterizza per un importante attivismo, tanto in riferimento alle rimessioni d'ufficio, quanto per il vaglio circa la legittimità delle istanze di rimessione alle Sezioni Unite proposte dal Procuratore generale presso la Corte di Cassazione o d'ufficio dalle sezioni semplici. Diversamente, la corrispondente disposizione di legge all'interno del codice del processo amministrativo vede come preponderante il ruolo affidato alle singole sezioni del Consiglio di Stato, rispettivamente assegnatarie della trattazione dei ricorsi. Infatti, benché il contenuto dell'art. 374, co. 2 c.p.c. sia tendenzialmente riprodotto nel disposto dell'art. 99, co. 1 e co. 2, c.p.a., nella prassi operativa del processo amministrativo il deferimento ad opera del Presidente del Consiglio di Stato per risolvere «*questioni di massima importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali*» ha un carattere del tutto marginale rispetto al ruolo di controllo affidato alle sezioni semplici.

²² Novella legislativa fortemente auspicata dall'allora Primo Presidente della Corte di Cassazione Vincenzo Carbone (v. la Relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2009, Roma, 30 gennaio 2009, p. 79); in tema, *ex multis*, A. CARRATTA, *Il «filtro» al ricorso per cassazione fra dubbi di costituzionalità e salvaguardia del controllo di legittimità*, in *giur. it.*, 2009, 1563 ss.; ID., *Le nuove modifiche al giudizio in Cassazione ed il «filtro» di ammissibilità del ricorso*, in www.consiglionazionaleforense.it, 2009; F. CARPI, *Il tormentato filtro al ricorso in cassazione*, in *corr. giur.*, 2009, 1443 ss.; A. PROTO PISANI, *Sulla garanzia costituzionale del ricorso per cassazione sistematicamente interpretata*, in *foro it.*, V, 2009, c. 80 ss.; A. BRIGUGLIO, *Ecco il «filtro»! (L'ultima riforma del giudizio di cassazione)*, in *riv. dir. proc.*, 2009, 1287 ss.; G. COSTANTINO, *La riforma del giudizio di legittimità: la Cassazione con filtro*, in *giur. it.*, 2009, 1562 ss.; R. POLI, *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione*, in *riv. dir. proc.* 2010, 365 e ss.; A. CARRATTA, *Il "filtro" al ricorso in Cassazione e la prima pronuncia delle Sezioni unite*, pubblicato il 13 gennaio 2011, in www.treccani.it. A tale inedito strumento si affianca anche la previsione di cui all'art. 375, co. 1, n. 5 c.p.c. che introduce una corsia preferenziale di accesso al giudizio in camera di consiglio per tutte quelle sentenze che si pronuncino conformemente agli orientamenti giurisprudenziali della Suprema Corte, valorizzando così - in un'ottica di economia processuale - il ruolo ormai riconosciuto allo strumento del

nuovo art. 360 bis, n. 1, c.p.c. - così come novellato a seguito del d.lgs. n. 40 del 2006 - si dispone la censura dell'inammissibilità per tutti quei ricorsi che abbiano ad oggetto un provvedimento giudiziario il cui contenuto sia conforme alla giurisprudenza della Corte di Cassazione, salvo che i motivi di ricorso non offrano elementi tali da ritenere plausibile un ripensamento del preesistente orientamento giurisprudenziale ⁽²³⁾.

Di particolare rilievo anche la prescrizione di cui all'articolo 363, c. 1, c.p.c. nella parte in cui riconosce tanto alle Sezioni semplici, quanto alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la facoltà di pronunciarsi - nell'interesse della legge - su un ricorso inammissibile o rinunciato, al fine di fissare il principio di diritto cui il giudice di merito si sarebbe astrattamente dovuto attenere ⁽²⁴⁾.

precedente giurisprudenziale ed alla funzione nomofilattica, nel tentativo di snellire e rendere certamente più efficiente l'azione della Corte di Cassazione.

²³ In riferimento alle concrete modalità di funzionamento del neo-introdotta filtro d'inammissibilità sono state formulate - il 22 aprile 2016 - dal Primo Presidente della Corte di Cassazione delle apposite *linee guida per il funzionamento della Sesta sezione civile*, finalizzate a definire il concetto di giurisprudenza cui fa espresso riferimento l'art. 360-bis, n. 1, c.p.c. e ad individuarne concretamente i parametri applicativi. In particolare, le suddette linee guida stabiliscono che debba essere valutato come inammissibile quel ricorso che sia in contrasto con un precedente delle Sezioni Unite ovvero con un orientamento giurisprudenziale consolidato delle sezioni semplici. In tal senso *nulla questio*, essendo entrambe le citate ipotesi del tutto plausibili e coerenti con la ratio legislativa di riconoscere un'inedita pregnanza al precedente di matrice giurisprudenziale. Viceversa, le linee guida appaiono avere un contenuto del tutto irragionevole e tendenzialmente lesivo del diritto di difesa, in quella parte in cui valutano come sufficiente a giustificare una pronuncia d'inammissibilità di un ricorso il mero contrasto anche con poche sentenze di una o più sezioni della Corte di Cassazione o addirittura con una sola sentenza, se ritenuta convincente. Tali indicazioni operative appaiono in contrasto con la ratio alla base delle recenti riforme legislative, chiaramente rivolte a valorizzare la certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni giudiziarie e non di certo alla stabilizzazione indiscriminata di semplici arresti giurisprudenziali, con il rischio di esiti del tutto opposti rispetto a quelli auspicati.

²⁴ In particolare, l'articolo 363, co. 1, c.p.c. prescrive che - in costanza di un ricorso inammissibile o rinunciato - la richiesta di pronuncia nell'interesse della legge possa essere avanzata dal Procuratore Generale - con una sintetica esposizione delle ragioni in fatto ed in diritto - e che venga rivolta al Primo Presidente della Corte di Cassazione, il quale può anche disporre una pronuncia delle Sezioni Unite, qualora ritenga che la questione controversa sia di particolare importanza [si veda la nota di P. CICOLO, Procuratore generale presso la Corte di cassazione, del 31 gennaio 2017, con oggetto la *Richiesta di enunciazione di principio di diritto (art. 363 c.p.c.)* reperibile su www.consiglionazionaleforense.it; in argomento cfr. M. FORNACIARI, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c.*, in *riv. dir. proc.*, 2013, 32 ss.]. In tema, è necessario evidenziare che se l'art. 363, co. 1, c.p.c. attribuisce sia alle sezioni semplici che alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione il potere di pronunciare il principio di diritto, anche d'ufficio, quando l'impugnazione è dichiarata inammissibile (per qualsivoglia motivo), ove la questione diritto appaia di particolare importanza. Il novellato art. 618, co. 1-ter, c.p.p., in riferimento alle sezioni penali della Corte di Cassazione, di contro, ha dato vita ad un meccanismo assai più «angusto», che appare prevalentemente rivolto ad assecondare un'esigenza di economicità del giudizio piuttosto che finalità nomofilattiche, attribuendo alle sole Sezioni Unite la legittimazione a pronunciarsi sul principio di diritto e limitatamente ad un solo specifico caso di inammissibilità, quella sopravvenuta, peraltro omettendo un qualsivoglia riferimento al profilo della particolare importanza della questione decisa, carattere strettamente funzionale all'effettivo esercizio della funzione nomofilattica.

Da una complessiva disamina della disciplina che regola la funzione nomofilattica emerge un interessante profilo di riflessione. Infatti, si evidenzia che sia il Primo Presidente che le singole sezioni della Corte di Cassazione al verificarsi di un contrasto giurisprudenziale ovvero nell'ipotesi in cui sia necessario comporre una complessa questione interpretativa - qualora non sia già stato fissato un principio di diritto dalle SS. UU. - potranno discrezionalmente scegliere se provocare un risolutivo intervento delle Sezioni Unite oppure se lasciare proseguire il dialogo ed il confronto giurisprudenziale, con l'auspicio di una spontanea composizione del contrasto, anche a costo di pronunce difformi, che appaiono però strumentali a rintracciare una soluzione di sintesi dal carattere condiviso. La scelta legislativa di mantenere una tale discrezionalità decisionale scongiura il rischio che ogni contrasto giurisprudenziale venga ad essere sottoposto - nel breve periodo - al definitivo vaglio delle Sezioni Unite. Una previsione di segno opposto comporterebbe, da un lato, un numero talmente elevato di pronunce con funzioni nomofilattiche da metterne in discussione l'autorevolezza, dall'altro, impedirebbe che il contrasto interpretativo venga ad essere risolto dopo aver raggiunto la necessaria soglia di maturità del dialogo giurisprudenziale. È evidente che lo sviluppo di tali contrasti interpretativi possono in astratto - ed anche in concreto - avere effetti negativi sulla certezza del diritto ed in generale sulla prevedibilità dell'interpretazione ed applicazione delle disposizioni normative. Si tratta, tuttavia, di quelle oscillazioni del diritto parzialmente ineliminabili, poiché fisiologiche alla necessaria evoluzione ordinamentale ed al corretto invernarsi della funzione nomofilattica⁽²⁵⁾.

²⁵ Proprio un tale meccanismo permette di non cadere nel paradosso ordinamentale evidenziato da Natalino Irti. L'autore, in particolare, afferma che *“La funzione nomofilattica «presuppone che interpretare la legge significhi identificare il significato “oggettivo” delle norme e che compito del giudice sia per l'appunto di enucleare e “dichiarare” questo significato»* [così M. TARUFFO, *La Corte di cassazione e la legge*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 362] e si ricollega ad *«una visione autoritaria e fortemente accentrata della giustizia che è l'opposto di quella che possiamo trarre dalle pieghe di un ordinamento autenticamente democratico»* [G. VERDE, *In difesa dello jus litigatoris*, cit., 10], mentre il *pluralismo contraddittorio della giurisprudenza costituisce l'inevitabile conseguenza del pluralismo di valori che si confrontano nella società ed una garanzia contro i rischi di involuzione autoritaria dell'organo chiamato a svolgere la c.d. funzione nomofilattica* [S. CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in *riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, 10].

3. *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*

L'Adunanza Plenaria assicura, in riferimento alla giurisdizione amministrativa, la conformità e l'uniformità della giurisprudenza, la prevenzione - laddove possibile - dei contrasti giurisprudenziali, la risoluzione di potenziali controversie intercorrenti fra le diverse sezioni del Consiglio di Stato ⁽²⁶⁾.

Una disamina della funzione nomofilattica nell'ambito della giurisdizione amministrativa non può non tenere in debita considerazione le caratteristiche proprie del processo amministrativo, in particolare sotto il profilo della peculiarità dei rapporti intercorrenti fra privati cittadini e pubblica amministrazione. A tal proposito è necessario considerare come siano destinatari delle sentenze amministrative, oltre i soggetti privati, in veste di ricorrenti o di controinteressati, anche le pubbliche amministrazioni, espressione di una molteplicità di soggetti a natura pubblica o mista, dotati di peculiari poteri autoritativi, tali da influenzare e modificare la stessa realtà giuridica.

Ad un tale paradigma consegue che gli effetti della sentenza amministrativa - a maggior ragione se emanata dal giudice con funzioni nomofilattiche - andranno al di là del singolo giudizio oggetto della controversia, assumendo un ruolo uniformante non solo rispetto alla giurisprudenza amministrativa, ma anche rispetto all'operato della pubblica amministrazione parte del giudizio, in ossequio al carattere conformativo proprio della sentenza amministrativa, e tendenzialmente di tutte quelle amministrazioni tenute in futuro all'applicazione dei medesimi precetti in fattispecie dal carattere analogo ⁽²⁷⁾. Ne consegue che il Consiglio di Stato, nell'esercizio delle proprie funzioni

²⁶ L. LEVI SANDRI, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in AA.VV., *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1311; P. SALVATORE, *L'Adunanza plenaria nel Codice del processo amministrativo*, in *giurisdiz. amm.*, IV, 2012, 1237 e ss.; M. SANINO, *Funzione pretoria della giurisprudenza amministrativa: la nuova collocazione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *giurisdiz. amm.*, IV, 2011, 49 e ss..

²⁷ In tal senso, si veda, M. BRANCA, *La nomofilachia nella giurisdizione amministrativa*, in *www.federalismi.it*, 20, 2009, 7; E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *dir. proc. amm.*, 2012, 1246; ID., *Lo stare decisis nel processo amministrativo*, in *dir. e proc. amm.*, 2015, 20; ID., *La nomofilachia del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*, 5, 2015, 2; ID., *Effettività della tutela e nomofilachia*, *ivi*, 6, 2018. Nell'ampia bibliografia sul valore creativo della giurisprudenza amministrativa, si rinvia a M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, cit., 1371 ss.; F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in AA. VV., *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana ed inglese a confronto*, Milano, 1983, 119 ss.; M. D'ALBERTI, A. PAJNO, *Il giudice amministrativo tra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, cit., 301 ss.; S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come*

nomofilattiche, sarà chiamato a perseguire, oltre che l'unità interpretativa ed applicativa del diritto all'interno della giurisdizione amministrativa, anche l'unità funzionale della stessa azione amministrativa, con lo scopo di assicurare un effettivo raccordo fra la pluralità dei centri decisionali e la molteplicità degli interessi pubblici da perseguire ⁽²⁸⁾.

L'esercizio di funzioni nomofilattiche è così divenuto un fenomeno sempre di maggior rilievo, fino ad arrivare all'emanazione del Codice del processo amministrativo che affida espressamente l'esercizio delle funzioni nomofilattiche, per quanto concerne la giurisdizione amministrativa, all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ⁽²⁹⁾.

Secondo quanto disposto dall'art. 99, co. 1, c.p.a., le sezioni semplici del Consiglio di Stato possono deferire - su richiesta delle parti o d'ufficio - all'esame dell'Adunanza Plenaria tutte le questioni che hanno dato o possano presumibilmente dare luogo a contrasti giurisprudenziali, così garantendo l'uniformità dell'interpretazione del diritto all'interno della giurisdizione amministrativa ⁽³⁰⁾.

creatore di diritto e come amministratore, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 1 ss.; M. MAZZAMUTO, *L'incertezza nel diritto amministrativo tra norme scritte e giurisprudenza pretoria: per un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata*, relazione tenuta in occasione del convegno AIPDA, *L'incertezza delle regole*, Napoli, 3-4 ottobre, 2014.

²⁸ In tal senso si veda A. PAJNO, *Appello nel processo amministrativo e funzione di nomofilachia*, in *riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 552.

²⁹ M. SANINO, *Funzione pretoria della giurisprudenza amministrativa.*, cit.; S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica - l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, 2011; A. STORTO, *Decisione della Plenaria e vincolo di conformazione*, testo della relazione tenuta nel convegno su "L'attività nomofilattica delle Magistrature Superiori", svoltosi il 21 giugno 2012 presso il Consiglio di Stato in occasione della presentazione del volume a cura di S. TOSCHEI, *L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato. Commentario alle sentenze dell'adunanza plenaria pubblicate nel 2011*, Roma, 2012; G. PESCE, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, 2012; A. CALDARERA, *Il principio dello stare decisis e la funzione nomofilattica dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *www.judicium.it*; A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2015, 345; G. AMOROSO, *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: non condivisione da parte della Sezione del principio di diritto enunciato dalla Adunanza Plenaria (art. 99 c.p.a.)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; S. SPUNTARELLI, *Tecniche di interpretazione dell'Adunanza Plenaria e valore del precedente*, Napoli, 2019. Per un commento sistemato all'art. 99, c.p.a., si veda R. CHIEPPA, *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2018, 549-552.

³⁰ L'art. 99, co. 2, c.p.a. attribuisce al Presidente del Consiglio di Stato un discrezionale potere di remissione a favore dell'Adunanza Plenaria, su istanza di parte o d'ufficio, per la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali, attuali o potenziali. Tale previsione si differenzia dalla precedente disciplina di cui all'art. 45, co. 3, R.D. n. 1054 del 1924, nella parte in cui conferisce al Presidente del Consiglio di Stato il potere di remissione a favore dell'Adunanza Plenaria non solo per risolvere questioni di massima di particolare importanza ma anche per dirimere contrasti giurisprudenziali. Storicamente, come disciplinato dal R.D. n. 1054/1924, il presupposto dell'esercizio della funzione nomofilattica da parte dell'Adunanza Plenaria è sempre stato legato alla risoluzione dei contrasti giurisprudenziali all'interno della stessa Sezione e fra le diverse Sezioni del Consiglio di Stato. Con l'emanazione del Codice del processo amministrativo si è scelto di assegnare all'Adunanza Plenaria una funzione di vera e propria stabilizzazione interpretativa circa le questioni di diritto dotate di particolare importanza a prescindere dall'effettiva emersione di contrasti

È opportuno far rilevare come non esista un obbligo di rimessione del ricorso a favore dell'Adunanza Plenaria, venendo ad essere conservato un margine di valutazione discrezionale circa la risoluzione dell'antitesi giurisprudenziale tramite la fisiologica dinamica dialogica tra le stesse sezioni del Consiglio di Stato, ovvero tra quest'ultimo ed i giudici di merito. Appare di medesima ispirazione la circostanza per cui ove la Sezione decida di rimettere il ricorso alla Plenaria, la remissione non sarà un atto automatico, ma avverrà mediante un'ordinanza motivata, nella quale la Sezione rimettente, oltre ad esporre le ragioni del contrasto, potrà supportare, anche con ulteriori argomentazioni, una tesi piuttosto che un'altra, così instaurando un vero e proprio dialogo con l'organo della nomofilachia.

L'articolo 99 c.p.a. ha poi introdotto delle specifiche ipotesi in cui l'Adunanza Plenaria è chiamata ad esercitare la propria funzione nomofilattica astenendosi dallo statuire sul merito della vicenda oggetto del giudizio.

In particolare, viene riconosciuta alla Plenaria - ex art. 99, co. 4, c.p.a.⁽³¹⁾ - l'inedita facoltà, a seguito di un'ordinanza di remissione, di valutare discrezionalmente se pronunciarsi, in veste di giudice d'appello, sull'intera controversia, ovvero se limitarsi ad enunciare il principio di diritto, così dirimendo la questione giuridica controversa, per poi restituire gli atti di causa ai fini della decisione alla Sezione remittente⁽³²⁾. Ed ancora, l'art. 99, co. 5, c.p.a. attribuisce all'Adunanza Plenaria la

giurisprudenziali. L'individuazione di una questione di massima di particolare importanza - che può giustificare la pronuncia nell'interesse della legge ovvero il deferimento alla Plenaria da parte del Presidente del Consiglio di Stato - viene ad essere tendenzialmente parametrata in base a criteri come la l'alto tasso di ricorsi sul medesimo tema; l'elevato impatto sociale, amministrativo o finanziario della questione giuridica; una particolare rilevanza sotto il profilo del coinvolgimento di diritti fondamentali, tutti indicatori della rilevanza della questione diritto, potenzialmente foriera di contrasti di giurisprudenza, che impone la necessità di individuare rapidamente un opportuno equilibrio interpretativo e garantire una stabilità degli arresti giurisprudenziali.

³¹ Tale previsione si pone in totale opposizione rispetto alla disciplina preesistente ex art. 73, R.D. n. 642/1907 che imponeva all'Adunanza plenaria - una volta investita del giudizio - l'obbligo di decidere l'intera controversia, non essendo riconosciuta a quest'ultima la possibilità di esprimersi esclusivamente ai fini di fissare un principio di diritto.

³² Circa le concrete modalità applicative della previsione di cui all'art. 99, co. 4, c.p.a. è intervenuto Cons. St., A.P., sentenza 23 febbraio 2018, n. 2 stabilendo che la disposizione debba essere intesa nel senso di rimettere all'Adunanza Plenaria la sola opzione fra l'integrale definizione della controversia e l'enunciazione di un principio di diritto, dichiarando come inammissibile - tanto per ragioni testuali, quanto sistematiche - un'ulteriore articolazione del principio di diritto enunciato secondo diversi livelli di astrattezza ovvero di aderenza alle peculiarità del caso concreto. In secondo luogo la Plenaria statuisce che il principio di diritto di cui all'art. 99 c.p.a. non impone un vincolo di giudicato al giudice del rinvio, che, al contrario, ha il compito di verificare l'applicabilità del principio alla fattispecie concreta. Deve infatti escludersi - in via di principio - l'ammissibilità di forme di sostanziale ibridazione fra l'enunciazione di un principio di diritto e la definizione di una vicenda puntuale. In tema, si veda, A. DE

facoltà di pronunciarsi su questioni di particolare importanza - al fine di enunciare un principio di diritto nell'interesse della legge - anche in quelle ipotesi in cui il ricorso debba, poi, essere dichiarato irricevibile, inammissibile, improcedibile⁽³³⁾.

Le specificità funzionali cui è deputato il Consiglio di Stato come giudice d'appello non possono non influenzare l'atteggiarsi della funzione nomofilattica, necessariamente improntata a garantire una piena convivenza fra l'esatta interpretazione della legge e l'applicazione della norma al caso concreto⁽³⁴⁾. È evidente che nel giudizio innanzi al Consiglio di Stato il riesame del punto di diritto non possa essere disgiunto - e nemmeno possa prescindere - dalla rinnovazione del giudizio cognitorio sulle questioni di fatto⁽³⁵⁾. Viene, così, ad evidenziarsi una vera e propria oscillazione della funzione giurisdizionale fra l'attività rinnovatoria del giudizio e quella di riesame della sentenza di primo grado - sotto il profilo della stretta legittimità - con innegabili riverberi sull'estrinsecarsi della funzione nomofilattica.

Proprio al fine di compensare una tale duplicità - intrinseca al giudizio d'appello - si assiste ad una concentrazione della funzione nomofilattica a favore della sola Adunanza Plenaria. Questo cambio di paradigma è avallato, in particolare, dal riconoscimento a favore dell'Adunanza della prerogativa di pronunciarsi sul solo principio di diritto ovvero di avvalersi della facoltà di restituzione degli atti alla Sezione remittente⁽³⁶⁾. Alla luce di ciò, la Plenaria potrà limitarsi a dirimere la sola antitesi giurisprudenziale, affermando così il principio di diritto, ma esimendosi da ogni

SIANO, *Precedente giudiziario - il principio di diritto espresso dall'adunanza plenaria quale norma giuridica*, in *Giur. It.*, 2018, 7, 1687 (nota a sentenza - Cons. St., Ad. Plen., 23 febbraio 2018, n. 2).

³³ Il principio di diritto fissato dall'Adunanza plenaria nell'interesse della legge non può essere dotato di alcuna pregnanza in riferimento al giudizio in corso, che inevitabilmente andrà a concludersi con una sentenza di rito, ma andrà ad orientare i futuri arresti giurisprudenziali in materia. In argomento, cfr. A. ANGIULI, *L'adunanza plenaria e l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge*, in F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli*, 2017, Napoli, 173.

³⁴ In tal senso, C. LAMBERTI, *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, cit., 3; cfr. anche M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato Giudice d'appello*, in *foro it.*, V, 1982, 10; S. SATTA, *L'appello nel processo amministrativo*, in *Studi per il centenario della Quarta Sezione del Consiglio di Stato*, Roma, II, 1989, 818; A. PAJNO, *Appello nel processo amministrativo e funzioni di nomofilachia*, cit., 563; più recentemente, cfr. F. CAPORALE, *Le ambiguità della sentenza semplificata tra modello redazionale e strumento di accelerazione del processo amministrativo*, in *dir. proc. amm.*, 2, 2018, 606.

³⁵ In tal senso M. BRANCA, *La nomofilachia nella giurisdizione amministrativa*, cit., 6.

³⁶ Si evidenzia che una disposizione analoga a quella sancita dall'art. 99, co. 1, ultimo periodo c.p.a., non si possa rivenire né nell'art. 374 c.p.c. (relativamente alle pronunce delle Sezioni Unite) e neppure nella complessa disciplina dettata dal Codice di giustizia contabile (d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174) agli artt. 11, 114-117 (relativi al funzionamento delle Sezioni Riunite). L'Adunanza Plenaria - con ordinanza n. 7 del 11 maggio 2018 - ha individuato una casistica di ipotesi in cui è ammissibile il rinvio degli atti alla sezione ex art. 99, comma 1, ultimo periodo c.p.a..

specifica valutazione circa le questioni di fatto, che rimarranno integralmente affidate al giudizio delle Sezioni semplici ⁽³⁷⁾.

Siamo così di fronte ad una scissione fra il giudizio sul fatto - affidato alle Sezioni semplici - e quello di legittimità - affidato alla Plenaria - che certamente valorizza e semplifica l'esercizio della funzione nomofilattica, evidenziandosi un'analogia con le Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

D'interesse notare che le sentenze deliberate dall'Adunanza Plenaria con il fine di fissare un principio di diritto vanno assumendo i tratti di sentenze a carattere essenzialmente interpretativo, vincolanti, oltre che per la sezione remittente, anche per la composizione di controversie future ⁽³⁸⁾. È però evidente che l'ingresso del giudice tra le fonti di produzione del diritto non assume fattezze sostitutive del dettato legislativo ma ha piuttosto un carattere integrativo, volto a limitare riverberi negativi - in termini di sicurezza giuridica - all'interno dell'ordinamento ⁽³⁹⁾.

³⁷ In senso contrario F. CAPORALE, *Le ambiguità della sentenza semplificata tra modello redazionale e strumento di accelerazione del processo amministrativo*, cit.. L'autore, in particolare, asserisce che l'Adunanza Plenaria ha ricostruito la formulazione del principio di diritto come un'attività astratta, scollegata da una valutazione circa il fatto concreto. In tal modo se, da un lato, è vero che così il principio di diritto acquisisce maggiore generalità ed è quindi adattabile ad un numero maggiore di casi, d'altra parte, l'astrazione può divenire - tanto quanto l'eccessiva specificità - motivo di negazione dello stesso principio di diritto. Infatti, l'enunciazione di un principio di diritto con caratteri sempre più prossimi alle modalità di formulazione tipiche delle fonti legislative non trova più applicazione per identità o somiglianza con il caso concreto, ma diviene a sua volta oggetto di un autonomo processo interpretativo. Con l'effetto di moltiplicare le interpretazioni, pregiudicando la funzione di garanzia dell'uniforme interpretazione della legge e dell'unità del diritto per cui inizialmente viene ad essere pronunciato.

³⁸ Al fine di non mettere in discussione la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici, viene considerato ammissibile l'utilizzo di sentenze capaci di modulare la portata temporale dei propri effetti. L'utilizzo del *prospective overruling* [vedi *supra* cap. I, p. 6, nt. (10)] deve però avere carattere eccezionale, venendo dunque ad essere limitato a quei soli casi in cui emerga: un'obiettiva incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; nell'ipotesi in cui rilevi l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata; qualora sia necessario tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche; così Cons. St., Ad. Plen., 22 dicembre 2017, n. 13 [con nota di M. CONDORELLI, in *Foro it.*, III, 2018, 145]; in senso conforme Cons. St., VI, 3 dicembre 2018, n. 6858. In argomento M. TRIMARCHI, *Principio della domanda e natura del processo secondo l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *dir. proc. amm.*, 4, 2016, 1101; E. STICCHI DAMIANI, *Efficacia nel tempo delle pronunce nomofilattiche dell'Adunanza plenaria*, in *dir. e proc. amm.*, 4, 2012, 1143; E. FOLLIERI, *Gli effetti retroattivi del principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato tra certezza del giudicato e effettività dell'ordinamento giuridico*, in www.siaaitalia.it; M. MAGNARELLI, *L'overruling tra teoria generale e diritto amministrativo*, in www.ildirittoamministrativo.it, 2017, 4-5; F. SAIITA, *Prevedibilità delle decisioni del giudice amministrativo e prospective overruling*, intervento alle Giornate di studio in onore di Enrico Follieri, 22-23 giugno 2018; E. FOLLIERI, *L'adunanza plenaria, "sovrano illuminato", prende coscienza che i principi enunciati nelle sue pronunzie sono fonti del diritto - il commento*. Cons. Stato (Ad. Plen.), 22 dicembre 2017, n. 13, in *urb. app.*, 3, 2018, 373; S. SPUNTARELLI, *Sentenze interpretative dell'adunanza plenaria del consiglio di stato e argomentazione dell'interpretazione*, Roma, 2018.

³⁹ R. CAPONIGRO, *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, in www.federalismi.it, 2, 2017. In senso parzialmente critico A.M. SANDULLI, *"Principi e regole*

3.1. Dal precedente meramente persuasivo al precedente relativamente vincolante

Il cambio di paradigma nell'esercizio della funzione nomofilattica si evidenzia anche nel passaggio dal precedente persuasivo alla regola del c.d. precedente relativamente vincolante. L'articolo 99, co. 3, c.p.a. sancisce che qualora la questione controversa, oggetto di ricorso innanzi ad una sezione del Consiglio di Stato, investa una questione giuridica già risolta dall'Adunanza Plenaria con l'enunciazione di un principio di diritto, alla sezione semplice è fatta preclusione di decidere il ricorso in difformità rispetto all'orientamento giurisprudenziale fissato dall'Adunanza Plenaria⁽⁴⁰⁾. Alle sezioni semplici, in caso di non condivisione, non resta che astenersi

dell'azione amministrativa": riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale in *federalismi.it*; ID., *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, *ivi*, nella parte in cui evidenzia dubbi sulle modalità attuative e le funzioni attribuite allo strumento nomofilattico, auspicando un ritorno del legislatore allo svolgimento delle funzioni storicamente affidategli.

L'innovativa funzione attribuita al precedente giurisprudenziale sembra potersi ricavare anche da ulteriori interventi legislativi in tema di motivazione della sentenza. Si veda, in particolare, l'art. 88 c.p.a. nella parte in cui introduce la possibilità che la sentenza venga motivata nella sua parte in diritto anche tramite semplice rinvio ai precedenti giurisprudenziali cui la stessa intende conformarsi. Ed anche l'art. 74 c.p.a. nella parte in cui prevede che in ipotesi di sentenza resa in forma semplificata la stessa possa consistere anche in un sintetico riferimento ad un precedente conforme [M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *dir. proc. amm.*, 2017, 894; F. CAPORALE, *Le ambiguità della sentenza semplificata tra modello redazionale e strumento di accelerazione del processo amministrativo*, *cit.*]. Lo stesso legislatore nel momento in cui introduce la possibilità per il giudice amministrativo di motivare le proprie sentenze - nella parte in diritto - in base a precedenti giurisprudenziali conformi, implicitamente attribuisce un inedito valore al dettato giurisprudenziale che viene a ricoprire un ruolo fino a questo momento riconosciuto al solo dettato legislativo, sollecitando una riflessione circa l'effettivo spostamento dei principi di diritto fissati dal giudice della nomofilachia all'interno delle fonti di produzione del diritto. In base al disposto di cui all'art. 88 ed all'art. 74 del c.p.a. una decisione giurisdizionale potrà dunque essere motivata non semplicemente con riferimento diretto al dettato legislativo ma anche in base all'interpretazione che della legge stessa venga data da altri giudici. In riferimento al processo innanzi al giudice ordinario si veda, in particolare, l'art. 118, co. 1, disp. att. c.p.c. - come sostituito dall'art. 58, co. 2, L. 18/6/2009, n. 69, in argomento, cfr. M. ACIERNO, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 437; P. VITTORIA, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in M. ACIERNO, P. CURZIO, A. GIUSTI (a cura di), *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, Bari, 2011, 275 e ss; F. ROSELLI, *La motivazione della sentenza di cassazione*, *ivi*, 267 ss.; F. SAITTA, *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto*, *cit.* 585.

⁴⁰ cfr. L. ROVELLI, *I processi di adeguamento giurisprudenziale alla complessità assunta dal sistema delle fonti*, *cit.*; ID., *La nomofilachia è la funzione istituzionale della cassazione*, in *Rass. For.*, 3-4, 2014; G. PESCE, *L'Adunanza plenaria del consiglio di stato diventa giudice di common law?*, in *www.ius-publicum.com*; R. CAPONIGRO, *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, *cit.*. In senso contrario all'esistenza di un effettivo vincolo a carico delle sezioni semplici del Consiglio di Stato, si veda C. LAMBERTI, *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, *cit.*; G. CORSO, *L'Adunanza plenaria e la funzione nomofilattica*, in *Rass. for.*, 2014, 633 ss.; A. MALTONI, *«Il vincolo» al precedente dell'Adunanza plenaria ex art. 99, comma 3 c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali*, in *foro amm.*, 2015, 137 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Valore del precedente e nomofilachia*, intervento alla tavola rotonda nell'ambito del Convegno organizzato dal Consiglio Nazionale Forense "Il valore del precedente nel sistema ordinamentale", Roma, 13 ottobre 2017.

dal deliberare e rimettere il ricorso all'Adunanza Plenaria con ordinanza motivata, manifestando le ragioni del proprio dissenso ⁽⁴¹⁾.

Una parte della dottrina e della stessa giurisprudenza ha paventato che il vincolo imposto dall'art. 99, co. 3, c.p.a. possa costituire una violazione dell'art. 101, co. 2, Cost. nella parte in cui prescrive l'esclusiva sottoposizione dei giudici al dettato legislativo, escludendo quindi la possibilità di attribuire anche una parziale vincolatività giuridica all'interpretazione che della legge venga fornita da altri giudici ⁽⁴²⁾.

Una volta postulata l'incostituzionalità di una qualunque forma d'interdipendenza decisionale fra gli appartenenti alle magistrature di ogni ordine e grado, diviene sistematicamente e concettualmente inammissibile l'ipotesi che l'interpretazione della legge fatta propria da un giudice - anche nella sua massima composizione - possa vincolare un altro giudice, al pari della legge stessa ⁽⁴³⁾.

⁴¹ Interessante notare che qualora la sezione semplice ritenga di non condividere il *principio di diritto* per un paventato vizio di illegittimità costituzionale, si ammette la possibilità per quest'ultima di investire della questione la stessa Corte Costituzionale, richiedendo una verifica circa la compatibilità fra il principio di diritto e la stessa Carta Costituzionale.

⁴² In tal senso, anche in riferimento alle omologhe disposizioni contenute nel codice di procedura civile e penale, e nel codice di giustizia contabile - si veda S. CHIARLONI, *Nomofilachia e garanzia costituzionale*, in C. BESSO, S. CHIARLONI (a cura di), *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*, Napoli, 2012, 24; G. F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013, 445; S. IMPERIALI, *Appunti sulla nomofilachia delle Sezioni Riunite della Corte dei conti in sede giurisdizionale*, in www.giuristidiamministrazione.com; R. PARDOLESI, M. GRANIERI, *Dottrina delle corti e disimpegno dei giuristi*, in *foro it.*, 2013, 187; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 2014, 277 e ss.; C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, Milano, 2015; L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. Giust.*, 2016; A. MANNA, *Aspetti problematici della vincolatività relativa del precedente giurisprudenziale in materia penale in rapporto a talune norme costituzionali*, in E. M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di M. Ronco*, Torino, 2017, 184; M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *dir. pubbl.*, 1, 2017, 47 e ss..

I medesimi dubbi vengono ad essere sollevati da Cass. Civ., sez. VI, ord. del 9 gennaio 2015, n. 174, secondo cui *“l'attività interpretativa delle norme giuridiche compiuta da un giudice non possa mai costituire limite all'attività esegetica esercitata da un altro giudice, dovendosi richiamare a tal proposito il distinto modo in cui opera il vincolo determinato dall'efficacia oggettiva del giudicato rispetto a quello imposto, in altri ordinamenti giuridici, dal principio dello stare decisis che non trova riconoscimento nell'attuale ordinamento processuale”*. In tal senso, cfr. anche Cass. Civ. n. 23722/2013; Cass. Civ. n. 23723/2013; Cass. Civ. n. 24438/2013; Cass. Civ. n. 24339/2013. D'altro canto va evidenziato che non avrebbe avuto alcuna razionalità logica la scelta legislativa di attribuire funzioni nomofilattiche alle Corti di vertice ai fini della risoluzione delle questioni di particolare importanza ovvero con riferimento ai contrasti giurisprudenziali se ipotesi di dissenso non motivato quasi frutto di un atto d'insubordinazione fossero pienamente ammissibile ed incontestabili in forza di quanto disposto dal dettato costituzionale.

⁴³ Per un'interpretazione in questi termini dell'art. 101, Cost. cfr. R. GUASTINI, *Art. 101*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. La magistratura*, I, 1994, 191 e ss.; N. ZANON, L. PANZERI, *Art. 101*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, 2006, 1962; R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino, 1994; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *dir. pubbl.*, 1995, 247 ss.; G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997. In senso contrario, V. ZAGREBELSKY, *Dalla varietà delle opinioni alla unità della giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 8-9, 1988, 1576, ove si stigmatizza - in riferimento all'art. 101, co. 2, Cost. - una *«lettura eccessivamente*

In tal senso, l'art. 99, co. 3, c.p.a. sembra contrastare anche con l'art. 107, co. 3, Cost. nella parte in cui impone ai giudici che compongono le sezioni semplici di adeguarsi al principio di diritto e/o all'interpretazione che della legge è data da altro e differente giudice, come a voler affermare l'esistenza di una vera e propria gerarchia all'interno del medesimo plesso giurisdizionale ⁽⁴⁴⁾.

È però necessario evidenziare che la peculiarità del precedente relativamente vincolante è proprio quella di non imporre alla sezione semplice di decidere in maniera difforme dal proprio libero convincimento. Infatti, a garanzia dell'autonomia decisionale dell'organo giudicante, anche rispetto al proprio plesso giurisdizionale di appartenenza, si prevede che qualora la Corte della nomofilachia non ritenesse di accogliere le argomentazioni contrarie formulate dalla sezione semplice, la decisione del ricorso venga ad essere presa direttamente dall'Adunanza Plenaria ⁽⁴⁵⁾. In tal modo il dettato legislativo impedisce che la sezione semplice pervenga ad un esito contrastante

individualistica del rapporto giudice-legge» e la «sottovalutazione del significato istituzionale della funzione giurisdizionale».

In tal senso, si veda anche la sentenza della Corte Costituzionale n. 50 del 1970, nella parte in cui esclude che il vincolo del giudice del rinvio al rispetto del principio di diritto stabilito dalla Corte di Cassazione comporti una violazione dell'art. 101, co. 2, Cost.. Una tale affermazione della Corte poggia sull'argomento per cui *“la pronuncia giudiziaria si mantiene sotto l'imperio della legge anche se questa dispone che il giudice formi il suo convincimento avendo riguardo a ciò che ha deciso altra sentenza”*. Un tale argomento interpretativo parrebbe potersi estendere anche all'ipotesi in cui il giudice sia chiamato a formare il proprio convincimento sulla base di un precedente giurisprudenziale reso - in relazione ad una diversa fattispecie concreta - da una giurisdizione superiore.

⁴⁴ In tal senso A. STORTO, *Decisione della Plenaria e vincolo di conformazione*, cit., che riconosce l'esistenza di “di un potere conformativo” proprio della pronuncia dell'Adunanza Plenaria nei confronti delle sezioni semplici, laddove la conformazione - in origine fondata sulla base della mera persuasione per autorevolezza - implica un rapporto non più perfettamente equordinato tra *giudici* nell'esercizio delle proprie funzioni giurisdizionali di risoluzione delle controversie. Un'interpretazione parzialmente diversa quella resa da G. GORLA [*L'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi*, cit., 530] laddove evidenzia come in alcun modo le disposizioni di cui agli artt. 101 e 107, Cost. possano essere in contrasto con il tema dell'uniforme interpretazione della legge in riferimento all'esercizio di funzioni nomofilattiche. Infatti, secondo il pensiero dell'Autore, da un lato, l'art. 101, co. 2, Cost. riguarda l'indipendenza dei giudici - da intendersi anche come persone fisiche - rispetto agli organi del potere legislativo ed esecutivo; dall'altro, se è vero che l'art. 107, Cost. non ammette l'esistenza di rapporti gerarchici all'interno della magistratura, è altrettanto vero che il rapporto esistente fra giudici di merito e giudice della nomofilachia, con riferimento all'uniforme interpretazione della legge, non può qualificarsi come tale.

⁴⁵ L'art. 73, R.D. n. 642/1907 imponeva all'Adunanza Plenaria - una volta investita del giudizio - l'obbligo di decidere l'intera controversia sia in fatto, sia in diritto, non essendo riconosciuta a quest'ultima la possibilità di esprimersi esclusivamente ai fini di fissare un principio di diritto. Ad oggi, una tale previsione è venuta meno con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 104/2010 che, in particolare, all'art. 99, co. 4, c.p.a. dispone la possibilità per l'Adunanza Plenaria di restituire gli atti di causa alle sezioni semplici, dopo aver fissato il principio di diritto, ai fini della decisione del ricorso. Nel caso di specie, si deve, tuttavia, ritenere che essendo già stato fissato in precedenza il principio di diritto, non sia passibile di applicazione l'art. 99, co. 4, c.p.a., spetterà quindi all'Adunanza Plenaria l'integrale pronuncia - in fatto ed in diritto - sul ricorso oggetto di rimessione obbligatoria da parte della sezione dissenziente.

con il precedente giurisprudenziale già formulato, in accordo con le finalità che giustificano gli innovativi approdi della funzione nomofilattica, senza però imporre l'adozione di una decisione giuridicamente non condivisa ⁽⁴⁶⁾.

Ancorché, poi, l'introduzione del meccanismo del precedente relativamente vincolante si proponga di contingentare l'operato dei giudici di merito, non può sottacersi che il principio di diritto non vincola quest'ultimi, se non in termini di persuasività, non essendo loro imposto nessun concreto obbligo di conformazione ⁽⁴⁷⁾. I giudici di merito restano, quindi, liberi di discostarsi dagli arresti giurisprudenziali della Plenaria, confidando che, anche in forza delle proprie motivazioni, il principio di diritto possa essere ribaltato ⁽⁴⁸⁾. Naturalmente, indipendentemente da come il giudice di merito si persuada, se la decisione sarà sottoposta allo scrutinio di una sezione del Consiglio di Stato, quest'ultima dovrà attenersi al principio di diritto già espresso o rimettere all'Adunanza la decisione del ricorso ⁽⁴⁹⁾.

⁴⁶ In tal senso F. CAPORALE, *Funzione nomofilattica e vincolo del precedente nella giustizia amministrativa*, in *giorn. dir. amm.*, 5, 2018, 629; A. STORTO, *Decisione della Plenaria e vincolo di conformazione*, cit..

⁴⁷ In senso contrario G. GORLA, *Postilla su "l'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi"*, cit., che ricostruisce il vincolo dei giudici di merito ai precedenti del giudice della nomofilachia come un vero e proprio obbligo giuridico e non un mero dovere di correttezza. In argomento si veda anche L. MONTESANO, *Su alcune funzioni della Cassazione civile secondo la costituzione della Repubblica italiana*, cit., 295, in particolare si veda nt. 5.

⁴⁸ D'interesse segnalare anche la previsione *Misure transitorie per l'uniforme applicazione del processo amministrativo telematico*, di cui all'art. 13-bis, all. 2, c.p.a. - introdotta dall'art. 7, co. 3, del d.l. n. 168/2016 - che prevede un'inedita attribuzione a favore dell'Adunanza Plenaria per definire i contrasti sulle modalità applicative del processo amministrativo telematico (PAT). In particolare, il legislatore introduce la facoltà - con una durata temporalmente limitata ai tre anni - per i collegi di primo grado di sottoporre al Presidente del Consiglio di Stato un'istanza di rimessione del ricorso all'Adunanza Plenaria, con la finalità di sciogliere nodi interpretativi ed applicativi in materia di PAT. Sembra potersi rilevare un'analogia con l'istituto francese degli *avis contentieux* disciplinati dall'art. L.113-1 *du code de justice administrative* che permettono ai tribunali amministrativi di primo grado di richiedere una pronuncia del *Conseil d'État* su questioni di diritto - soprattutto con riferimento a novelle legislative - che diano luogo a difficoltà interpretative e che abbiano carattere diffuso. In tal modo, viene ad essere anticipato il momento nomofilattico già durante il primo grado di giudizio, venendo ad essere considerato come prevalente l'interesse ad un'immediata uniformità interpretativa ed applicativa della disciplina, piuttosto che l'emersione di un dialogo giurisprudenziale tra i Tribunali Amministrativi Regionali e le Sezioni semplici del Consiglio di Stato. In argomento, A. STORTO, *I TAR dinanzi ai contrasti giurisprudenziali e alle pronunce dell'Adunanza Plenaria*, cit., 63 G. VIRGA, *La remissione "per saltum" delle questioni controverse nel decreto legge 31 agosto 2016, n. 98*, in *www.lexitalia.it*, 1 settembre 2016.

⁴⁹ La portata applicativa del *precedente relativamente vincolante* sarebbe stata certamente di maggiore impatto qualora fosse stata estesa anche alle magistrature di merito. In senso contrario, A. STORTO [*Decisione della Plenaria e vincolo di conformazione*, cit.] che descrive una tale ipotesi come un percorso che dalla "nomofilachia" condurrebbe alla "tirannia" del principio di diritto, determinando un meccanismo di vincolo assoluto sull'intero sistema della giustizia amministrativa. D'altro canto, una prospettiva di riforma che coinvolgesse direttamente i tribunali amministrativi regionali potrebbe influire in modo incisivo sul dialogo giurisprudenziale interno alla giustizia amministrativa. Infatti, tenuto conto dell'esistenza di profonde diversità nelle modalità di reclutamento dei referendari TAR e dei Consiglieri

La «relatività» del precedente di cui all'art. 99, co. 3, c.p.a. non discende esclusivamente dall'estrinsecarsi in un vincolo negativo per le sole sezioni del Consiglio di Stato, ma anche dall'oggetto del vincolo, limitato al solo principio di diritto. Proprio quest'ulteriore elemento appare essere un importante discrimine rispetto all'istituto giuridico dello *stare decisis* che impone - in termini d'ampiezza - una maggiore rigidità del precedente giurisprudenziale. Un meccanismo così congegnato consente di evitare un eccessivo irrigidimento del sistema, tendenzialmente dannoso se si tiene in considerazione la funzione creatrice della giurisprudenza amministrativa, e poco funzionale se si osserva la molteplicità di sfaccettature proprie delle materie regolate dal diritto amministrativo.

Da una rilettura delle caratteristiche proprie del precedente relativamente vincolante emerge una tensione prevalentemente rivolta alla salvaguardia della sintesi giurisprudenziale raggiunta dall'Adunanza Plenaria, piuttosto che del precedente giurisprudenziale in quanto tale ⁽⁵⁰⁾. Tramite un tale strumento viene imposto alle sezioni semplici di non discostarsi da un raccordo interpretativo faticosamente raggiunto, ma non certamente allo scopo di preservare un vacuo immobilismo. Da un lato, infatti, si permette una rivalutazione della questione giuridica qualora la Corte in composizione plenaria ne ravveda i presupposti, dall'altro si conferma la possibilità di divergenze da parte dei giudici di merito ed uno spazio interpretativo che rimane affidato alle sezioni semplici del Consiglio di Stato ⁽⁵¹⁾.

di Stato, potrebbe risultare assai fruttuoso un diretto coinvolgimento dei giudici di primo grado nel circuito nomofilattico, tramite, ad esempio, istituti assimilabili agli *avis contentieux* francesi, garantendo un coinvolgimento complessivo dell'insieme delle voci interne alla giurisdizione amministrativa [si veda *supra* nt. (48)].

⁵⁰ E. FOLLIERI [*L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano*, cit., 1237] ha evidenziato come l'autorevolezza dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria non è stata mai posta in discussione nell'assetto di giustizia amministrativa. Alla luce di ciò, seppur l'introduzione dell'art. 99, co. 3 è certamente da considerare come un meccanismo di rafforzamento della funzione nomofilattica, non è delineabile come uno stravolgimento del sistema.

⁵¹ Da un complessivo esame della disciplina emerge infatti come il ruolo del precedente giurisprudenziale non sia tanto basato sulla *violenza del già deciso* - avendo valore di mere ipotesi comunque sottoposte alla verifica dell'interprete - quanto teso ad assicurare quella necessaria sicurezza giuridica [G. VATTIMO, *Fare giustizia del diritto. Annuario filosofico europeo*, in J. DERRIGA, G. VATTIMO, (a cura di), *Diritto giustizia e interpretazione*, Roma-Bari, 1998, 289. Espressamente richiamato da S. MAZZAMUTO, *Il diritto post-moderno: Un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *Europa e dir. priv.*, 3, 2018, 845 e ss.]. A riprova di ciò la facoltà riconosciuta alle sezioni semplici di non fare applicazione del precedente giurisprudenziale qualora emerga - tramite l'utilizzo dello strumento del *distinguishing* - l'assenza d'identità fra la controversia oggetto del giudizio ed il caso che ha generato il "principio di diritto" enunciato dal supremo collegio.

3.2. Le Sezioni “ribelli” e la mancata rimessione all’Adunanza Plenaria

L’introduzione del precedente relativamente vincolante impone una riflessione a proposito degli effetti di un eventuale dissenso delle Sezioni semplici del Consiglio di Stato, che si pronuncino, in fattispecie analoga, in maniera difforme rispetto al principio di diritto affermato dall’Adunanza Plenaria.

Il dettato normativo non individua alcuna sanzione espressa per la violazione del vincolo di conformazione imposto dall’art. 99, co. 3, così prospettandosi, nel silenzio legislativo, la necessità di individuare le modalità più opportune per assicurare l’effettività del suddetto istituto ⁽⁵²⁾. È infatti evidente che l’impossibilità di rintracciare una qualche forma di sanzione processuale, relegherebbe un tale strumento allo svolgimento di una funzione meramente persuasiva nella sistematica del processo amministrativo ⁽⁵³⁾.

Fra le diverse ipotesi ricostruttive che sono state avanzate ⁽⁵⁴⁾ vi è quella di sanzionare la mancata conformazione al principio di diritto riconducendola ad un’ipotesi di revocazione per errore di fatto o per contrasto con una precedente sentenza avente autorità di cosa giudicata. Tuttavia, questa ipotesi ricostruttiva mal si concilia con il consolidato orientamento giurisprudenziale che delinea lo strumento della

⁵² In argomento, M. BARLETTA, *La funzione nomofilattica dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, 2012, in *www.ildiritto.it* (cfr., in particolare, il punto 8); E. FOLLIERI, *Rimedi avverso la violazione dell’art. 99, terzo comma, del codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 9, 2013; A. STORTO, *Decisione della Plenaria e vincolo di conformazione*, cit.; F. CAPORALE, *Funzione nomofilattica e vincolo del precedente nella giustizia amministrativa*, cit.. In particolare, le ipotesi ricostruttive che sono state avanzate hanno individuato rimedi oggettivi - avverso le decisioni delle sezioni semplici del Consiglio di Stato - e rimedi soggettivi - nei confronti del giudice come persona fisica. In particolare, i rimedi oggettivi interni alla giurisdizione amministrativa sono rinvenuti nella revocazione e nell’opposizione di terzo, mentre i rimedi oggettivi esterni nel ricorso per Cassazione, ai sensi dell’art. 111 c. 8 Cost., e nel ricorso alla Corte Europea di Strasburgo per violazione della Convenzione EDU. Il rimedio soggettivo interno è rinvenibile nell’azione disciplinare, mentre, quello esterno nell’azione di risarcimento dei danni causati nell’esercizio delle funzioni giudiziarie. Così in E. FOLLIERI, *L’introduzione del principio dello stare decisis nell’ordinamento italiano*, cit.; ID., *L’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in E. FOLLIERI, A. BARONE, *I principi vincolanti dell’adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo* (2010-2015), Milano, 2015, 74.

⁵³ D’altro canto è opportuno evidenziare che l’assenza di una previsione in senso sanzionatorio non muta automaticamente un dovere istituzionale/funzionale in un dovere meramente morale. In tal senso, basti pensare a tutte quelle ipotesi in cui la Costituzione introduce dei doveri senza però individuare espressamente una sanzione, non per questo la loro violazione è da considerarsi legittima o meramente oggetto di biasimo morale. Così G. GORLA, *L’uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi*, cit., 539.

⁵⁴ Si veda la ricostruzione sistematica fatta in argomento da E. FOLLIERI [*L’introduzione del principio dello stare decisis nell’ordinamento italiano*, cit., in particolare par. 9 e 10]; in tema si cfr. anche S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica*, cit., 87 e 184; G. PESCE, *L’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, cit., 151-152.

revocazione come un rimedio impugnatorio a carattere eccezionale e quindi azionabile solamente in ipotesi tassativamente individuate dal dettato legislativo, evidentemente non passibili d'interpretazione analogica. In tal senso, non appare possibile fare rientrare il contrasto con un precedente giurisprudenziale - seppur relativamente vincolante - fra le ipotesi di revocazione tassativamente individuate dall'art. 395 c.p.c. su rinvio espresso ex art. 106 c.p.a..

È stata ulteriormente prospettata la possibilità di ricondurre la violazione dell'obbligo imposto dall'art. 99, co. 3, c.p.a. nell'ambito sanzionatorio dell'eccesso di potere giurisdizionale, censurabile innanzi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione ex art. 111, co. 8, Cost.⁽⁵⁵⁾. In una tale eventualità il giudizio della Corte di Cassazione sarebbe volto a sindacare un caso di eccesso di potere giurisdizionale per violazione dei limiti interni della giurisdizione, essendo riferito ad un conflitto fra due articolazioni del medesimo plesso giurisdizionale, avallando un inammissibile sindacato del giudice della giurisdizione sulle modalità di erogazione della tutela da parte del Consiglio di Stato⁽⁵⁶⁾.

Si è anche ipotizzata la possibilità di esperire ricorso innanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, per violazione dell'art. 6, co. 1, della Convenzione in forza di una paventata lesione del diritto alla tutela giurisdizionale⁽⁵⁷⁾. Anche un tale rimedio impugnatorio appare poco plausibile, tenuto conto di come la Corte di Strasburgo non sia tendenzialmente avvezza ad un sindacato pervasivo della disciplina processuale degli stati aderenti alla Convenzione.

D'altro canto, il vincolo ex art. 99, co. 3, c.p.a. potrebbe giustificare l'esercizio di un'azione di responsabilità civile - per il risarcimento dei danni causati nell'esercizio della funzione giurisdizionale - nei confronti dei magistrati componenti la sezione del Consiglio di Stato che ha disatteso il principio di diritto⁽⁵⁸⁾. Va però tenuto in

⁵⁵ cfr. S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica*, cit., 87 e 184.

⁵⁶ In argomento si è recentemente espressa la stessa Corte Costituzionale con la sentenza n. 6 del 2018, affermando come una tale interpretazione non risulti compatibile con la lettera e lo spirito dell'art. 111, ultimo comma, della Costituzione. In tal senso, cfr. E. FOLLIERI, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, cit., 80 e ss..

⁵⁷ Così G. PESCE, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, cit., 151-152.

⁵⁸ I magistrati amministrativi sono sottoposti, come i magistrati ordinari e contabili, alla legge n. 117 del 1988 sulla responsabilità civile dei magistrati. Secondo tale disciplina i magistrati sono responsabili per i danni causati dai loro atti compiuti con dolo o colpa grave. In particolare, secondo l'art. 2, co. 2, la colpa grave consiste in una grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile, definizione che è stata interpretata dalla giurisprudenza con un'accezione fortemente restrittiva, non estendibile alle attività di interpretazione di norme di diritto, alla valutazione del fatto o delle prove.

considerazione che essendo oggetto di censura un'attività di carattere tendenzialmente interpretativo, la prova di una responsabilità per colpa grave in capo al collegio giudicante non potrebbe che avere carattere episodico ⁽⁵⁹⁾.

In ultimo, viene rilevata la possibilità di censurare il mancato rispetto del vincolo ex art. 99, co. 3, c.p.a. comminando una sanzione disciplinare ex art. 18 del R.D. lgs. n. 511 del 1946 ⁽⁶⁰⁾. La disciplina legislativa individua in maniera assai generica le ipotesi nelle quali è configurabile una responsabilità disciplinare del magistrato, rendendo così potenzialmente agevole la promozione di un'azione disciplinare nei confronti dei magistrati componenti la sezione ribelle ⁽⁶¹⁾. Ma il procedimento di accertamento di un'eventuale responsabilità disciplinare è affidato alla competenza del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, non potendo quindi assurgere a strumento sanzionatorio ordinario.

Non sembra, perciò, potersi individuare agevolmente ed indefettibilmente all'interno dell'ordinamento nazionale - in assenza di uno specifico intervento legislativo ⁽⁶²⁾ - uno strumento per la censura dell'operato delle c.d. sezioni ribelli. Per

⁵⁹ In tema E. FOLLIERI [*L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano*, cit.] argomenta che disattendere un precedente relativamente vincolante è valutabile come una violazione macroscopica della norma di legge che può quindi integrare gli estremi della colpa grave. È però necessario effettuare una differenziazione fra quelle ipotesi in cui il principio di diritto sia stato richiamato e discusso durante il giudizio ovvero sia un principio di applicazione così frequente da non poter esser ignorato dall'organo giudicante, e l'ipotesi in cui la violazione del vincolo appaia come inconsapevole, non essendo stato richiamato nel corso del procedimento. Solamente nella prima ipotesi e non nella seconda - evidenzia l'Autore - è possibile riscontrare l'esistenza di quei presupposti necessari ad integrare un'ipotesi di colpa grave a carico della sezione giudicante.

⁶⁰ La disciplina normativa prescrive che *“Il magistrato che manchi ai suoi doveri, o tenga in ufficio o fuori una condotta tale, che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario, è soggetto a sanzioni disciplinari secondo le disposizioni degli articoli seguenti”*. La l. n. 186 del 1982 sull'ordinamento della giustizia amministrativa rinvia, per ciò che attiene alla responsabilità dei magistrati amministrativi, alla disciplina prevista per i magistrati ordinari. Il R.D. del 1946 è stato abrogato dal d.lgs. n. 109 del 2006, che ha dettato una rinnovata disciplina sulla responsabilità disciplinare dei magistrati ordinari, stabilendo però - all'art. 30 - che le nuove norme non si applicano alla magistratura amministrativa e contabile. Pertanto, escludendo che i magistrati amministrativi siano divenuti esenti da ogni ipotesi di responsabilità disciplinare, si ritiene che per essi continui a trovare applicazione la disciplina del R.D. del 1946, che dovrebbe intendersi quindi abrogato solo con riguardo ai magistrati ordinari. In argomento, cfr. S. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 2013; E. FICOCIELLO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, 17 luglio 2017, in www.iusinitinere.it; P. MANTINI, *Profili critici e di riforma delle responsabilità disciplinare della magistratura amministrativa*, 25 ottobre 2017, in www.federalismi.it.

⁶¹ cfr. E. FOLLIERI, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, cit.

⁶² Auspicabile potrebbe essere un intervento legislativo - sulla scorta del modello spagnolo della *doctrina legal* - che introduca la possibilità, nel rispetto del principio della doppia giurisdizione, di presentare ricorso innanzi alla Corte di Cassazione, per la giurisdizione ordinaria, ed innanzi all'Adunanza Plenaria, per la giurisdizione amministrativa, per violazione dei precedenti giurisprudenziali fissati dalle Corti della nomofilachia. In argomento, cfr. A. CALDARERA, *Il principio dello stare decisis e la funzione*

ciò, ad oggi, emerge la necessità di calibrare i rapporti intercorrenti tra le sezioni semplici e l'Adunanza Plenaria su un piano a vocazione prevalentemente partecipativa - piuttosto che coattiva - valorizzando l'appartenenza di entrambi i collegi giudicanti al medesimo plesso giurisdizionale.

3.3. *Il giudice amministrativo ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia: un possibile escamotage*

Parallelamente all'introduzione del precedente relativamente vincolante sembra potersi registrare un peculiare aumento nell'utilizzo del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea da parte dei Tribunali Amministrativi Regionali e delle stesse sezioni del Consiglio di Stato ⁽⁶³⁾. In particolare, l'analisi della giurisprudenza più recente fa intravedere un utilizzo distorto del rinvio pregiudiziale, finalizzato a contestare il ruolo dell'Adunanza Plenaria. Sostanzialmente, tra i giudici amministrativi è invalsa la prassi di sollevare una questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia, nelle ipotesi in cui non sia condiviso un orientamento giurisprudenziale affermato dalla Plenaria, così da poterlo disattendere ⁽⁶⁴⁾.

nomofilattica dell'adunanza plenaria del Consiglio di stato al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea, cit., 23.

⁶³ In tal senso si rinvia all'interessante analisi di S. SPUNTARELLI, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisprudenza amministrativa*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2018, 985 e ss.; si veda anche G. PISTORIO, *Un dubbio, tre soluzioni. Un caso esemplare di incertezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 3, 2016, 1217 e ss.; D. SIMEOLI, "Vincolo" del precedente e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE: brevi note, in *forum quad. cost.*, 24 giugno 2016; In argomento, in riferimento alla giurisdizione ordinaria, si veda R. CONTI, *La giurisdizione del giudice ordinario e il diritto UE*, in www.questionegiustizia.it, 14; ID., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte UE: risorsa, problema e principio fondamentale di cooperazione al servizio di una nomofilachia europea*, relazione tenuta al Convegno "Le questioni ancora aperte nei rapporti tra le Corti Supreme Nazionali e le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo", 23 e 29 ottobre 2014, presso la Corte di Cassazione. Più in generale sul dialogo fra corti nazionali e sovranazionali, si veda E. D'ALTERIO, *La funzione di regolazione delle corti nello spazio amministrativo globale*, Milano, 2010; S. CASSESE, *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, in *giorn. dir. amm.*, 2010, 4, 319-422; ID., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009; F. FONTANELLI, G. MARTINICO, *La ricerca della coerenza: le tecniche del «dialogo nascosto» fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multilivello*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 351 e ss.; A. SANDULLI, *La Corte di Giustizia europea e il dialogo competitivo tra le Corti*, in AA. VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008; S. CASSESE, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 609.

⁶⁴ In tal senso Cons. St., sez. IV, ordinanze del 17 gennaio 2017, n. 167 e 168; Cons. St., sez. IV, ordinanza del 22 marzo 2017, n. 1297; Cons. St., sez. VI, ordinanza 27 marzo 2019, n. 2033.

In riferimento ai giudici amministrativi di primo grado, si veda Tar Molise, ord. 12 dicembre 2015; Tar Piemonte, ord. 16 dicembre 2015, n.1745; Tar Campania, Napoli, ord. 27 gennaio 2016, n. 451; Tar Campobasso, 12 febbraio 2016, n. 77; Tar Lazio, sez. I, ordinanza del 17 febbraio 2017, n. 2547; Tar Piemonte, sez. I, ordinanza del 21 giugno 2018, n. 770; Tar Lazio, sez. III, ordinanza del 12 luglio 2018, nr. 7778.

Questo strumentale utilizzo del rinvio pregiudiziale ha però trovato piena legittimazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia ⁽⁶⁵⁾. In particolare, la CGUE ha espressamente statuito che laddove una Corte nazionale ritenga di dover sollevare una questione pregiudiziale, quest'ultima ha la facoltà, ovvero l'obbligo, di rivolgersi alla Corte di Giustizia. Infatti, l'utilizzo del rinvio pregiudiziale si delinea come una prerogativa indiscutibile anche qualora miri a far emergere un contrasto fra il diritto eurounitario ed un precedente giurisprudenziale, senza che detta facoltà possa essere ostacolata dalla previsione di cui all'art. 99, co. 3 c.p.a..

Pertanto, le sezioni del Consiglio di Stato sono tenute al rispetto del principio di diritto fissato dall'Adunanza Plenaria fintantoché non emerga un potenziale contrasto con la disciplina europea. In tale circostanza si riconosce alla sezione, cui è assegnato il ricorso, la possibilità di adire direttamente la Corte di Giustizia senza dovere preventivamente rimettere la questione alla Plenaria, non spettando a quest'ultima il compito istituzionale di garantire una corretta ed uniforme interpretazione del diritto di matrice sovranazionale ⁽⁶⁶⁾. Ed inoltre, con effetti certamente più eversivi, viene ad essere riconosciuta la possibilità per le sezioni semplici di conformarsi direttamente all'orientamento della Corte di Giustizia, disapplicando il principio di diritto, qualora esso risulti manifestamente in contrasto con la giurisprudenza sovranazionale, e così disattendendo l'obbligo di cui all'art. 99, co. 3, c.p.a. ⁽⁶⁷⁾.

Ora, se si tiene in considerazione l'espresso richiamo fatto dall'art. 1 della l. 241 del 1990 ai «principi generali dell'ordinamento comunitario» è evidente come siano marginali gli ambiti disciplinari sottratti al vaglio della Corte di Giustizia. Alla luce dell'elevato numero di materie in cui è potenzialmente rinvenibile un contrasto tra i

⁶⁵ Si veda C. giust. UE, Grande sezione, 5 aprile 2016, causa 689/13, Puligienica c. Airgest s.p.a. [su ordinanza del Cons. Giust. reg. sic. del 17 ottobre 2013, n. 848], in *giustamm.it*, 4, 2016, con nota di M. FILICI, R. ROLLI, *C'era una volta il potere giurisdizionale italiano*, in *riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 541 e ss., con nota di E. M. BARBIERI, *La Corte di Giustizia interviene sul processo giurisdizionale amministrativo in tema di ricorsi reciprocamente escludenti e di potere nomofilattico dell'Adunanza Plenaria*, in *dir. proc. amm.*, 2016, 790 e ss., con nota di A. SQUAZZONI, *Sul necessario esame delle censure escludenti incrociate a prescindere dal numero dei ricorrenti e dalla differenza tra motivi ad effetto escludente. Il monito (forse tardivo?) della Corte di Giustizia*, in *Urb. app.*, 2016, 1080.

⁶⁶ Così M. MORETTI, *Continua il dialogo tra Corte di giustizia e Giudice amministrativo sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale nel contenzioso appalti*. Nota a Corte di giustizia, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica c. Airgest, in *Osservatorio Costituzionale*, 3, 2016, 22; R. CAPONIGRO, *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, cit..

⁶⁷ E. M. BARBIERI, *Il regolamento preventivo di giurisdizione, la rimessione del ricorso giurisdizionale amministrativo all'adunanza plenaria e il diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubb. Comunit.*, 6, 2011, 1365; A. STORTO, *I TAR dinanzi ai contrasti giurisprudenziali e alle pronunce dell'Adunanza Plenaria, in Funzione nomofilattica e integrazione delle fonti*, Trento, 16 dicembre 2016, 51.

principi fissati a livello europeo e l'interpretazione della disciplina nazionale resa dall'Adunanza Plenaria, è tangibile l'esiguità degli spazi in cui il ruolo del giudice della nomofilachia rimane indiscusso ⁽⁶⁸⁾.

Il rinvio pregiudiziale, nato come strumento d'interpretazione del diritto europeo volto a coadiuvare il giudice nazionale nell'esercizio della propria funzione giurisdizionale, rischia di divenire l'espedito per chiamare la CGUE a sindacare la compatibilità fra il principio di diritto ed il diritto eurounitario, quale utile *escamotage* per esautorare l'Adunanza della sua veste di giudice della nomofilachia ⁽⁶⁹⁾.

4. Le Sezioni Riunite della Corte dei Conti

Per ciò che concerne la giurisdizione contabile l'esercizio della funzione nomofilattica è stato attribuito alle Sezioni Riunite della Corte dei Conti dall'art. 1, co. 7, del d.l. n. 453/1993, così come riformato dalla l. n. 69/2009. L'intera disciplina è stata poi trasposta all'interno del Codice di giustizia contabile - d.lgs. n. 174 del 26/08/2016 - con l'intento di riordinare l'insieme della normativa in tema di giudizi innanzi alla Corte dei Conti.

La legge delega n. 124/2015 per la riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni aveva espressamente indicato che, nel codificare la disciplina contabile, fosse necessario «ridefinire e riordinare le norme concernenti il deferimento di questioni di massima e di particolare importanza [...] proponibili innanzi alle sezioni riunite della Corte dei conti in sede giurisdizionale, in conformità alle disposizioni dell'art. 374 del codice di procedura civile, in quanto compatibili, e in ossequio ai principi della nomofilachia e della certezza del diritto». Alla luce di ciò il Codice di

⁶⁸ Cfr. A. BUONFINO, *Tra legislatore e vincoli euro-unitari. L'adunanza Plenaria e i «limiti esterni» alla funzione nomofilattica*, in *dir. proc. amm.*, 2017, 1047 e ss]

⁶⁹ Così la vicenda giurisprudenziale originata dall'ordinanza n.1/2015 del CGARS che ha effettuato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ritenendo non persuasivi e non conciliabili con il diritto europeo i principi elaborati dall'Adunanza Plenaria nelle sentenze n. 3/2015 e n. 9/2015 in tema di oneri di sicurezza aziendale [in tema si veda A. TRAVI, in *foro it.*, III, 2016, 114 e ss.; A. RUFFINI, *La querelle sugli oneri di sicurezza aziendali*, in *Urb. app.*, 2015, 680 ss.]. La CGUE con la sentenza C. giust. Ue, VI, 2 giugno 2016, c. 27/15, Pippo Pizzo c. CRGT srl si discosta dalla giurisprudenza nazionale del Consiglio di Stato considerandola in contrasto con il diritto eurounitario. L'Adunanza Plenaria su rimessione del Cons. Stato, V sez., 17 marzo 2016, n. 1090 si esprime nel senso di aderire alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e disconoscendo i propri precedenti giurisprudenziali con la sentenza Cons. St., Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 19 e n. 20 [con nota di N. GAMBINO, in *Foro it.*, III, 2017, 309 e ss.; A. BUONFINO, *Tra legislatore e vincoli euro-unitari. L'adunanza Plenaria e i «limiti esterni» alla funzione nomofilattica*, cit.]. In argomento, S. SPUNTARELLI, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisprudenza amministrativa*, cit.; A. STORTO, *Decisione della Plenaria e vincolo di conformazione*, cit..

giustizia contabile - agli artt. 11, 114 e 117 - ha espressamente individuato le Sezioni Riunite come l'articolazione competente ad assicurare l'uniforme interpretazione e la corretta applicazione della normativa nell'ambito della giurisdizione contabile ⁽⁷⁰⁾. In particolare, la vigente disciplina ⁽⁷¹⁾ prescrive che le Sezioni Riunite sono competenti a decidere sulle questioni di massima di particolare importanza, deferite dalle sezioni giurisdizionali d'appello, dal Procuratore Generale o dal Presidente della Corte dei Conti, e per la risoluzione di quelle questioni di diritto che siano oggetto di un contrasto interpretativo interno al plesso giurisdizionale contabile ⁽⁷²⁾.

In argomento è necessario evidenziare che - in discontinuità con la normativa e l'interpretazione giurisprudenziale preesistente - il Codice di giustizia contabile ha prescritto che in caso di contrasti giurisprudenziali il deferimento alle Sezioni Riunite è riservato alle sole sezioni giurisdizionali d'appello per la composizione di conflitti a carattere «orizzontale». Viceversa, il rinvio alle Sezioni Riunite è precluso per le sezioni territoriali di primo grado, conformemente alla disciplina ordinaria ed amministrativa. In particolare, dalla Relazione illustrativa di accompagnamento al Codice e dall'insieme delle disposizioni di legge in materia, si desume che laddove emergano dei contrasti interpretativi fra sezioni giurisdizionali territoriali e sezioni giurisdizionali d'appello, tali difformità «verticali» non potranno essere assunte come valido presupposto ai fini di un deferimento alle Sezioni Riunite. Infatti, tanto le difformità interpretative a

⁷⁰ In argomento, G. D'AURIA, *Sulla nomofilachia delle sezioni riunite della corte dei conti, foro it.*, 2009, I, 1076; F.M. LONGAVITA, *La nomofilachia nelle SS. RR. della Corte dei Conti in sede giurisdizionale*, in www.amcorconte.it; L. SAVAGNONE, *La funzione nomofilattica nelle supreme magistrature*, in *Riv. Corte conti*, 6, 2007. In particolare, sulla recente introduzione del codice di giustizia contabile si veda *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti, Commento sistematico al codice della giustizia contabile (D.Lgs. n. 174/2016)*, A. CANALE, F. FRENI, M. SMIRLODO (a cura di), Milano, 2017; si vedano in particolare i contributi di F. VETRÒ, *Le sezioni riunite e le sezioni riunite in speciale composizione*, *ivi*, 10-14; F. LONGAVITA, *Esercizio coordinato della funzione nomofilattica della Corte dei conti per il controllo e la giurisdizione*, *ivi*, 138-140; F. LONGAVITA, *Il giudizio di responsabilità sanzionatoria come forma di raccordo delle funzioni di controllo e di giurisdizione*, *ivi*, 577-588; S. AURIEMMA, *Questioni di massima e di particolare importanza*, *ivi*, 643-678; AA. VV., *Il nuovo processo contabile*, in *L'amministrativista*, Milano, 2017.

⁷¹ La prima attribuzione di funzioni nomofilattiche a favore delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti può essere fatta risalire alla previsione di cui all'art. 4, della L. 21 marzo 1953, n. 161.

⁷² La disciplina di riferimento è contenuta all'art. 114 del d.lgs. 174/2016 che testualmente dispone "Le sezioni giurisdizionali d'appello possono deferire alle sezioni riunite in sede giurisdizionale la soluzione di questioni di massima, d'ufficio o anche a seguito di istanza formulata dal procuratore generale o da ciascuna delle parti del giudizio d'impugnazione. La sezione, con l'ordinanza di deferimento, dispone la rimessione del fascicolo d'ufficio alla segreteria delle sezioni riunite. Il presidente della Corte dei conti e il procuratore generale possono deferire alle sezioni riunite in sede giurisdizionale la risoluzione di questioni di massima oppure di questioni di diritto che abbiano dato luogo, già in primo grado, ad indirizzi interpretativi o applicativi difformi".

carattere verticale, quanto i contrasti giurisprudenziali emersi fra le sezioni territoriali di primo grado troveranno una fisiologica composizione nelle more del giudizio d'appello. Una previsione di segno opposto avrebbe come effetto, da un lato, l'alterazione del sistema processuale contabile, costituendo un vero e proprio espediente tramite il quale aggirare l'orientamento interpretativo adottato nel giudizio d'appello; dall'altro, limiterebbe il naturale dialogo giurisprudenziale nei giudizi di primo grado, che di per sé trova ordinaria composizione nel grado d'appello, non avendo altro effetto se non quello di determinare un infruttuoso irrigidimento del sistema ⁽⁷³⁾.

Il Codice della giustizia contabile ha poi introdotto - in ossequio ad una consolidata giurisprudenza - la facoltà per il Presidente e per il Procuratore Generale della Corte dei Conti di deferire alle Sezioni Riunite anche questioni di diritto che abbiano dato luogo, già in primo grado, ad indirizzi interpretativi o applicativi difformi, ovvero che presentino problematiche giuridiche di particolare importanza e obbiettiva complessità. D'interesse che il sindacato delle Sezioni Riunite possa essere sollecitato anche in via preventiva rispetto all'emersione di effettivi contrasti giurisprudenziali, con la precipua finalità di chiarire dubbi interpretativi inerenti disposizioni di legge dal carattere inedito, ovvero per meglio delineare i tratti di quelle disposizioni destinate ad una generalizzata applicazione, così da garantire - *ab origine* - applicazioni uniformi ⁽⁷⁴⁾. Deve rilevarsi che un utilizzo ragionato di una tale facoltà - che sembra essere parzialmente assimilabile al già richiamato istituto francese *dell'avis contentieux* - possa avere importanti ricadute per il perseguimento degli obiettivi propri della funzione nomofilattica ⁽⁷⁵⁾.

Infine, anche all'interno del processo contabile, sulla falsariga degli artt. 374, c.p.c. e 99, co. 3, c.p.a., la novella legislativa di cui all'art. 42, comma 2, secondo periodo, della l. n. 69/2009 - oggi trasposta all'interno dell'art. 117 del d.lgs. 174 del 2016 - ha introdotto il meccanismo del precedente relativamente vincolante, prescrivendo che laddove la sezione giurisdizionale d'appello, ritenga di non

⁷³ È quindi possibile affermare che alla luce delle recenti riforme in materia di giustizia contabile, la disposizione di cui all'art. 13 bis, all. 2, c.p.a. in tema di processo amministrativo telematico diviene l'unica disposizione normativa attualmente vigente, all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale, che riconosca la possibilità per i giudici di primo grado di rivolgersi direttamente al giudice dotato di funzioni nomofilattiche al fine di provocarne il sindacato. In argomento si veda *supra*, p. 54, nt. (48).

⁷⁴ Si vedano, Sez. riun., n. 22/QM/2016 del 22 settembre 2016; n. 19/QM/2016 del 15 settembre, 2016; n. 8/QM/2015 del 19 marzo 2015; n. 13/QM/2011 del 3 agosto 2011; n.12/QM/2011 del 3 agosto 2011; n. 1/QM/2012 del 13 gennaio 2012; n. 4/QM/2010 del 23 aprile 2010; n. 2/QM/2010 dell'8 marzo 2010.

⁷⁵ In merito all'istituto del *l'avis contentieux* si rinvia *infra* cap. IV, p. 120, nt. (9).

condividere il principio di diritto già enunciato dalle Sezioni Riunite, dovrà rimettere a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del giudizio.

È necessario puntualizzare che tale potere di remissione, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 174/2016, conformemente a quanto previsto per la giurisdizione ordinaria ed amministrativa, spetta alle sole sezioni d'appello, rimanendo scevri da ogni forma di vincolo gli organi giurisdizionali di primo grado. Infatti, una volta affermata la preclusione per le sezioni territoriali di rivolgersi direttamente alle Sezioni Riunite, ne consegue l'automatica inoperatività del precedente relativamente vincolante rispetto alle stesse, rimanendo, l'eventuale non condivisione del principio di diritto, soggetta al vaglio del solo giudice di appello, quale organo intermedio di nomofilachia.

Con le novità introdotte dal Codice di giustizia contabile si meglio delinea la volontà legislativa di attuare - nel complessivo assetto della giurisdizione - un coordinamento forte fra le singole discipline processuali in tema di nomofilachia ⁽⁷⁶⁾.

5. Osservazioni di sintesi

Alla luce dei recenti interventi legislativi e della nuova rilevanza attribuita al precedente giurisprudenziale è evidente come persista - se non addirittura appaia acuita - la complessiva inadeguatezza dell'attuale assetto giurisdizionale, carente di adeguati strumenti processuali capaci di assicurare il completo estrinsecarsi della funzione nomofilattica.

Il potenziamento delle funzioni nomofilattiche all'interno dei singoli plessi giurisdizionali garantisce l'uniformità del diritto all'interno di ciascun plesso giurisdizionale, ma, in assenza dei necessari strumenti di raccordo istituzionale, mette in discussione la complessiva capacità ordinamentale di garantire l'unità funzionale della giurisdizione ⁽⁷⁷⁾. Si concretizza il rischio che le corti di vertice si pronuncino sulle medesime posizioni giuridiche soggettive, con l'alta probabilità di dare origine a discrasie di giudizio, disomogeneità di linguaggio, ovvero a contrasti interpretativi fra le

⁷⁶ In tal senso, Sez. riun., 5 settembre 2011, n. 14 nella parte in cui afferma che precludere l'insorgere della forza vincolante delle pronunce delle Sezioni Riunite, ma anche delle altre corti superiori, creerebbe un grave vulnus al sistema voluto dal legislatore, chiaramente orientato dall'esigenza di garantire una giustizia uniforme (e, quindi, realmente giusta), ma non monolitica, su tutto il territorio nazionale, evitando pericolose (per l'autorevolezza dello stesso sistema giustizia) divagazioni giurisprudenziali non sempre ancorate a criteri di corretta esegesi normativa.

⁷⁷ G. GORLA, *L'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi*, cit., 517-518; I.M. MARINO, *Corte di Cassazione e giudici «speciali»*, in *Studi in onore di Vittorio Ottoviano*, Milano, II, 1993, 1396.

varie giurisdizioni circa la configurazione di specifici istituti o, più in generale, sull'interpretazione del medesimo dettato normativo ⁽⁷⁸⁾.

Il nodo problematico diviene chiaro: alla luce di un tale insieme di fattori, interni ed esterni all'ordinamento nazionale, una nomofilachia imperfetta, interna ma non esterna, non è evidentemente capace di adempiere al compito istituzionale cui è preposta, assicurare l'unità del diritto all'interno dell'ordinamento nazionale.

In tal senso, ritorna assai attuale la ricostruzione operata da Santi Romano, secondo il quale se è vero che possono esistere tante giurisdizioni quanti sono gli ordinamenti giuridici, lo è altrettanto il postulato secondo cui un ordinamento giuridico può conoscere una sola giurisdizione, cioè un solo modo di rendere giustizia. Lo scenario giuridico attuale, allora, non è altro che un inammissibile paradosso ⁽⁷⁹⁾.

⁷⁸ In tal senso, si veda G. MAMMONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2018*, in www.cortedicassazione.it, Roma, 25 gennaio 2019, 55. In particolare, «[...] La conseguenza di questa espansione è che su analoghe questioni di diritto potrebbero consolidarsi interpretazioni giurisprudenziali diverse, a seconda che ad occuparsene sia il giudice ordinario o quello amministrativo. Una pluralità di diritti viventi non reciprocamente coordinati e gestita da giudici diversi, mal si accorderebbe, però, con l'istanza di sistematicità, certezza ed uguaglianza dell'interpretazione giuridica che è a fondamento della nomofilachia e dello stesso sistema democratico». Si pensi in via meramente esemplificativa alle dispute ed ai «contatti» sorti fra gli orientamenti contrastanti delle diverse giurisdizioni in materia di situazioni giuridiche soggettive e di riparto tra giudice ordinario ed amministrativo, in tema di pregiudiziale amministrativa e risarcibilità del danno da lesione d'interesse legittimo, o più recentemente in merito alla configurazione della controversa figura, di matrice giurisprudenziale, dell'abuso processuale.

⁷⁹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1917.

CAPITOLO TERZO

FUNZIONE NOMOFILATTICA E COORDINAMENTO ISTITUZIONALE: PROFILI PROBLEMATICI

SOMMARIO: 1. Il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti per motivi inerenti la giurisdizione - 1.1. Il sindacato della Corte di Cassazione e le statuizioni in materia di riparto - 2. L'evoluzione interpretativa del concetto di «eccesso di potere giurisdizionale» - 2.1. L'emersione di una nozione evolutiva e dinamica dei «motivi inerenti la giurisdizione» - 3. L'intervento della Corte Costituzionale e la sentenza n. 6 del 2018 - 4. Le divergenze interpretative tra gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato - 5. Lo strumento del «concordato» come mezzo di raccordo fra plessi giurisdizionali - 6. La proposta legislativa: l'istituzione di un Tribunale dei conflitti presso le Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

1. Il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti per motivi inerenti alla giurisdizione

In considerazione delle recenti evoluzioni ordinamentali, dell'accertata pluralità giurisdizionale, e della nuova centralità riconosciuta alla funzione nomofilattica, non può che evidenziarsi l'emersione di evidenti disfunzioni in termini di coordinamento istituzionale. Per un verso, le ambiguità circa il riparto fra gli ordini giurisdizionali provocano un sensibile aumento della conflittualità in punto di giurisdizione; dall'altro, esse accrescono le ipotesi di potenziale contrasto fra i giudici apicali ⁽¹⁾.

Da una disamina dell'attuale assetto della funzione giurisdizionale, sembra possibile rintracciare l'esistenza di due diversi ordini di problemi inerenti il raccordo fra plessi giurisdizionali.

In primo luogo, si allude a quelle ipotesi in cui la Corte di Cassazione operando come giudice della giurisdizione tenda nel concreto a travalicare - anche solo *obiter dicta* - i limiti del proprio sindacato, ingerendosi in ambiti decisionali riservati alla cognizione del giudice amministrativo e contabile.

In secondo luogo, si fa riferimento all'eventualità in cui le Corti della nomofilachia finiscano per assestarsi su posizioni distoniche rispetto all'interpretazione di una medesima disposizione di legge, mettendo così in discussione l'effettività dell'unità funzionale della giurisdizione.

¹ Dato che emerge da quanto riportato dalle rispettive Relazioni annuali diffuse in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, reperibili, rispettivamente, su www.giustizia-amministrativa.it e www.cortedeiconti.it.

Ciò posto, pare utile procedere ad una prima disamina dell'attuale normativa in materia di giurisdizione, con particolare riferimento alle modalità di coordinamento e risoluzione di discrasie interpretative fra plessi giurisdizionali.

Come già evidenziato, la vigente disciplina - art. 111, co. 7, Cost. - dispone che avverso tutte le sentenze pronunciate da organi appartenenti alla giurisdizione ordinaria sia sempre ammesso il ricorso in Cassazione per violazione di legge ⁽²⁾. Diversamente, l'art. 111, co. 8, Cost. prevede che avverso le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti possa essere ammesso ricorso avanti alla Corte di Cassazione per «i soli motivi inerenti la giurisdizione» ⁽³⁾. Locuzione, quest'ultima, da intendersi come

² Una parte della dottrina [R. RORDORF, *Pluralità della giurisdizione e unitarietà del diritto vivente: una proposta*, in *Foro it.*, V, 2017, 123 ss.; A. PROTO PISANI, *Schede per una relazione s giurisdizione e pubblica amministrazione*, *ivi*, V, 2016, 6; E. SCODITTI, *Ricorribilità in Cassazione per violazione di legge delle sentenze del consiglio di Stato su diritti soggettivi*, *ivi*, V, 2015, 157 ess; F. BILE, *Riforme costituzionali e corte di cassazione*, *ivi*, V, 2011, 2013] ha paventato che nelle materie affidate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in cui lo stesso conosca quindi di diritti soggetti e tal volta anche di diritti fondamentali, l'impossibilità di impugnare le decisione del Consiglio di Stato innanzi alla Corte di Cassazione possa determinare una disparità di trattamento rispetto ai giudizi innanzi al giudice ordinario, venendo integralmente meno un grado di giudizio. In forza di ciò, viene ad essere prospettata, quanto meno nelle materie affidate alla giurisdizione esclusiva, l'ammissibilità del ricorso in cassazione per violazione di legge avverso le sentenze dei giudici speciali. Una tale impostazione troverebbe ulteriore giustificazione nella considerazione per cui in sede Costituente non fosse immaginabile un così ampio sviluppo delle materie affidate alle giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, tale da ricomprendere anche ambiti inerenti i diritti fondamentali della persona. *A contrario* è stato evidenziato come una tale ricostruzione si sviluppi in evidente contrasto con quanto statuito all'interno del dettato costituzionale, che espressamente ed inequivocabilmente sottrae le sentenze dei giudici speciali al sindacato per violazione di legge della Corte di Cassazione; in tal senso si veda *infra*, p. 89, nt. (64).

³ Nel susseguirsi di vari interventi legislativi in argomento è possibile riscontrare modifiche sotto il profilo testuale. Già l'art. 3, co. 1, n. 3, della l. 3761/1877 consentiva d'impugnare in Cassazione le decisioni delle giurisdizioni speciali viziate da «eccesso di potere». Il successivo art. 6 della l. 62/1907 stabiliva che il ricorso in cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato fosse esperibile per «difetto assoluto di giurisdizione», locuzione che veniva ad essere estesa in via interpretativa anche ad ipotesi di «difetto relativo di giurisdizione». Con l'art. 362 c.p.c. si sancisce la ricorribilità in cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato «per motivi attinenti alla giurisdizione», locuzione poi traslata nell'art. 111, co. 8, Cost. laddove si fa riferimento all'impugnabilità per cassazione delle sentenze amministrative e contabili per i «soli motivi inerenti la giurisdizione». Una tale attribuzione a favore della Corte di Cassazione verrà poi ad essere confermata alla luce dell'art. 37 della l. n. 87 del 1953 nella parte in cui, disciplinando le competenze della Corte Costituzionale in tema di conflitti di attribuzione, fa salve le previgenti norme in materia di conflitti giurisdizionali [cfr. F. DAL CANTO, *Il ricorso in cassazione per motivi inerenti la giurisdizione dinanzi alla corte costituzionale*, in *giur. cost.*, 3, 2018, 1544]. Il riconoscimento della Corte di Cassazione come giudice della giurisdizione trova poi espresso riconoscimento anche all'interno delle singole discipline processuali, si vedano, in particolare, l'art. 91 c.p.a. e l'art. 177 c.g.c. nella parte in cui fra i mezzi d'impugnazione delle sentenze deliberate nell'ambito del giudizio amministrativo e contabile includono, rispettivamente, il ricorso in cassazione sebbene confermandone i limiti inerenti la giurisdizione. L'avvicinarsi di queste modifiche sotto il versante terminologico se, da un lato, non sembra aver dato luogo a particolari discrasie interpretative da un punto di vista sistemico, dall'altro, non è però valso ad eliminare le iniziali ed ancora persistenti ambiguità interpretative. In tal senso A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2016, 637; F. DAL CANTO, *Il ricorso in*

legittimazione della Corte di Cassazione ad un sindacato esteso alla totalità dei conflitti riguardanti ipotesi di incompetenza assoluta e relativa, conflitti positivi ovvero negativi, complessivamente definibili come vaglio dei c.d. «limiti esterni alla giurisdizione»⁽⁴⁾.

Si è così imposta la necessità di procedere alla determinazione del concreto spazio applicativo cui ricondurre tale locuzione, così da individuare l'effettiva estensione dei «soli motivi inerenti alla giurisdizione»⁽⁵⁾ rispetto agli improponibili motivi «per violazione di legge»⁽⁶⁾.

Secondo le attuali ricostruzioni, risulta possibile ricondurre l'impugnabilità innanzi alla Corte di Cassazione per violazione dei «limiti esterni la giurisdizione» ad ipotesi differenziate⁽⁷⁾: difetto assoluto di giurisdizione in assenza di una posizione

cassazione per motivi inerenti la giurisdizione dinanzi alla corte costituzionale, cit.; P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli, 2016

⁴ In argomento, si vedano C. FERRI, *Limiti del controllo in Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in *riv. dir. proc.*, 1968, 356 e ss.; V. CAIANELLO, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1977, IV, 23 e ss.; B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione su i limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1998, I, 1567; F. GAVERINI, *Il controllo della Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato ex art. 111 Cost. ed il principio di effettività della tutela, tra limite interno ed esterno della giurisdizione*, in *Foro amm. CdS*, 2007, 82; F. OLLA, *Il sindacato della Corte di Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa e l'interpretazione della legge*, in *Giust. civ.*, 2008, 1548.

⁵ Si veda F. DAL CANTO, *Il ricorso in cassazione per motivi inerenti la giurisdizione dinanzi alla corte costituzionale*, cit.; A. PANZAROLA, *Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2018, 587; P. TANDA, *Contributo allo studio sul dualismo giurisdizionale*, Napoli, 2017; A. CALDARERA, *Sul ricorso per Cassazione nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 873; M.A. SANDULLI, *A proposito del sindacato sulla Corte di cassazione sulle decisioni dei giudici amministrativi*, pubblicato il 6 giugno 2017 in www.giustizia-amministrativa.it; P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, cit.; V. DOMENICHELLI, *Alcune note sul ricorso per Cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 607 e ss.; V. FANTI, *Eccesso di potere giurisdizionale e principio di proporzionalità amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 876 e ss.; S. GATTAMELATA, *Il ricorso in Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, *Dir. e proc. amm.*, 2014, 1055; A. LAMORGESE, *La giurisdizione contesa. Cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 2014; E. FOLLIERI, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it; F. MANGANARO, *Il giudizio di Cassazione nel sistema delle impugnazioni nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it; C.E. GALLO, *L'impugnazione in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 553 e ss.; G. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, 2009; M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005; M.P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002.

⁶ In particolare le pronunce Cass., sez. un., 16 maggio 1992, n. 5888 [R. TISCINI, *Il ricorso straordinario per cassazione*, Torino, 2005, 292] e Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053 si occupano di definire la portata dell'impugnazione per «violazione di legge». L'insieme di fattispecie che integrano un'ipotesi di «violazione di legge» non possono essere rilevate dalla Corte di Cassazione come giudice della giurisdizione. In riferimento all'improponibilità avverso le sentenze amministrative o contabili di un ricorso innanzi la Corte di Cassazione che censuri ipotesi di *errores in procedendo* ed *errores in iudicando* si veda, in particolare, Cass., sez. un., 6.6.2017, n.13977; Cass., sez. un., 30.3.2017 n. 8245; 16.1.2014 n. 771; 17.5.2013 n. 12106; 12671/2007; 10828/2006; 7799/2005; 24175/2004; 9.8.1996 n. 7339.

⁷ Per una tale catalogazione si rinvia ad A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, cit., 5; per ulteriori modalità di classificazione si

giuridica meritevole di tutela giurisdizionale; difetto relativo di giurisdizione qualora sia stata erroneamente affermata come esistente la giurisdizione riservata, invece, ad altro e diverso giudice, oppure sia stata negata la giurisdizione sull'erroneo presupposto che essa appartenga ad altri ⁽⁸⁾; eccesso di potere giurisdizionale nei casi in cui la decisione abbia invaso la sfera affidata al potere legislativo ovvero abbia sindacato il merito dell'attività amministrativa usurpando la sfera discrezionale riservata alla Pubblica Amministrazione ⁽⁹⁾; aprioristico diniego di tutela qualora sia stato erroneamente affermata la mancanza di rimedi giuridici a tutela delle parti; ed infine per irregolare composizione dell'organo giudicante ⁽¹⁰⁾. Inoltre, deve segnalarsi come venga considerata questione assai controversa in dottrina ⁽¹¹⁾ anche quell'orientamento della

rimanda a M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, cit.; R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per i "soli motivi inerenti la giurisdizione" e ricorso per violazione di legge)*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017; P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, cit.; I. ZINGALES, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, 2007, 250.

⁸ Così Cass., sez. un., 29/03/2017, n.8117. In particolare, nel caso in esame, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno rilevato come il giudice amministrativo, omettendo di esaminare le censure in ordine all'accertamento della regolarità del DURC, abbia indebitamente negato la propria giurisdizione, appartenendo alla cognizione del giudice amministrativo le verifiche circa la regolarità di tale certificazione. In sentenza, la Cassazione afferma come la fattispecie in esame esuli da quelle ipotesi - frutto di interpretazioni evolutive - di eccesso di potere giurisdizionale sempre più frequentemente sottoposte al vaglio delle Sezioni unite, rientrando, piuttosto, nel tradizionale ambito applicativo di cui all'art. 111, co. 8, Cost..

⁹ Secondo la ricostruzione fatta da A. CASSATELLA [*L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 648], l'eccesso di potere ai danni del legislatore, deriva dalla violazione dei limiti esterni dell'attività interpretativa, laddove l'organo giudicante si trovi a superare i confini fissati in tema d'interpretazione estensiva ed analogica così come principalmente fissati dalle preleggi del codice civile. Per ciò che concerne l'eccesso di potere ai danni dell'amministrazione, esso discende dal superamento dei limiti dell'attività integrativa del giudice, in particolare nella parte in cui, in carenza di appositi parametri normativi, si risolve nell'individuazione di inedite norme d'azione, incompatibili con i valori ordinamentali.

¹⁰ Si cfr. Cass., sez., n. 9042 del 01/04/2019; Cass., sez. un., n. 15342/2018; Cass. civ., n. 9099 del 2015. In argomento, F. CARNELUTTI [*Irregolare composizione del collegio giudiziario*, in *riv. dir. proc.*, 1952, II, 1]; E. REDENTI [*Vizi di costituzione o di composizione del giudice e difetto di giurisdizione*, in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, Milano, I, 1962, 689] sostenevano che la sentenza viziata per errata composizione dell'organo giudicante, essendo, in concreto, il collegio sfornito del potere necessario per pronunciare la sentenza, potesse essere impugnata innanzi alla Corte di Cassazione per difetto assoluto di giurisdizione. Diversamente, E. GUICCIARDI [*Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 469] affermava che la sentenza emanata da un collegio irregolarmente costituito dovesse considerarsi come inesistente.

¹¹ Una parte della dottrina sostiene che i profili inerenti la deducibilità e la rilevabilità del difetto di giurisdizione non possano rilevare ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost., infatti, la definizione dei confini dello spazio decisorio del giudice adito si dimostra essere un ambito ben diverso rispetto a quello inerente la deducibilità della questione di giurisdizione innanzi al giudice adito. Secondo una tale impostazione la violazione delle norme processuali, comprese quelle regolanti il difetto di giurisdizione, appare del tutto estranea al concetto di giurisdizione in senso sostanziale. Così, A. TRAVI, *Abuso del processo e questione di giurisdizione: una soluzione conclusiva?*, in *Foro it.*, 2017, I, 983. In senso opposto, le Sezioni Unite hanno precisato come siano impugnabili in cassazione per motivi inerenti la giurisdizioni non soltanto

Corte di Cassazione che considera passibili di ricorso per motivi inerenti la giurisdizione anche quelle fattispecie in cui non venga in discussione un errore circa l'individuazione del giudice giurisdizionalmente competente, bensì un contrasto interpretativo riferibile ad una norma processuale in materia di giurisdizione ⁽¹²⁾.

1.1. *Il sindacato della Corte di Cassazione e le statuizioni in materia di riparto*

Attualmente, in considerazione delle ambiguità derivanti da un sistema di riparto basato sulla dicotomia fra interessi legittimi e diritti soggettivi, le impugnazioni in Cassazione per i «soli motivi inerenti la giurisdizioni» risultano essere numericamente assai frequenti, ed in particolare in quei settori come il contenzioso elettorale, il

quei giudizi che vertano sull'interpretazione di una norma attributiva della giurisdizione, ma anche quelli inerenti l'applicazione di disposizioni che regolano la deducibilità ed il rilievo del difetto di giurisdizione. In tal senso, cfr. Cass. sez. un., 20.10.2016 n. 21260; Cass., sez. un., 5.10.2016 n. 19912; Cass., sez. un., 9.3.2015 n. 4682; Cass., sez. un., 23.11.2012 n. 20727; Cass., sez. un., 9.11.2011 n. 23306; Cass., sez. un., 8.6.2010 n. 14505; Cass., sez. un., 22.2.2007 n. 4109.

¹² Per quanto concerne la legislazione processuale si prescrive - ex art. 9 c.p.a. - che il difetto di giurisdizione è sempre rilevabile, anche d'ufficio, nel corso del giudizio di primo grado mentre nel giudizio d'appello è rilevabile solamente se dedotto con specifico motivo d'impugnazione avverso il capo della pronuncia che abbia statuito esplicitamente o implicitamente in punto di giurisdizione. Il codice del processo amministrativo ha sostanzialmente recepito l'orientamento invalso in seno alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. In particolare, si veda Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883; Cass., sez. un., 7 ottobre 2016, n. 20191 [R. TISCINI, *Il difetto di giurisdizione è l'art. 37 c.p.c.*, in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, Pisa, III, 2016, 2421] che limitando la rilevabilità del difetto di giurisdizione alle sole ipotesi di avvenuta impugnazione del capo della sentenza che ha statuito implicitamente o esplicitamente sulla giurisdizione, va ad introdurre un'interpretazione contrastante con l'effettivo tenore il dettato legislativo, laddove prescrive che «il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo». In argomento è poi intervenuta, in via interpretativa, la giurisprudenza delle stesse Sezioni Unite [Cass. Civ., sez. un., 2 maggio 2018, n.10438; Cass. Civ., sez. un., 20 ottobre 2016, n. 21260; per l'ampia letteratura in commento si rimanda *infra*, p. 103, nt. (101)], riducendo ulteriormente la possibilità di sollevare nel giudizio d'appello innanzi al giudice amministrativo eccezioni inerenti la giurisdizione. Nello specifico, laddove il giudice di primo grado si pronunci nel merito, il ricorrente si dovrà ritenere sempre automaticamente vittorioso in punto di giurisdizione, da ciò deriva la preclusione ad impugnare la statuizione implicita sulla giurisdizione, per difetto di soccombenza. Alla luce di ciò, la proponibilità del ricorso in cassazione per motivi inerenti la giurisdizione risulterà solo astrattamente ammissibile, a causa della preclusione endoprocessuale derivante dalla formazione di un giudicato implicito sulla giurisdizione. Tenendo conto dei meccanismi processuali che comportano la formazione del giudicato sulla giurisdizione, è possibile prospettare una futura diminuzione delle controversie che vertano su ipotesi di difetto relativo di giurisdizione [in tal senso, si veda la ricostruzione di A. PANZAROLA, *Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., 591]. Si segnala, inoltre, come sia possibile adire le Sezioni Unite anche in via preventiva a mezzo il regolamento di giurisdizione che individua in maniera vincolante il giudice giurisdizionalmente competente a conoscere di una determinata controversia. L'azione può essere proposta su istanza delle parti innanzi alla Corte di Cassazione ad opera del giudice ordinario (art. 41 c.p.c.), del giudice amministrativo (10 c.p.a.) o del giudice contabile (art. 17 c.g.c.). Inoltre, nel caso in cui si profili un conflitto *negativo* di giurisdizione, cioè nell'ipotesi in cui entrambi i giudici aditi si ritengano giurisdizionalmente non competenti, il giudice *ad quem* anziché immediatamente statuire sul proprio difetto di giurisdizione con provvedimento espresso dando luogo ad un conflitto negativo reale, potrà sottoporre d'ufficio il proprio dubbio alla stessa Corte di Cassazione (conflitto negativo virtuale).

pubblico impiego, le società a partecipazione pubblica, le procedure espropriative, la materia dei contratti pubblici, che ineriscono tanto il raggio d'azione del giudice ordinario, quanto quello del giudice amministrativo.

Nonostante si registri l'esistenza di un contenzioso assai vasto in materia, è necessario segnalare che lo stesso si mantiene nell'ambito tendenziale del regolamento dei confini, non spingendosi fino ad un controllo delle concrete modalità di erogazione della tutela giurisdizionale da parte dei giudici speciali.

Ciò posto, è necessario evidenziare che il ruolo effettivamente svolto dal giudice del riparto non può considerarsi circoscritto ad una sterile delimitazione delle competenze fra ordini giurisdizionali. Infatti, soprattutto alla luce dell'attuale disciplina, l'individuazione del giudice competente impone di identificare il diritto concretamente applicabile, indagandone i caratteri ed i confini applicativi ⁽¹³⁾.

In considerazione di ciò, è possibile notare come frequentemente la Corte di Cassazione, nell'esercizio delle funzioni di giudice della giurisdizione, finisca per intervenire sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato ed in ambiti di pertinenza della giustizia amministrativa, incidendo concretamente sull'interpretazione di normative inerenti l'esercizio dell'azione della pubblica amministrazione.

In tal senso, basti pensare alla nota sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 500 del 1999 ⁽¹⁴⁾ che nonostante prenda abbrivio da un giudizio per un regolamento preventivo della giurisdizione, delinea una nuova interpretazione sistematica dell'art. 2043 c.c. e finisce per affermare - *de facto* - la risarcibilità degli

¹³ «Le scelte sulla giurisdizione sembrano spesso avere solo natura tecnica. Esse hanno invece un considerevole peso politico e in quanto a ciò le "scelte di ripartizione" in una prospettiva di lungo periodo potrebbero avere effetti sulla reputazione sociale di un ramo della giurisdizione». Così anche E. SCHMIDT-ABMANN, *Conclusioni*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La Giustizia Amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, in *Quad. dir. Proc. Amm.*, 2017, 231.

¹⁴ Nella fattispecie in esame, il soggetto ricorrente si rivolgeva al giudice ordinario chiedendo il risarcimento del danno derivante dal mancato inserimento dell'area di sua proprietà - oggetto di una convenzione di lottizzazione stipulata con l'ente locale - tra le zone edificabili individuate all'interno del piano regolatore comunale. La pubblica amministrazione resistente eccepeva il difetto assoluto di giurisdizione del giudice ordinario. La Corte di Cassazione, in veste di giudice della giurisdizione, dichiarava inammissibile il ricorso, valutando che una volta ammessa la risarcibilità del danno per lesione di un interesse legittimo, la questione proposta non configurasse una questione di giurisdizione, bensì un questione di merito. Si veda in *Foro it.*, 1999, I, 2487, con ampia nota redazionale di A. PALMIERI e R. PARDOLESI; ed in *Foro it.*, 1999, I, 3201 ss. con nota di R. CARANTA, di F. FRACCHIA, di A. ROMANO e di E. SCODITTI; A. PALMIERI, *Responsabilità per omessa o insufficiente vigilanza: si affievolisce l'immunità della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2001, I, 1141 ss.; G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2001; S. GIACCHETTI, *La risarcibilità degli interessi legittimi è "in coltivazione"*, in *Lexitalia.it*, 1999.

interessi legittimi, spingendosi ben oltre un sindacato circoscritto all'ambito del mero riparto fra giurisdizioni.

Di simile tenore la pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 15484 del 2017, che, al fine di ricondurre alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie che vertono sull'esercizio di poteri vincolati da parte della pubblica amministrazione, finisce per travalicare i limiti di un giudizio limitato all'applicazione della disciplina del riparto ⁽¹⁵⁾. Più in particolare, la Corte di Cassazione nel confermare la giurisdizione del giudice ordinario, assume come presupposto logico l'esistenza di una perfetta corrispondenza fra un provvedimento amministrativo a carattere vincolato ed il configurarsi di un diritto soggettivo ⁽¹⁶⁾.

È evidente come tale statuizione abbia rilevanti ricadute sul piano della sistematica del diritto amministrativo, implicando che l'esercizio del potere difetterebbe nel caso di attività vincolata. Una ricostruzione, quest'ultima, non condivisa da quella parte della dottrina che ritiene che l'ordinamento accordi all'amministrazione un margine decisionale anche nell'esercizio di poteri vincolati, trattandosi di un'attività non predeterminata in assoluto. Per cui, tanto l'attività discrezionale quanto quella

¹⁵ Ai fini di una migliore comprensione della vicenda in esame è necessario specificare che nel corso del primo grado di giudizio il giudice del lavoro avesse condannato il Ministero dell'Interno e della Difesa ad inserire il nominativo di un militare di leva, all'interno delle graduatorie per la concessione dei benefici assistenziali a supporto delle vittime del dovere. Il giudice d'appello respingeva l'impugnazione proposta dal Ministero dell'Interno e della Difesa avverso la sentenza di primo grado. Ed in particolare, nel respingere l'eccezione - proposta dagli appellanti - di difetto di giurisdizione del giudice ordinario, poneva in rilievo che essendo in presenza di attività amministrativa vincolata e non discrezionale, diretta alla valutazione delle condizioni alle quali la legge subordinava l'accesso alle speciali tutele a favore delle vittime del dovere e dei loro congiunti, doveva essere confermata la giurisdizione del giudice ordinaria. L'iter decisionale e la sentenza d'appello trovavano conferma nella statuizione delle Sezioni Unite che conseguentemente rigettavano il ricorso per motivi inerenti la giurisdizione.

¹⁶ Così, espressamente le Sezioni Unite della Corte di Cassazione «*La Corte [d'appello], nel respingere l'eccezione del difetto di giurisdizione, ha posto in rilievo che si era in presenza di attività vincolata e non discrezionale della pubblica amministrazione, diretta alla valutazione delle condizioni alle quali la legge subordinava l'accesso alle speciali provvidenze a favore delle vittime del dovere e dei loro congiunti [...]. Col primo motivo la difesa erariale dei Ministeri ricorrenti deduce il difetto di giurisdizione del giudice ordinario in favore di quello amministrativo [...]; invero, secondo tale assunto difensivo, l'Amministrazione, per poter erogare gli eccezionali benefici previsti per le vittime del dovere della L. n. 266 del 2005, ex art. 1, commi 563 e 564, deve necessariamente procedere ad una serie di valutazioni tecnico-discrezionali rappresentanti un vero e proprio accertamento costitutivo dei presupposti per l'erogazione delle elargizioni di cui trattasi, a fronte delle quali non possono che ravvisarsi interessi legittimi e non diritti soggettivi. Il motivo è infondato. Invero, tale questione è stata già affrontata e decisa dalle Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza n. 23300 del 16.11.2016, alla quale si intende dare continuità, in cui si è statuito che "in relazione ai benefici di cui alla L. n. 266 del 2005, art. 1, comma 565, in favore delle vittime del dovere, il legislatore ha configurato un diritto soggettivo, e non un interesse legittimo, in quanto, sussistendo i requisiti previsti, i soggetti di cui dell'art. 1, comma 563 di quella legge, o i loro familiari superstiti, hanno una posizione giuridica soggettiva nei confronti di una P.A. priva di discrezionalità, sia in ordine alla decisione di erogare, o meno, le provvidenze che alla misura di esse».*

vincolata sarebbero espressione di una norma attributiva del potere, ancorché la prima presupponga un giudizio di merito, di cui la seconda è sprovvista ⁽¹⁷⁾.

La sentenza in esame è una chiara conferma di quanto sopra già anticipato: la Corte di Cassazione nel dirimere una controversia in punto di giurisdizione, nell'applicare la disciplina in materia di riparto è obbligata a valutare l'effettivo esercizio di poteri autoritativi da parte della pubblica amministrazione, finendo per porre in essere delle qualificazioni capaci d'incidere sull'articolazione interna alla scienza amministrativa ⁽¹⁸⁾.

¹⁷ In tal senso F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995; E. CASSETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, ora in *Id.*, *Scritti scelti*, Napoli, 2015, pp. 440; *Id.*, (voce) *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 251. In particolare F.G. Scoca evidenzia l'esistenza di «un potere di dare seguito effettivo alla scelte, di rendere giuridicamente operanti le decisioni, di costituire l'effetto. Da un lato c'è il potere di figurare (disegnare) l'effetto, determinando la disciplina (il regolamento) degli interessi; dall'altro c'è il potere di costituire l'effetto, realizzando l'assetto configurato». Ciò posto, l'atto vincolato dell'amministrazione, anche se la disciplina degli interessi è interamente contenuta nella norma, può rimanere atto indispensabile per la costituzione dell'effetto. Infatti, laddove l'amministrazione, pur essendovi tenuta, non agisce, l'effetto non si produce. In argomento, più di recentemente cfr. A. CARBONE A., C. BELLESINI, *Riparto di giurisdizione e controversie di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La Giustizia Amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, in *Quad. dir. Proc. Amm.*, 2017, in particolare laddove afferma che «le ipotesi di attività vincolata non dovrebbero escludere tout court la giurisdizione amministrativa sul presupposto che solo il potere discrezionale sia idoneo a degradare il diritto in interesse: possono sussistere casi in cui anche il potere vincolato abbia natura autoritativa in quanto previsto dalla legge a tutela di un interesse generale». In senso contrario la posizione assunta da A. ORSI BATTAGLINI [*Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, Milano, 2007, 1249, già in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3; *Id.*, *Autorizzazione amministrativa*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, cit., 1198] laddove sostiene che l'atto amministrativo non sia un provvedimento, ma un mero atto dinanzi al quale il cittadino vanta diritti soggettivi, non interessi legittimi. Secondo questa tesi, infatti, il potere amministrativo è intimamente connesso alla «funzione di comporre i conflitti di interesse e di definire le rispettive sfere giuridiche dei soggetti», cioè alla decisione amministrativa. Ciò posto, la decisione discrezionale diviene condizione necessaria all'estrinsecarsi del potere amministrativo, pertanto, senza discrezionalità non v'è potere amministrativo. In sintesi, quando la norma predetermina presupposti e contenuto dell'atto, non v'è potere amministrativo: l'atto amministrativo vincolato non è espressione di alcun potere autoritativo, in quanto atto senza decisione. In tal senso, cfr. anche G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, già in *Id.* (a cura di), *Dizionario amministrativo*, Milano, I, 1983, ora *Id.*, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *dir. proc. amm.*, 1983, 376; E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, V ed., 2010, 469. Per una coincisa e sintetica ricostruzione di un tale dibattito interpretativo si veda F.G. SCOCA, *Atto e provvedimento: elementi essenziali e situazioni giuridiche*, in *www.aipda.it*, 2019; cfr. anche F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *www.federalismi.it*, 2017.

¹⁸ È possibile notare come la giurisprudenza segua, in linea generale, due diverse linee, l'una sotto la guida della Cassazione, l'altra sotto quella del Consiglio di Stato: la prima ritiene, come visto, che, a fronte dell'atto vincolato, sussistano solo diritti soggettivi, per cui la giurisdizione spetta al giudice ordinario; la seconda a volte segue la stessa impostazione, più spesso, al contrario, decide che, a fronte di provvedimenti, ancorché vincolati, siano concepibili solo interessi legittimi; così F.G. SCOCA, *Atto e provvedimento: elementi essenziali e situazioni giuridiche*, in *www.aipda.it*, 2019; in tal senso si veda Cons. St., Ad. plen., n. 8/2007 laddove rileva che «anche a fronte di attività connotate dall'assenza in capo all'amministrazione di margini di discrezionalità valutativa o tecnica, occorre avere riguardo, in

Sempre a conferma si veda la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 20586 del 2008 in tema di riparto in materia di pagamento degli oneri assistenziali. Nel caso in esame, il giudice della giurisdizione, al fine di procedere all'individuazione del giudice competente, finisce per definire il concetto di «provvedimento» di cui alla disciplina della l. 241 del 1990. In particolare, viene espressamente rilevata la necessità di interpretare restrittivamente tale nozione, secondo quanto già ricostruito dalla tradizione e dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, ricomprendendovi i soli atti amministrativi discrezionali, autoritativi e costitutivi, quindi, escludendone gli atti meramente dichiarativi ⁽¹⁹⁾.

Le Sezioni Unite, nel vagliare la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, si trovano a dover necessariamente valutare se il rapporto dedotto in giudizio sia ricollegabile all'esercizio di poteri autoritativi da parte dell'amministrazione, lambendo ambiti propri della sistematica amministrativa ⁽²⁰⁾.

Un'ulteriore esemplificazione riguarda il tema della risarcibilità per lesione di un legittimo affidamento, rispetto alla quale si evidenzia una conflittualità latente fra la giurisdizione ordinaria ed amministrativa. In particolare, ci si riferisce all'ipotesi in cui un interesse legittimo pretensivo venga soddisfatto tramite dall'adozione di un provvedimento favorevole - ma illegittimo - in virtù del quale il titolare proceda ad avviare un'attività materiale. Successivamente detto provvedimento viene ad essere legittimamente caducato in sede giudiziale dietro ricorso di un controinteressato o in sede di autotutela.

Procedendo ad una qualifica della vicenda secondo le categorie del diritto amministrativo, non può essere paventata alcuna tutela risarcitoria, posto che la legittimità dell'annullamento d'ufficio esclude l'esistenza di un affidamento tutelabile e di un'aspettativa risarcibile.

sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, alla finalità perseguita dalla norma primaria, sicché quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, assumendo così consistenza di interesse legittimo».

¹⁹ In argomento, si veda B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001; P. GOTTI, *Gli atti amministrativi dichiarativi. Aspetti sostanziali e profili di tutela*, Milano, 1996.

²⁰ L'orientamento della Cassazione (conf. Cass. Civ., n. 15377 del 2009) nell'individuare come giudice giurisdizionalmente competente il giudice ordinario, affermando che l'oggetto del giudizio è un'obbligazione di natura assistenziale ricollegabile a presupposti prefigurati dalla legge e non all'esercizio di poteri autoritativi dell'Amministrazione, escludendo la cognizione del giudice amministrativo, si contrapponeva con quanto parallelamente statuito dall'Adunanza Plenaria n. 8 del 2008.

Viceversa, qualificando la vicenda secondo logiche proprie del diritto civile è possibile ottenere innanzi alla giurisdizione ordinaria il riconoscimento di una tutela risarcitoria. Sul punto, la giurisprudenza di Cassazione afferma, infatti, che l'affidamento ingeneratosi nel privato in virtù dell'atto ampliativo poi annullato, sia meritevole di tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., potendo rilevarsi l'esistenza di un diritto soggettivo pregiudicato da un illecito «mero comportamento» della pubblica amministrazione.

L'esito è quello che una controversia inerente un provvedimento di annullamento d'ufficio, riconosciuto come pienamente legittimo da parte del giudice amministrativo e a cui, quindi, non è possibile ricondurre alcuna tutela risarcitoria, venga messo in discussione ai sensi dell'art. 2043 c.c. per un danno da cattiva amministrazione.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con le decisioni nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 ⁽²¹⁾, hanno valutato come esistente la giurisdizione ordinaria, ritenendo che non fosse in discussione l'esercizio di poteri autoritativi da parte della pubblica amministrazione e quindi che la competenza spettasse al giudice ordinario. D'altro canto, da un'analisi della fattispecie in esame pare difficile non cogliere l'esistenza di un nesso fra l'attività amministrativa (emanazione del provvedimento e successivo annullamento) e il danno patito. Emerge, quindi, una chiara incompatibilità logico giuridica fra il legittimo esercizio del potere di annullamento d'ufficio a fronte di un atto illegittimo e l'emersione di un diritto al risarcimento del danno ⁽²²⁾.

Ed ancora, di rilievo la pronuncia a Sezioni Unite n. 9282 del 2016 nella parte in cui, pur escludendo la configurabilità di un'ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale a carico del Consiglio di Stato, finisce per avallare la teoria interpretativa secondo cui la motivazione dell'atto amministrativo può essere integrata *ex post* mediante la produzione di documenti idonei a ricostruirne la giustificazione, ancorché non esternati in precedenza. All'interno della giurisdizione amministrativa il tema dell'integrazione postuma della motivazione è oggetto di un ampio dibattito dottrinale e motivo di vivaci

²¹ In senso conforme si vedano Cass. Civ., SS. UU., nn. 1162 del 2015, n. 17586 del 2015, n. 12799 del 2017, n. 1654 del 2018, n. 33364 del 2018.

²² Si veda l'analisi di A. CASSATELLA, *Potestà di autotutela, risarcimento del danno e riparto di giurisdizione: vecchi temi e nuovi problemi*, in *dir. e form.*, 3, 2011, 387; cfr. anche M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in www.federalismi.it.

contrasti giurisprudenziali. Una parte della giurisprudenza ⁽²³⁾ esclude con vigore la possibilità di procedere ad un'integrazione postuma della motivazione, viceversa, altre pronunce ammettono che tale vizio possa essere sanato nel corso del giudizio ⁽²⁴⁾. È evidente come la legittimazione da parte della Corte di Cassazione di uno fra gli orientamenti invalsi nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, influenzi inevitabilmente l'evoluzione della giustizia amministrativa ⁽²⁵⁾.

La riflessione su tali arresti giurisprudenziali non è finalizzata a voler mettere in discussione il merito delle risultanze fatte proprie dalle Sezioni Unite. Infatti, ciò che preme evidenziare non è tanto l'estrinsecarsi di interventi eversivi da parte del giudice della giurisdizione, né la compressione di spazi riservati ai giudici speciali, quanto l'inevitabile cognizione di ambiti decisionali tradizionalmente riservati alla competenza del giudice amministrativo.

In sostanza, è innegabile che la Corte di Cassazione, nelle more del giudizio sui motivi inerenti la giurisdizione, nell'individuare il giudice competente, finisca per intervenire più o meno incisivamente sull'assetto dell'azione e della giurisdizione amministrativa ⁽²⁶⁾.

²³ Si veda Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2017, n. 2140; sez. V, 27 gennaio 2016, n. 279; sez. III, 26 febbraio 2016, n. 790; sez. VI, 7 agosto 2015, n. 3909; sez. III, 30 aprile 2014, n. 2247. Per una ricostruzione dei diversi avvicendamenti giurisprudenziali in argomento F. APERIO BELLA, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 305 e ss..

²⁴ In tal senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4194. In argomento la giurisprudenza è poi ulteriormente divisa fra coloro che ritengono ammissibile una motivazione *ex post* nel caso di atti vincolati rispetto ai quali il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe potuto essere diverso [Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2012, n. 4610; sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3376; sez. V, 20 agosto 2013, n. 4194.] ed un orientamento più rigoroso che esclude la legittimità della pratica della motivazione postuma anche in ipotesi di attività vincolata [Cons. Stato, sez. III, 7 aprile 2014, n. 1629; sez. III, n. 5857/2014].

²⁵ Così A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, cit., in particolare si veda nt. 38.

²⁶ Un'affermazione che trova conferma anche nel dato storico come indicato da L. MARUOTTI [*Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in www.giustizia-amministrativa.it] che richiama a tal fine la giurisprudenza del caso *Laurens*, in cui le Sezioni Unite nel 1891 ritennero che un armatore navale non potesse chiedere l'annullamento di un ordine ministeriale che vietava di utilizzare una propria nave; dal caso *Trezza*, in cui le Sezioni Unite nel 1897 affermarono che il secondo classificatosi in una gara d'appalto non potesse impugnare l'atto di aggiudicazione; dal caso *Terme Stabiane*, in cui le Sezioni Unite ritennero che l'aggiudicatario di una gara d'appalto non potesse chiedere l'annullamento dell'atto governativo che aveva rimosso gli atti di gara. In tal senso, si veda anche la ricostruzione operata da M. MAZZAMUTO [*Il tramonto dottrinario del mito della giurisdizione unica alla luce dell'esperienza tra Orlando e Mortara*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019] laddove ricostruisce il pensiero di L. Mortara sul caso *Trezza* affermando che l'autore «non rinuncia a criticare la soluzione delle Sezioni Unite nel negare la giurisdizione della IV Sezione su un ricorso avverso una delibera amministrativa che incideva su un contratto». Procedendo poi a segnalare che al susseguirsi di pronunce di annullamento delle sentenze del Consiglio di Stato ad opera della Corte di Cassazione «Mortara incomincia a prendere atto delle lagnanze che erano emerse sulla idoneità della Suprema

2. L'evoluzione interpretativa del concetto di «eccesso di potere giurisdizionale»

È dunque evidente che, laddove si estenda il concetto di giurisdizione, verranno proporzionalmente ad ampliarsi le ipotesi in cui il la Corte di Cassazione, nel dirimere le controversie inerenti il riparto, conosca di materie affidate alla cognizione dei giudici speciali.

In considerazione di ciò, è necessario evidenziare che la portata testuale dei «motivi inerenti la giurisdizione» è stata nel tempo oggetto di interpretazioni più o meno estensive. Infatti, l'assenza di una precisa definizione legale ed il richiamo a diversi fattori giustificativi come il primato del diritto comunitario, il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale, il principio dell'unità funzionale della giurisdizione ed il canone del giusto processo, hanno permesso di ampliare la platea dei vizi impugnabili innanzi alla Corte di Cassazione, così da estenderne il sindacato.

Fra i vizi che possono dar luogo ad una pronuncia per «motivi inerenti alla giurisdizione» le ipotesi riconducibili al c.d. «eccesso di potere giurisdizionale»⁽²⁷⁾ sono apparse quelle che meglio si prestavano ad un'interpretazione dal carattere estensivo.

A tal proposito, si evidenzia come l'impugnazione delle sentenze amministrative e contabili per «eccesso di potere giurisdizionale» non viene utilizzata al solo fine di censurare un'invasione da parte dei giudici speciali di ambiti integralmente riservati al potere legislativo o alla pubblica amministrazione, ipotesi, quest'ultime, che si contraddistinguono per eccezionalità e residualità⁽²⁸⁾, ma anche, e ben più spesso, per censurare casi di sconfinamento in ambiti riservati all'azione amministrativa⁽²⁹⁾.

Corte a svolgere siffatto ufficio, non fosse altro per il "possibile sospetto di parzialità" del giudizio di chi appariva come "parte" della contesa sulla giurisdizione [L. MORTARA, Ancora sui limiti rispettivi delle attribuzioni dell'autorità giudiziaria e della autorità amministrativa, in Giur. it., I, 1, 1034].

²⁷ A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, cit.; R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit.; G. CAIA, *Eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo (configurabilità e confini in base all'art. 111 Cost.)*, relazione alle Giornate di studio sulla Giustizia amministrativa dell'Università di Siena "La sentenza amministrativa ed i suoi rimedi", Castello di Mondanella - Siena, 19 e 20 maggio 2017; A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti*, in www.cortedicassazione.it, 21 settembre 2017; R. DI PACE, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, in *Il libro dell'anno del Diritto*, in www.treccani.it, 2013; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2012, 1695.

²⁸ La Cassazione afferma che le ipotesi di invasione della sfera legislativa da parte dell'organo giurisdizionale si estrinsecano in ipotesi assolutamente marginali in cui il giudice con un'azione creativa inventi *ex novo* una norma di legge [in tal senso cfr. Cass., sez. un., n. 24411/2011; Cass., sez. un., 30.12.2004 n. 24175; Cass., sez. un., 15.7.2003 n. 11091.] Viceversa, non è da considerarsi integrante un'ipotesi di invasione della sfera legislativa la semplice attività interpretativa [Cass., sez. un., 23.12.2014 n. 27341, con riferimento al caso di esegesi, da parte del Consiglio di Stato, dell'art. 8, l. n. 84/1994, con

Il riferimento va a quelle ipotesi in cui il giudice amministrativo sia giurisdizionalmente competente, ma nell'esercitare il proprio sindacato finisca per sconfinare in spazi riservati ad altro e diverso potere ⁽³⁰⁾. Si prenda ad esempio, nell'ambito della giurisdizione di legittimità, il caso in cui il giudice amministrativo effettui, al di fuori delle ipotesi consentite per legge, un sindacato circa l'opportunità e la convenienza dell'atto adottato, invadendo, così, l'ambito istituzionalmente riservato alle valutazioni dell'autorità amministrativa, ovvero quando la sentenza appaia sostitutiva delle ponderazioni originariamente svolte dalla stessa pubblica amministrazione ⁽³¹⁾.

Da una disamina della giurisprudenza emergono alcune ipotesi emblematiche, seppur limitate nel numero, in cui le Sezioni Unite censurano casi di «eccesso di potere giurisdizionale» a carico del giudice amministrativo per sconfinamento, in particolare, in ambiti riservati alla discrezionalità amministrativa ⁽³²⁾.

l'affermazione che, in tema di nomina del presidente dell'Autorità portuale, la qualificazione di esperto postulasse comunque il possesso di una laurea connessa, affine, collegata o collegabile con la materia portuale; Cass., sez. un., 5.4.2017 n. 8798; Cass., sez. un., 19.4.2017 n. 9859], ovvero l'eventuale individuazione della norma mediante un'interpretazione sistematica [cfr. in tal senso Cass., sez. un. nn. 4093 e 4094/2017; Cass., sez. un. n. 7157/2017; Cass., sez. un. n. 9967/2017; Cass., sez. un., 27.3.2017 n. 7758; Cass., sez. un., 10.4.2017 n. 9147; Cass., sez. un., 11.2.2016 n. 1840; Cass., sez. un., 12.12.2012 n. 22784]. Nello stesso senso in riferimento alla giurisdizione contabile laddove si esclude che ipotesi di mancata o inesatta applicazione di una norma di legge, conseguente ad un'opzione ermeneutica ricostruttiva del giudice contabile, possa dar luogo alla creazione di una norma inesistente e, quindi, ricorribile in Cassazione, giacché il controllo sulla giurisdizione non è in alcun modo estensibile alla prospettazione di pure e semplici violazioni di legge da parte del giudice speciale [cfr. Cass., Sez. U., 27 giugno 2018, n. 16973; Cass. Sez. U., 11 luglio 2018, n. 18239; Cass., Sez. U., 27 giugno 2018, n. 16974]. Un'ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al legislatore si manifesta certamente nell'ipotesi in cui l'organo giurisdizionale disapplichi una norma di legge che ritenga essere incostituzionale, senza rimettere la questione alla Corte Costituzionale. In riferimento all'invasione di spazi integralmente riservati alla pubblica amministrazione si pensi ad esempi eccezionali come l'ipotesi di un sindacato su atti categorizzati come atti politici. In argomento si veda la ricostruzione di R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 30 e ss..

²⁹ Prassi, quest'ultima, già censurata da L. MORTARA [*Sindacato delle Sezioni unite sull'eccesso di potere*, in *Giur. it.*, I, 1, 495] che invocava un cambiamento interno alla giurisprudenza delle Sezioni Unite in materia di eccesso di potere giurisdizionale. In particolare l'Autore già affermava plasticamente che «non ci stancheremo di ripetere che l'art. 48 del testo unico 26 giugno 1924 conferisce alla Corte di Cassazione in Sezioni Unite soltanto il potere di annullare le decisioni viziate da assoluto difetto di giurisdizione. Quando il consiglio di Stato annulla per eccesso di potere l'atto amministrativo non solo pronuncia dentro i limiti della propria giurisdizione, ma pronuncia con un potere giurisdizionale esclusivamente suo proprio, come lo dimostrano le origini e lo svolgimento storico della giustizia amministrativa».

³⁰ Di particolare rilievo nella ricostruzione di tale limite Cass., sez. un., n. 14488/2003, in riferimento ai canoni di legittimità del provvedimento come delineati dalla Legge 241/1990. In tal senso cfr. anche Cass., sez. un., n. 6820/2017.

³¹ In tal senso M. NIGRO, [*Giustizia amministrativa*, cit., 169] nella parte in cui riconosce un'ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale nell'utilizzo da parte del giudice di poteri di cognizione e/o di decisione più ampi o diversi da quelli lui attribuiti dalla legge.

³² È necessario segnalare che frequentemente la Corte di Cassazione va ad affermare la radicale inammissibilità del ricorso per eccesso di potere giurisdizionale laddove lo consideri come un escamotage

Un primo esempio concerne l'ipotesi in cui il giudice amministrativo si ingerisca in una valutazione riservata alla sfera discrezionale della pubblica amministrazione ⁽³³⁾. Le Sezioni Unite con la sentenza n. 2312 del 2012 censuravano per «eccesso di potere giurisdizionale» la decisione del giudice amministrativo nella parte in cui riteneva «non condivisibile» e conseguentemente annullava l'esclusione di un concorrente da una procedura di gara per rottura del rapporto fiduciario, valutando i fatti intercorsi come non sufficiente per giustificare lo sfaldamento di un tale vincolo. La decisione della Corte di Cassazione nasce dalla considerazione per cui l'esistenza di un vincolo fiduciario sia frutto di una valutazione discrezionale della stazione appaltante, alla quale il legislatore riserva il giudizio circa l'affidabilità del futuro contraente. In considerazione di ciò, il giudice amministrativo nello svolgimento del proprio sindacato di legittima deve limitarsi ad accertare l'evidenziarsi di una scelta amministrativa pretestuosa ed arbitraria. Viceversa, l'annullamento basato sulla non condivisibilità della scelta amministrativa, implicherebbe una sostituzione della decisione giurisdizionale a quella della pubblica amministrazione.

Una seconda pronuncia inerisce il giudizio circa i provvedimenti emanati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato ⁽³⁴⁾. In particolare, le Sezioni Unite hanno affermato che il sindacato del giudice amministrativo comporti la necessaria verifica dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato, che può estendersi anche a quei profili tecnici, il cui esame risulti necessario per giudicare la legittimità del provvedimento finale. Tuttavia, quando le scelte tecniche risultino legate a valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità, il sindacato del giudice amministrativo dovrà limitarsi a verificare che il provvedimento non abbia carattere arbitrario, non potendo ingerirsi nell'apprezzamento discrezionale proprio dell'Autorità antitrust.

usato dai ricorrenti per dissimulare censure aventi ad oggetto ipotesi di *errores in iudicando* o *in procedendo*. Con altrettanta frequenza il Giudice della giurisdizione, dopo aver vagliato la legittimità dei criteri utilizzati dal Consiglio di Stato per accertare la sussistenza di un vizio provvedimentale, si trova a dichiarare l'infondatezza della questione. In tal senso, *ex multis*, Cass., sez. un., 5 febbraio 2018, n. 2720; Cass., sez. un., 2 febbraio 2018, 2582; Cass., sez. un., 12 maggio 2017, n. 11805; Cass., sez. un., 30 marzo 2017, n. 8245; Cass., sez. un., 22 marzo 2017, n. 7299; Cass., sez. un., 14 giugno 2016, n. 12195.

³³ Si cfr. Cass., sez. un., 17.2.2012 nn. 2312 e 2313 [con nota di B. SASSANI, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la traslatio, le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della Costituzione*, in *dir. proc. amm.*, 2012, 1583].

³⁴ Si cfr. Cass., sez. un., 20.1.2014 n. 1013.

È opportuno segnalare che recentemente il Consiglio di Stato con la pronuncia n. 4990 del 2019 abbia espressamente disconosciuto questo orientamento della Corte di Cassazione ⁽³⁵⁾. Il giudice amministrativo afferma, infatti, che attraverso la categoria interpretativa dell'«eccesso di potere giurisdizionale» non è possibile censurare le caratteristiche strutturali e gli effetti propri del sindacato del Consiglio di Stato. Pertanto, in sentenza si statuisce che seppur «nel doveroso rispetto delle prerogative della Corte di Cassazione ed in una prospettiva di leale collaborazione istituzionale» non si possa individuare uno sconfinamento dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, laddove, il giudice si sia limitato a fissare il significato da attribuire alla fattispecie normativa, trattandosi di una prerogativa lui attribuita.

D'interesse evidenziare come il Consiglio di Stato si opponga fermamente a quanto statuito dal giudice della giurisdizione, circostanza che prefigura e conferma la scarsa funzionalità degli attuali meccanismi di coordinamento, in particolare, laddove si tenti di imporre una decisione al giudice speciale, piuttosto, che tentare di comporre il dissidio inerente il suo operato ⁽³⁶⁾.

Ed ancora, si segnala la decisione n. 19787 del 2015 delle Sezioni Unite che censura per «eccesso di potere giurisdizionale» la sentenza del Consiglio di Stato che annullava un provvedimento di nomina a presidente aggiunto presso la Corte di Cassazione per la «non divisibilità» e per «l'assenza di ragionevolezza» delle valutazioni a sostegno del provvedimento in questione ⁽³⁷⁾.

Dalla disamina di questo insieme di pronunce emerge come sia labile il confine fra un sindacato di legittimità che indagli la ragionevolezza, la proporzionalità e la logicità della decisione amministrativa, ed una decisione del giudice amministrativo che si sostituisca alla pubblica amministrazione, vagliandone l'opportunità delle scelte. Pertanto, una volta estesa in via interpretativa la categoria dell'eccesso di potere giurisdizionale, ricomprendendovi, non soltanto le ipotesi di vera e propria «invasione»

³⁵ Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

³⁶ In argomento si veda A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, Seminario di studi del 14 febbraio 2019, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁷ Si cfr. Cass., sez. un., 1/02/2016 n. 1836; Cass. sez. un., 09/11/2011, n.23302 [con nota di G. MARI, *Osservazioni alla sentenza della Cassazione, Sezioni Unite, 9 novembre 2011, n. 23302: sindacato della Suprema Corte sulle sentenze del giudice amministrativo rese in sede di ottemperanza e rilevanza di sopravvenienze fattuali successive al giudicato a giustificare un sostanziale vuoto di tutela*, in *dir. proc. amm.*, 2012, 127]; Cass. sez. un., 31 ottobre 2008, n. 26302; Cass. sez. un., 19 luglio 2006, n. 16469; Cass. sez. un., 9 giugno 2006, n. 13431.

della sfera amministrativa o legislativa, ma anche le ipotesi di «sconfinamento» nel merito dell'azione amministrativa, il giudizio sui «motivi inerenti alla giurisdizione» appare dotato di una pervasività tale da condizionare la portata del sindacato svolto dal giudice amministrativo.

Su una tale eventualità e le sue ricadute negative in termini di effettività della tutela amministrativa già si esprimeva Mario Nigro avvertendo come un controllo troppo penetrante ad opera della Corte di Cassazione come giudice della giurisdizione, ispirato ad una concezione ristretta del giudizio di legittimità del giudice amministrativo, avrebbe potuto bloccare ogni evoluzione interna alla giurisprudenza amministrativa ⁽³⁸⁾.

2.1 L'emersione di una nozione evolutiva e dinamica dei «motivi inerenti alla giurisdizione»

Negli anni più recenti la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha ulteriormente ampliato la categoria dell'eccesso di potere giurisdizionale, ricomprendendovi anche quelle fattispecie riconducibili ad un'ipotesi di diniego di giustizia per radicale o abnorme stravolgimento delle regole processuali ⁽³⁹⁾.

Il c.d. «rifiuto di giurisdizione» si verrebbe a configurare in tutte quelle ipotesi in cui il giudice amministrativo si riconosca come astrattamente competente a conoscere di una data controversia, ma rifiuti aprioristicamente di esercitare il proprio sindacato, ritenendo non ammissibile una determinata forma di tutela, ovvero reputando come sussistenti questioni pregiudiziali che rendano improponibile la domanda ⁽⁴⁰⁾.

³⁸ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit..

³⁹ Cass. Civ., sez. un., 17.1.2017 n. 964; Cass. sez. un., 31 maggio 2016 n. 11380; Cass. Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9145; Cass. Sez. Un., 5 settembre 2013, n. 20360; Cass. sez. un., n. 24468/13; Cass., sez. un., 14 settembre 2012, n. 15428. In tali arresti giurisprudenziali le Sezioni Unite affermano la configurabilità dell'eccesso di potere giurisdizionale per violazione di regole del processo amministrativo, solamente nelle ipotesi di radicale stravolgimento delle norme di rito, tali da implicare un evidente diniego di giustizia e non già nel caso di mero dissenso del ricorrente nell'interpretazione della legge. In senso conforme in riferimento alla giurisdizione contabile, le Sezioni Unite [Cass. sez. un., n. 17189/2018; Cass. sez. un., n. 29285/2018] hanno ritenuto che gli *errores in procedendo*, al pari di quelli *in iudicando*, rientrano nell'ambito del sindacato afferente ai limiti interni della giurisdizione, e non comportano un eccesso di potere giurisdizionale da denegata giustizia, a meno che non siano frutto di un aprioristico diniego di giustizia o non implicino un così radicale stravolgimento delle norme di rito da comportare la configurabilità di un siffatto diniego [*relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario contabile - 2019*, in www.cortedeiconti.it].

⁴⁰ In argomento l'approfondimento «*Il diniego di giurisdizione*» elaborato dall'Ufficio Studi, massimario e formazione presso il Consiglio di Stato, in www.giustizia-amministrativa.it.

L'orientamento tradizionale vuole che il rifiuto del giudice speciale di esaminare una domanda, fondato su ragioni processuali, ad esclusione dei casi di difetto di giurisdizione, non possa dar luogo ad una violazione dei limiti esterni della giurisdizione, ma piuttosto dei limiti interni, integrando un'ipotesi di *errores in procedendo*, pertanto insindacabile innanzi alla Corte di Cassazione ⁽⁴¹⁾.

Recentemente, le Sezioni Unite, ampliando lo spettro del proprio sindacato anche alle concrete modalità di erogazione della tutela giurisdizionale, hanno affermato la propria legittimazione a censurare casi di diniego di giustizia per radicale stravolgimento delle regole processuali ⁽⁴²⁾. Un giudizio, quest'ultimo, che inevitabilmente legittima la Corte di Cassazione ad entrare nel merito del sindacato svolto dal giudice speciale al fine di valutare l'effettiva sussistenza dei presupposti che giustificano il rifiuto di giurisdizione.

L'orientamento interpretativo della Corte di Cassazione viene giustificato in considerazione della paventata evoluzione del concetto stesso di *iurisdictio*, in particolare, laddove venga ad essere inteso come servizio a favore della collettività, piuttosto che semplice espressione del potere attribuito ad un'articolazione dell'apparato statale ⁽⁴³⁾.

⁴¹ In via esemplificativa, si evidenzia come la violazione del giudicato da parte del giudice speciale costituisca un *error in procedendo* - se il giudicato si è formato nel medesimo processo - o un *error in iudicando* - qualora la cosa giudicata si è formata in altro giudizio - non potendo pertanto essere oggetto di sindacato innanzi alla Corte di Cassazione [così Cass., sez. un., 9 gennaio 2013, n. 300]; Ed ancora, in sede di ricorso per cassazione avverso la sentenza del Consiglio di Stato che ha pronunciato sull'impugnazione per revocazione, può insorgere questione di giurisdizione solo con riguardo al potere giurisdizionale in ordine alla statuizione sulla revocazione medesima [Cass., sez. un., 23/07/2014 n. 16754; Cass., sez. un., n. 20600 del 30/07/2008; Cass., sez. un., n. 6891 del 24/11/1986; Cass., sez. un., n. 1049 del 19/02/1982]. Più in dettaglio, qualora vi sia stata la valutazione delle condizioni di ammissibilità dell'istanza di revocazione da parte del Consiglio di Stato, non è consentito il ricorso per cassazione giacché con esso non verrebbe in rilievo la sussistenza o meno del potere giurisdizionale di operare detta valutazione e, dunque, una violazione di quei limiti esterni alla giurisdizione del giudice amministrativo [così Cass. sez. un. 27 gennaio 2016 n. 1520]; Non si riscontra un'ipotesi di rifiuto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo che affermi di non poter conoscere della domanda formulata dal ricorrente [Cass., sez. un., 8 febbraio 2013 n. 3037; Cass. sez. un., 16 aprile 2012 n. 5942]. Infatti, nel caso in esame il Consiglio di Stato avendo escluso la sussistenza di una condizione dell'azione, ha effettuato una decisione interna al processo amministrativo, quindi non inerente i limiti esterni della giurisdizione [Cass. sez. un., 14 gennaio 2015 n. 475].

⁴² Cass., sez. un. 5.4.2017 n. 8798 ; Cass. Civ., sez. un., 15.3.2016 n. 5070; Cass. Civ., sez. un., 6.2.2015 n. 2242; Cass. Civ., sez. un., 30.10.2013 n. 24468; Cass. Civ., sez. un., 14.9.2012 n. 15428. In tal senso cfr. S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica*, Milano, 2011; A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale*, cit.; P. PATRITO, *I motivi inerenti alla giurisdizione*, cit..

⁴³ In tal senso va la ricostruzione di A. PANZAROLA, *Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., 595.

A questo punto, la nozione di giurisdizione - definita come «evolutiva» o «dinamica» - inerendo ogni manifestazione del potere spettante all'organo giurisdizionale, può ricomprendere anche un sindacato circa l'effettività della tutela e le concrete modalità di esercizio della stessa funzione giurisdizionale ⁽⁴⁴⁾. Una tale tendenza interpretativa è rinvenibile in alcune pronunce del giudice della giurisdizione in materia di pregiudiziale amministrativa; di qualificazione del rapporto processuale intercorrente fra ricorsi principali ed incidentali reciprocamente escludenti; di violazione del diritto europeo.

La pronuncia n. 30254 del 2008 della Corte di Cassazione in tema di pregiudiziale amministrativa ⁽⁴⁵⁾ si delinea come un chiaro esempio circa l'estensibilità della nozione di eccesso di potere giurisdizionale, finalizzata al controllo delle concrete modalità di erogazione della tutela giurisdizionale da parte del giudice amministrativo ⁽⁴⁶⁾. Al fine di cassare le pronunce del Consiglio di Stato che rigettavano l'istanza risarcitoria in assenza di una preventiva azione di annullamento, le Sezioni Unite qualificarono come norme sulla giurisdizione anche quelle che stabilivano le forme e le modalità proprie del potere giurisdizionale ⁽⁴⁷⁾. Essenzialmente, il rigetto

⁴⁴ L'affermazione del diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo, ha reso recessiva l'idea che le garanzie delle posizioni sostanziali possano restringersi al mero accesso al giudice e ad una procedura regolata dalla legge. Implicando, necessariamente, anche la possibilità di ottenere un provvedimento di tutela adeguato ed omogeneo al bisogno di protezione di colui che agisce in giudizio. Da una tale evoluzione interpretativa consegue un proporzionale ampliamento del concetto stesso di giurisdizione, che dà luogo ad un'estensione ai motivi inerenti la giurisdizione, non più limitati ad un controllo circa l'accesso all'organo giurisdizionale, ma estesa ad un controllo circa l'adeguatezza della tutela accordata a colui che agisce in giudizio. In tal senso, fra la dottrina G. VERDE, *Discorrendo con B. Sassani di S.U. n. 2312/2012*, in *www.judicium.it*, 2012, 8; A. CALDERA, *Sul ricorso per cassazione nel processo amministrativo*, in *dir. e proc. amm.*, 2, 2017, 893; M.V. FERRONI, *Il ricorso in cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005, 237.

⁴⁵ In dottrina, in relazione a Cass., sez. un., 23 dicembre 2008 n. 30254, cit., tra i moltissimi contributi, si veda 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; S. FANTINI, *La pregiudiziale amministrativa come motivo inerente alla giurisdizione*, in *Urb. e app.*, 2009, 548; 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; G. GRECO, *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 460; P. PATRITO, *Pregiudiziale amministrativa: il primo passo verso un concordato giurisprudenziale?*, in *Resp. civ. prev.*, II, 2009, 1310; E. PICOZZA, *La tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa*, *ivi*, 647; G. VERDE, *Ancora su pregiudizialità amministrativa e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 449.

⁴⁶ In tal senso la ricostruzione di P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, cit., 151 e ss.; R. VACCARELLA, *I confini della giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo)* in *www.judicium.it*.

⁴⁷ Espressamente in tal senso Cass., sez. un., 23.12.2008 n. 30254; conf. Cass., sez. un., 16.12.2010 n. 25395, laddove afferma che «è necessario riconoscere il ruolo centrale rivestito dalla giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto comunitario; il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale; il

della domanda risarcitoria veniva ad essere inteso come una menomazione della tutela spettante al cittadino a fronte dell'illegitimo esercizio del potere amministrativo⁽⁴⁸⁾. La Cassazione, reinterpretando il concetto di giurisdizione, afferma la possibilità di fornirne una lettura evolutiva, che, non qualifichi come norma sulla giurisdizione solo quella che individui i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dia contenuto a quel potere, stabilendo le forme attraverso le quali si possa estrinsecare una tutela effettiva.

È evidente come l'assegnazione al giudice della giurisdizione di un vaglio sulla norma attributiva della tutela allontani visibilmente il sindacato della Cassazione dai suoi confini tradizionali, che presuppongono un accertamento circa il potere di *jus dicere* e non del *quomodo* della tutela offerta⁽⁴⁹⁾.

In termini simili anche gli arresti giurisprudenziali in tema di legittimazione al ricorrere e prevalenza fra ricorso principale e ricorso incidentale reciprocamente escludenti. In argomento, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha tradizionalmente affermato che la soluzione offerta dal giudice amministrativo⁽⁵⁰⁾ - ove statuiva che accolto il ricorso incidentale divenisse automaticamente inammissibile il ricorso principale - pur generando perplessità, non fosse impugnabile per motivi inerenti la giurisdizione, non trattandosi di un aprioristico diniego di giustizia, ma piuttosto di

principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina, visto l'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo. [...] Sicché il giudizio sulla giurisdizione rimesso alle S.U., non [è] più riconducibile ad un giudizio di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, né rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma [va inteso] nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende, dunque, le diverse tutele che l'ordinamento assegna a quei giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento. Infatti è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Pertanto, rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., la eroghi concretamente e nel vincolarlo ad esercitare la giurisdizione rispettandone il contenuto essenziale».

⁴⁸ In tal senso anche Cass. Civ., SS.UU., n. 13559 e 13560 del 13/06/2006; Cass. Civ., SS.UU., n. 13911 del 15/06/2006, laddove si affermava che il rigetto a priori della domanda risarcitoria da parte del giudice amministrativo determinava una vera e propria menomazione della tutela giurisdizionale spettante al cittadino a fronte dell'esercizio illegittimo del potere amministrativo, evidenziandosi un cattivo esercizio del potere giurisdizionale in opposizione con quelle che sono le ragioni che hanno storicamente giustificato la giurisdizione amministrativa. Tale orientamento è stato successivamente ribadito anche nei confronti della Corte dei Conti [cfr. Cass., sez. un., 12.3.2012 n. 3854].

⁴⁹ In tal senso, A. POLICE, «I soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in *Il Processo*, 1, 2019, 113.

⁵⁰ Così Cons. St., Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4.

una deprecabile interpretazione delle norme processuali ⁽⁵¹⁾. Successivamente all'estensione interpretativa dell'«eccesso di potere giurisdizionale», la fattispecie in esame è divenuta censurabile innanzi al giudice della giurisdizione per radicale stravolgimento delle norme processuali ⁽⁵²⁾. In argomento, le Sezioni Unite hanno infatti rilevato come la pronuncia di inammissibilità, nonostante il richiamo alla disciplina nazionale in tema di legittimazione ed interesse al ricorrere, negando l'accesso alla tutela giurisdizionale, si risolvesse in un ingiustificato rifiuto di tutela, in contrasto con il diritto dell'Unione Europea in materia di contratti pubblici ⁽⁵³⁾.

In ultimo, si evidenzia l'emersione di un nuovo filone giurisprudenziale circa la possibilità di censurare per motivi inerenti la giurisdizione le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti che risultino confliggenti con il diritto e la giurisprudenza di matrice sovranazionale ⁽⁵⁴⁾.

In un primo momento, le Sezioni Unite sempre con la sentenza n. 30254 del 2008 avevano affermato, sotto forma di *obiter dictum*, il principio secondo cui continuare ad ammettere la legittimità di una sentenza deliberata da un giudice speciale contrastante con quanto stabilito dalla Corte di Giustizia avrebbe determinato un grave nocumento tanto per l'ordinamento europeo quanto per l'ordinamento nazionale ⁽⁵⁵⁾.

Successivamente, la Corte di Cassazione affermava la propria legittimazione a sindacare - per motivi inerenti la giurisdizione - le sentenze dei giudici speciali che apparissero distoniche rispetto alla giurisprudenza eurocomunitaria, soprattutto negli ambiti affidati alle cure del diritto europeo ⁽⁵⁶⁾. È però evidente come la primazia del

⁵¹ Così Cass., sez. un., n. 10294 del 21.6.2012.

⁵² Così Cass., sez. un., n. 2242 del 06/02/2015.

⁵³ In tal senso si veda il parere «*Il rifiuto di giurisdizione*», cit..

⁵⁴ In tal senso, F. PATRONI GRIFFI, *Eccesso o rifiuto di giurisdizione e sindacato della Corte di Cassazione ex articolo 111 della Costituzione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017; cfr. anche C.E. GALLO, *Il controllo della Corte di Cassazione sul rifiuto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017, 2. In argomento tendenzialmente favorevole anche M.A. SANDULLI, *A proposito del sindacato sulla Corte di cassazione sulle decisioni dei giudici amministrativi*, in www.sipotra.it.

⁵⁵ Si tratterebbe, infatti, di una prassi in palese violazione del principio comunitario che prescrive che l'attività di tutti gli organi degli Stati Membri debba conformarsi al contenuto della normativa comunitaria. In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 30 settembre 2003, nel procedimento C-224/01, Kobler e Repubblica d'Austria; Corte di Giustizia, sentenza 13 giugno 2006, nel procedimento C-173/03, Traghetti del Mediterraneo s.p.a., in liquidazione, contro Repubblica Italiana; Corte di Giustizia, sentenza 24 novembre 2011, nel procedimento C-379/10, Commissione Europea contro Repubblica Italiana; In tal senso conf. anche Cass. SS.UU., n. 16886/2013.

⁵⁶ Favorevole rispetto ad una tale ricostruzione certamente A. LAMORGESE laddove afferma che «*Un'interpretazione restrittiva del citato art. 111, co. 8, Cost., che impedisca alla Cassazione di intervenire in presenza di (ed al fine di evitare) violazioni gravi del diritto europeo da parte della P.A. e,*

diritto europeo non possa giustificare una radicale modifica dei singoli sistemi processuali, così come è inammissibile che una violazione della normativa sovranazionale sia connotata da una maggiore gravità rispetto all'inosservanza della disciplina nazionale, tale da giustificare la ricorribilità in cassazione ⁽⁵⁷⁾. In considerazione di ciò, la Corte di Cassazione ha limitato la ricorribilità per motivi inerenti la giurisdizione solamente a quelle ipotesi in cui si evidenzia un'errata interpretazione della normativa europea, tale da comportare un indebito diniego di giustizia o un aprioristico diniego di giurisdizione, viceversa escludendola qualora il rifiuto di giurisdizione si prospetti quale frutto di *error in procedendo* o *error in iudicando* ⁽⁵⁸⁾.

Da una visione d'insieme di queste pronunce della Corte di Cassazione in veste di giudice della giurisdizione, emerge come l'interpretazione dell'«eccesso di potere

in seconda battuta, del giudice amministrativo, può tradursi in una violazione, non solo (come è evidente) del menzionato principio di effettività della tutela, ma forse anche del principio di equivalenza. La Cassazione è garante della conformità del diritto nazionale a quello dell'Unione, ma non nei casi in cui sia impugnata una sentenza di un giudice amministrativo, in ragione di una preclusione derivante da una norma procedurale (l'art. 111, co. 8, Cost.) o, più correttamente, da una interpretazione di essa», così in L'eccesso di potere giurisdizionale e il diritto eurounitario in www.questionegiustizia.it.

⁵⁷ In tal senso, Cass., sez. un. del 29 febbraio 2016 n. 3915 [conf. Cass., sez. un., n. 6605/2015 e 6606/2015] laddove esclude che possa essere sottoposto al sindacato delle Sezioni Unite la decisione di un giudice speciale che abbia violato il diritto dell'Unione Europea senza configurare un'ipotesi estrema di diniego giurisdizionale, non rientrando nei compiti delle Sezioni Unite effettuare una verifica di conformità fra le sentenze dei giudici speciali ed il diritto europeo. Cfr. M.P. CHITI, *La messa in discussione del riparto di giurisdizione attraverso il "Cavallo di Troia" della riforma della responsabilità civile dei giudici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012.

⁵⁸ In tal senso anche Cass., sez. un., n. 2403/2014 e Cass., sez. un., n. 2242/2015, ove si conferma che nell'ambito dei motivi inerenti la giurisdizione non può essere inclusa la funzione di verifica della conformità della decisione del giudice speciale al diritto dell'UE. Tuttavia, nel caso concreto, le Sezioni Unite avendo riscontrato che la sentenza del Consiglio di Stato si fondava su un'interpretazione della normativa che come esito finale sostanzialmente negava l'accesso al giudice amministrativo in forza di un'interpretazione in contrasto con il diritto UE, hanno ritenuto di poter censurare la sentenza ex art. 111, co. 8, Cost., con rinvio al giudice amministrativo ai fini di una nuova valutazione alla luce delle interpretazioni fornite dalla Corte di Giustizia. In senso conf. SS.UU., n. 72/2000; Cass., SS.UU., n. 15428/2012; Cass., SS.UU., n. 12106/2013; Cass., SS.UU., n. 2403/2014; Cass., sez. un., n. 10501/2016; Cass., sez. un., n. 956/2017; Cass., SS.UU. n. 31226/2017 [con nota di A. BARONE, *Un caso "estremo" di diniego di giurisdizione per radicale stravolgimento del diritto dell'Unione Europea Corte di Cassazione, in Il processo*, 1, 2018]. In tema si veda anche Cass., sez. un., n. 3236/2012 nella parte in cui esclude, in ipotesi di omesso rinvio pregiudiziale, la ricorribilità per motivi inerenti la giurisdizione delle decisioni dei giudici speciali. In particolare, la Corte di Cassazione ritenendo che una tale funzione rientri nella *potestas iudicandi* del giudice speciale, quindi estrinsecandosi in un'ipotesi di *errores in iudicando*, ed essendo comunque garantita l'effettività della tutela tramite la legittimazione ad agire per il risarcimento dei danni, declina la propria giurisdizione [conf. Cass. Civ., SS.UU., n. 1013/2014; Cass. Civ., SS.UU., n. 14042/2016; Cass. Civ., SS.UU., n. 3915/2016]. In argomento, si veda M.P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012; P. NICOLA, *L'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati* (Nota a Cons. Stato, sez. VI, ord. 5 marzo 2012, n. 1244), in *Foro it.*, III, 2012, 350.

giurisdizionale» e conseguentemente la portata applicativa dei «motivi inerenti la giurisdizione» sia oggetto di flussi interpretativi alternati, caratterizzati da frequenti ampliamenti ed altrettante restrizioni dei confini di un tale sindacato ⁽⁵⁹⁾. Il favore per una scelta interpretativa che si estenda fino a lambire un giudizio sulle modalità di erogazione della tutela e che censuri un cattivo esercizio del potere giurisdizionale da parte del Consiglio di Stato è soppiantato, nel breve periodo, da arresti giurisprudenziali di segno diametralmente opposto ⁽⁶⁰⁾.

Un'interpretazione della categoria dell'eccesso di potere giurisdizionale che ricomprenda un vaglio circa le ipotesi di «sconfinamento» nel merito dell'azione amministrativa, accresce le ipotesi in cui la Corte di Cassazione per decidere sulla giurisdizione conosca di ambiti tradizionalmente affidate alla cognizione del giudice amministrativo. Tuttavia, in tali circostanze, l'operato della Corte di Cassazione, rimane nei limiti del fisiologico, non forzando nel concreto quanto disposto dal dettato costituzionale circa i limiti interni ed esterni la giurisdizione ⁽⁶¹⁾.

Al contrario, un giudizio sui «motivi inerenti la giurisdizione» che includa un sindacato circa l'effettività della tutela e le concrete modalità di esercizio della funzione giurisdizionale del giudice amministrativo, non può che prospettarsi come un'indebita ingerenza. Un filone interpretativo, quest'ultimo, che dimostra la patologica ambizione della Corte di Cassazione di indirizzare o correggere l'azione dei giudici speciali, con funzioni di chiusura del sistema ⁽⁶²⁾.

La potenziale precarietà dell'unità funzionale del diritto diviene giustificazione delle pronunce della Corte di Cassazione, che profittando del ruolo alla stessa affidato come giudice della giurisdizione, si attribuisce un'inedita funzione di sintesi all'interno dell'ordinamento nazionale, imponendosi come organo di vertice del sistema giurisdizionale, in violazione, *de facto*, del dettato costituzionale ⁽⁶³⁾.

⁵⁹ D'interesse in tal senso la già richiamata pronuncia della Cass., sez. un., 29/03/2017, n.8117 [vedi *supra*, p. 70, nt. (8)] laddove le stesse Sezioni Unite, tramite *obiter dictum*, lamentano il frequente ricorso alla categoria dell'eccesso di potere giurisdizionale al fine di forzare le maglie della disposizione costituzionale.

⁶⁰ Cass. civ., SS. UU., n. 4852 del 27 febbraio 2013; Cass. Civ., SS.UU., n. 1013 del 20/01/2014; Cass. Civ., SS.UU., n. 27341 del 23/12/2014; Cass. Civ., SS.UU., n. 8568 del 28/04/2015.

⁶¹ A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1111 ss.

⁶² Cfr. F. LIGUORI, *La funzione nomofilattica nell'età dell'incertezza*, in *dir. e proc. amm.*, 2, 2017, 595.

⁶³ In tal senso M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, cit.; G. VERDE, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. Proc. amm.*, 2013, 367; R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2014,

3. L'intervento della Corte Costituzionale e la sentenza n. 6 del 2018

Relativamente alla registrata tendenza della Corte di Cassazione ad estendere i confini del proprio sindacato - forzando il dettato costituzionale e la locuzione «motivi inerenti la giurisdizione» - è intervenuta recentemente la Corte Costituzionale con la pronuncia n. 6 del 2018, qualificando l'orientamento accolto dalla Corte di Cassazione come contrario al dettato costituzionale ⁽⁶⁴⁾.

Per la tematica in esame, la pronuncia della Consulta assume un carattere dirompente, tanto in termini di inquadramento della problematica, quanto per la ferma censura circa l'operato della giurisprudenza della Cassazione ⁽⁶⁵⁾.

285; ID., “Lunga marcia” della Cassazione verso la giurisdizione unica (dimenticando l'articolo 103 della Costituzione), in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 324 ss.; ID., Sui “motivi inerenti la giurisdizione”, in *Riv. Dir. Proc.*, 3, 2015, 632; ID., *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravvivranno ai «cavalieri dell'apocalisse?»*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1, 2017, 106 e ss.; ID., *Ancora in tema di inammissibilità dell'appello. Al consiglio di stato sulla giurisdizione promosso dal ricorrente soccombente in primo grado* in *Riv. Dir. Proc.*, 4/5, 2017, 1093; ID., *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2, 2018, 325; M. MAZZAMUTO, *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 27; In senso diametralmente opposto si veda A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005; A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 380; F. VOLPE, *Sulla ipotesi di riforma del sistema di giustizia amministrativa*, in *Forum A.L.P.H.A.*; A. CORPACI, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2013, 341 e ss.. In argomento si veda anche A. LAMORGESE che ha sollecitato più volte una riflessione circa la necessaria estensione del sindacato della Corte di Cassazione per violazione di legge alle pronunce rese dal Consiglio di Stato quanto meno nell'esercizio della giurisdizione esclusiva avente ad oggetto questioni di diritti soggettivi. Così in A. LAMORGESE, *La giurisdizione contesa. Cittadini e pubblica amministrazione*, cit., 74 e ss.; ID., *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, in *www.cortedicassazione.it*; E. SCODITTI, *Ricorribilità in Cassazione per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato su diritti soggettivi: una questione aperta*, in *Foro It.*, V, 2014, 157 e ss.; F. SATTA, *Un problema irrisolto: la Cassazione ed i giudici speciali* in *www.apertacontrada.it*; A. PROTO PISANI, *Crisi della Cassazione: la (non più rinviabile) necessità di una scelta*, in *Foro It.*, V, 2007, 126; A. CARRATTA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1, 2010, 46 [in argomento, cfr. anche *supra* nt. (2) del presente capitolo].

⁶⁴ Nell'ampia letteratura in commento, *ex multis*, 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.*, 1, 2018, 122; A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1111 e ss.; M. MAZZAMUTO, *Motivi inerenti alla giurisdizione - Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. It.* 3, 2018, 704 ss.; F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, cit.; F. DEODATO, *Nota a Corte Costituzionale sentenza 24 gennaio 2018, n. 6 e Corte di Cassazione - S.U. sentenza 29 dicembre 2017, n. 31226*, in *www.ildirittoamministrativo.it*; P. TOMAIUOLI, *L'altolà della Corte Costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in *Consulta Online*, I, 2018; A. POLICE, *«I soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 113; F. FRANCIARIO, *Diniego di giurisdizione*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2019, 639.

⁶⁵ Più precisamente, il Giudice delle leggi viene chiamato a pronunciarsi circa il rapporto esistente fra giudice speciale e Sezioni Unite della Corte di Cassazione in merito alle modalità di adeguamento al

La sentenza della Consulta arriva a seguito di una vicenda giudiziaria alquanto complessa - tanto sotto il profilo sostanziale che processuale - relativa ad un diniego di tutela giurisdizionale nel settore del pubblico impiego. Una controversia interpretativa che negli ultimi anni ha visto coinvolte la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e la stessa Corte Costituzionale, tutte chiamate a misurarsi con la legittimità del termine decadenziale previsto dall'art. 69, co. 7, d.lgs. 165 del 2001 (in precedenza art. 45 co. 17, d.lgs. n. 80 del 1998). Tale previsione attribuisce alla cognizione del giudice ordinario le controversie in materia di pubblico impiego privatizzato successive al 30 giugno 1998; restano invece attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo quelle antecedenti, se proposte entro il termine decadenziale del 15 settembre 2000. La Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato sono stati per lungo tempo concordi nel ritenere che tale termine avesse natura decadenziale e non processuale ⁽⁶⁶⁾. Alla luce di una tale interpretazione venivano considerate improcedibili tutte le domande per questioni inerenti i rapporti d'impiego pubblico anteriori alla data del 30 giugno 1998 e proposte in giudizio innanzi al giudice amministrativo successivamente al termine del 15 settembre 2000.

Su tale preclusione processuale è stata chiamata a pronunciarsi la Corte Europea per i Diritti dell'Uomo che, con le sentenze Mottola e Staibano, ha ritenuto la disciplina nazionale contrastante con l'art. 6 della CEDU ⁽⁶⁷⁾. La suddetta disciplina, seppur nel condivisibile intento di individuare un criterio temporale di riparto tra il giudice civile ed il giudice amministrativo, non assicurando l'accesso alla tutela giurisdizionale o alla *traslatio iudicii*, finiva per configurare un indebito diniego di giustizia ⁽⁶⁸⁾.

diritto dell'Unione Europea. In argomento è stato segnalato [A. POLICE, «*I soli motivi inerenti la giurisdizione*» nella giurisprudenza della Corte costituzionale, cit., si veda in particolare par. 8] come il rinvio del giudizio in via incidentale alla Corte Costituzionale, pare essere oggetto di una strumentalizzazione, finalizzata in concreto a dirimere un conflitto in punto di giurisdizione e non una questione di legittimità costituzionale. In tal modo, la Corte di Cassazione sembra investire la Corte Costituzionale di un ruolo e funzioni che non le appartengono, così assimilandola ad un tribunale dei conflitti di ultima istanza.

⁶⁶ cfr. Sez. Un. 29 maggio 2012, n. 8520; Ad. Plen., 21 febbraio 2007, n. 4; Corte Cost., ord. 11 maggio 2006, n. 197; ord. 7 ottobre 2005, n. 382; ord. 26 maggio 2005, n. 213; ord. 6 luglio 2004, n. 214.

⁶⁷ Corte EDU, 4 febbraio 2014, Staibano c. Governo Italia; Corte EDU, 4 febbraio 2014, Mottola c. Governo Italia.

⁶⁸ A seguito delle sentenze della Corte di Strasburgo, le parti risultate vittoriose, impugnavano per revocazione innanzi allo stesso Consiglio di Stato la sentenza dell'Ad. Plen. n. 4/2007, che affermava che tanto il giudice ordinario quanto il giudice amministrativo non potessero disapplicare una norma interna incompatibile con la CEDU o con la giurisprudenza di Strasburgo poiché, trattandosi di norme

Alcuni ricorrenti, che si trovavano nella medesima situazione dei vincitori di Strasburgo, impugnavano la sentenza del Consiglio di Stato n. 4001 del 2013 - che dichiarava improcedibili, perché tardive, le domande proposte oltre il termine di decadenza del 15 settembre 2000 per fatti anteriori al 30 giugno 1998 - innanzi alla Corte di Cassazione per motivi inerenti la giurisdizione.

Le Sezioni Unite con l'ordinanza n. 6891/2016 ⁽⁶⁹⁾, interpretando estensivamente la categoria dell'eccesso di potere giurisdizionale, ritenevano che la sentenza del Consiglio di Stato, determinando un indebito diniego giustizia e contrastando con la giurisprudenza di Strasburgo, rientrasse fra quei «casi estremi» di stravolgimento delle norme processuali sindacabili dalla Corte di Cassazione ⁽⁷⁰⁾. Una volta affermata la propria giurisdizione, le Sezioni Unite hanno sollevato una questione di legittimità costituzionale circa l'interpretazione dell'art. 69, co. 7 del d.lgs. 165/2001 in riferimento all'art. 117, co. 1, Cost. per contrasto con l'art. 6 della CEDU.

La Consulta con la sentenza n. 6 del 2018 ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale per difetto di rilevanza, in ragione della mancanza di legittimazione del giudice a quo. In particolare, la Corte ha evidenziato che tra i vizi denunciabili con il ricorso per motivi inerenti la giurisdizione non sono ricomprese le questioni attinenti il rispetto della primazia del diritto comunitario, del principio di

internazionali pattizie, tale contrasto è affidato al sindacato della Corte Costituzionale. Veniva quindi sollevata - con l'ordinanza dell'Adunanza Plenaria 4 marzo 2015 n. 2 - una questione di legittimità costituzionale circa gli artt. 106 c.p.a e 395 e 396 del c.p.c. per contrasto con gli artt. 117 co. 1, 111 e 24 Cost. nella parte in cui non prevedono un caso di revocazione della sentenza nazionale passata in giudicato, quando ciò sia necessario per conformarsi ad una sentenza della Corte di Strasburgo. La sentenza della Corte Costituzionale n. 123/2017 ha però negato la possibilità di un ampliamento dei casi di revocazione in riferimento al processo civile ed amministrativo. In particolare, la Corte ha affermato che non essendo in gioco il tema delle libertà personali, non emerge un obbligo di riapertura del processo, rimesso esclusivamente alla volontà legislativa degli Stati. Aggiungendo che, nonostante gli Stati membri siano incoraggiati a provvedere in tal senso, allo stato non esiste, in seno alla Convenzione, una larga maggioranza che abbia optato per la scelta della riapertura dei processi civili o amministrativi. La Corte ha quindi concluso che la riapertura del processo civile o amministrativo, con il conseguente travolgimento dell'intangibilità del giudicato, compete al legislatore nazionale, al quale spetta in via prioritaria il compito di effettuare una delicata ponderazione fra il diritto di azione degli interessati, il diritto di difesa dei terzi e la stabilità dei rapporti giuridici. In commento, 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.it*; R. CONTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte EDU nei processi penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, in *consulta online*, 2, 2017, 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 *www.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*, 3, 2017.

⁶⁹ Con nota di A.M. PERRINO, in *Foro It.*, I, 2016, 1667.

⁷⁰ La fattispecie risulta analoga a quella oggetto della sentenza Cass., sez. un., n. 2242/2015 [vedi *supra* p. 86, nt. (53) e p. 85, nt. (59)] in riferimento alla violazione del diritto europeo.

effettività della tutela, del giusto processo, dell'unità funzionale della giurisdizione ovvero il sindacato sugli *errores in procedendo ed in iudicando*.

La stessa ha poi osservato che ipotizzare un ricorso in Cassazione che ricomprenda anche un sindacato avverso gli *errores in procedendo o in iudicando*, non può qualificarsi come una semplice interpretazione evolutiva dei «motivi inerenti la giurisdizione», risultando incompatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale ⁽⁷¹⁾. Pertanto, deve considerarsi inammissibile ogni interpretazione del concetto di giurisdizione che sconfini rispetto all'ambito interpretativo tradizionale, tale da comportare una sostanziale assimilazione fra il settimo e l'ottavo comma dell'art. 111 della Costituzione.

La pronuncia è stata accolta più o meno favorevolmente, in particolare, parte della dottrina l'ha considerata ingiustificatamente critica circa l'operato della Corte di Cassazione, rilevando come non sia stato opportunamente valutato l'aumento delle ipotesi di contrasto fra plessi giurisdizionali, a danno dell'effettività della tutela ed a detrimento dell'efficienza del servizio giustizia ⁽⁷²⁾. Altri hanno evidenziato che nonostante l'urgenza di individuare uno strumento di raccordo giurisdizionale, ciò non vale a giustificare l'attribuzione alla Corte di Cassazione di funzioni in contrasto con il dettato costituzionale, ponendola in una posizione di vertice, che va in concreto a vanificare l'impianto pluralista della giurisdizionale ⁽⁷³⁾.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione si è rapidamente adeguata a quanto disposto dalla Corte Costituzionale, fino ad arrivare alla recente sentenza n. 8311 del

⁷¹ È stato criticamente osservato da F. DAL CANTO [*Il ricorso in cassazione per motivi inerenti la giurisdizione dinanzi alla corte costituzionale*, cit., che richiama adesivamente A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca di uno stato di diritto*, cit., 37; A. CORPACI, *Note per un dibattito*, cit., 352 e ss.] che il richiamo allo «spirito del dettato costituzionale» ed alla «originaria opzione per il dualismo giurisdizionale» è frutto di una semplificazione eccessiva, e fuorviante allo stesso tempo. Sul punto si ritiene opportuno osservare come un tale richiamo, così come quello fatto all'interpretazione «tradizionale» non pare potersi valutare in alcun modo come inappropriato. Infatti, esso è volto a salvaguardare il senso originario proprio della previsione costituzionale, cui veniva ad essere ricollegato un significato ben preciso, espressione della conclusiva preferenza per il pluralismo giurisdizionale [cfr. *supra* cap. I, par. 6, p. 66].

⁷² F. DAL CANTO, *Il ricorso in cassazione per motivi inerenti la giurisdizione dinanzi alla corte costituzionale*, cit..

⁷³ A. TRAVI [*Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, cit.] laddove espressamente esprime l'esigenza di un superamento dell'attuale sistema di pluralità delle giurisdizioni, ma sostiene che a tale superamento non possa giungersi senza una riforma costituzionale. Critica pertanto la nuova interpretazione dell'art. 111, co. 8, Cost. elaborate dalla Corte di Cassazione, ed aderisce a quanto statuito in sentenza dalla Corte Costituzionale; A. POLICE, «*I soli motivi inerenti la giurisdizione*» nella giurisprudenza della Corte costituzionale, cit., 113; M. MAZZAMUTO, *Motivi inerenti alla giurisdizione - Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, cit., 704.

2019 delle Sezioni Unite, che si assesta su un'interpretazione assai restrittiva del ricorso per motivi inerenti la giurisdizione ⁽⁷⁴⁾. In particolare, nella fattispecie in esame, le Sezioni Unite hanno affermato che l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al legislatore è configurabile solamente qualora il giudice speciale abbia applicato una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete. Viceversa, non configura eccesso di potere la circostanza in cui il giudice si sia limitato al compito interpretativo che gli è proprio, anche se tale attività ermeneutica abbia dato luogo ad un provvedimento «abnorme o anomalo» ovvero abbia comportato uno «stravolgimento» della normativa di riferimento, atteso che in questi casi può profilarsi un *error in iudicando*, ma non una violazione dei limiti esterni la giurisdizione.

A questo punto, pare potersi dichiarare definitivamente conclusa la stagione della «giurisdizione dinamica e funzionale», così come dell'interpretazione estensiva dell'eccesso di potere giurisdizionale. È tuttavia necessario evidenziare che la Consulta, benché censuri le teorie evolutive sul sindacato per motivi inerenti la giurisdizione, lasci comunque irrisolto il nodo del mancato coordinamento fra plessi giurisdizionali.

4. Le divergenze interpretative tra gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato

Ai problemi di coordinamento istituzionale circa l'interpretazione e l'applicazione della disciplina in materia di riparto, si aggiunge il manifestarsi di contrasti giurisprudenziali dal carattere più o meno esplicito all'interno dell'ordinamento statale, determinati dall'assenza di un momento nomofilattico condiviso fra i plessi giurisdizionali. In particolare, si fa riferimento a quelle ipotesi in cui le Corti della nomofilachia finiscano per assestarsi su posizioni distoniche rispetto all'interpretazione di una medesima disposizione di legge, mettendo così in discussione l'effettività dell'unità funzionale della giurisdizione ⁽⁷⁵⁾.

L'assodata interconnessione fra le diverse discipline giuridiche, l'elevato numero di materie affidate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, il

⁷⁴ Immediatamente conformi a quanto statuito dalla Corte Costituzionale Cass. civ., sez. un., 25/03/2019, n. 8311; Cass. civ., sez. un., 02/05/2018, n. 10439; Cass. civ., sez. un., 14/11/2018, n.29285; Cass. civ., Sez. Un., 19 luglio 2018, n. 19283; Cass. civ., Sez. Un., 3 agosto 2018, n. 20529; Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2018, n. 32773. Cass. civ., sez. un., 13/12/2018, n.32357.

⁷⁵ In argomento, cfr. G. AMOROSO, *Le sezioni unite civili della Corte di cassazione a composizione allargata: considerazioni a margine del Memorandum sulle tre giurisdizioni*, in *Foro It.*, V, 018, col. 90.

frequente utilizzo di strumenti e modelli privatistici per la gestione dell'amministrazione pubblica, non possono che determinare delle sovrapposizioni fra le giurisdizioni. Immancabilmente, tali interferenze, divengono fonte di incongruenze ed incertezze interpretative, che si risolvono in un ineliminabile conflitto fra ordini giurisdizionali ovvero impongono un'azione di coordinamento.

Per meglio delineare la concreta portata di un tale fenomeno si ritiene opportuno passare in rassegna - con finalità certamente non esaustive - alcune pronunce che possano fungere da esempio di tali incongruenze di sistema, a riprova dell'opportunità e della necessità di procedere all'introduzione di un canale di dialogo fra le tre giurisdizioni ⁽⁷⁶⁾.

Una prima esemplificazione in tal senso è rappresentata dalla *querelle* giurisprudenziale sorta tra i massimi organi della giurisdizione amministrativa e civile in merito all'eventuale retroattività della disciplina inerente il diritto del dipendente pubblico alla remunerazione delle differenze retributive per lo svolgimento di mansioni superiori ⁽⁷⁷⁾.

⁷⁶ Tra i conflitti interpretativi che hanno ormai trovato composizione si può segnalare l'orientamento del Consiglio di Stato che, alla luce dell'art. 21 *septies*, l. n. 241 del 1990, affermava che ogni vizio del provvedimento amministrativo comporti la violazione di legge e dunque l'annullabilità dell'atto; solamente laddove la legge sancisca espressamente la nullità di un atto amministrativo, si è in presenza di un atto privo di effetti. Orientamento che si contrapponeva a quanto statuito dalle Sezioni Unite laddove affermavano che in alcuni casi la violazione di legge, se grave, comporta la carenza di potere e dunque la nullità dell'atto. In particolare, in materia espropriativa, la Corte di Cassazione affermava la nullità della dichiarazione di pubblica utilità emessa in violazione dell'art. 13 della legge del 1865, poi abrogata dal testo unico sugli espropri, e la nullità del decreto di esproprio emesso dopo la scadenza del termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità. Una diversa esemplificazione in argomento può essere rintracciata in materia di contributi di denaro o di sovvenzioni pubbliche. In argomento, le Sezioni Unite e il Consiglio di Stato concordavano che i dinieghi di sovvenzioni incidessero su interessi legittimi. Si delineava, invece, un contrasto interpretativo nei casi in cui la sovvenzione venisse revocata o dichiarata decaduta, perché, ad esempio, il beneficiario non utilizzava la somma, o fosse inadempiente. In tale circostanza, i giudici amministrativi tendevano a ravvisare nella revoca e nella decadenza un provvedimento di autotutela, che incideva sugli interessi legittimi. Le Sezioni Unite, di contro, ritenevano che l'accoglimento dell'istanza di sovvenzione facesse sorgere un diritto, così affermando la giurisdizione del giudice civile anche quando l'amministrazione ritirasse l'atto per inadempimento del beneficiario. Per questi ed altri esempi si rinvia alla trattazione di L. MARUOTTI [*Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, cit.].

⁷⁷ In argomento, è necessario premettere che in tema di lavoro pubblico privatizzato, ai sensi del d.lgs. n. 165/01, nel caso in cui il lavoratore riferisca le proprie pretese retributive, in ragione dello svolgimento di mansioni corrispondenti ad una superiore qualifica, ad un periodo in parte anteriore ed in parte successivo al 30 giugno 1998, la competenza giurisdizionale non può che essere rispettivamente distribuita tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Sul tema, cfr. F. FALCO, *Mansioni superiori del dipendente pubblico: Il contrasto giurisprudenziale tra la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato*, in *Gazzetta Amministrativa*, 2, 2011, 152; G. VIRGA, *La retribuità delle mansioni superiori svolte dai pubblici dipendenti: una vicenda ancora non del tutto conclusa*, in www.lexitalia.it; L. OLIVIERI, *Breve addenda alla questione della retribuità delle mansioni superiori*, in www.lexitalia.it.

Nel caso di specie, la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato, partendo dall'interpretazione della medesima disposizione di legge, valutandola, rispettivamente, come dotata o non dotata di efficacia retroattiva, finiscono per approdare a posizione interpretative diametralmente opposte.

In argomento, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, affermava, richiamando numerosi precedenti giurisprudenziali a favore ⁽⁷⁸⁾, che l'ammissibilità della retribuzione delle mansioni superiori avesse storicamente una valenza eccezionale e carattere derogatorio rispetto all'ordinario regime intercorrente fra amministrazione pubblica e pubblico dipendente. In forza di ciò, doveva ritenersi che, per effetto della modifica apportata dall'art. 15 del d.lgs. n. 387/1998, il diritto del dipendente pubblico, che ne abbia svolto le funzioni, al trattamento economico relativo alla qualifica immediatamente superiore vada riconosciuto con carattere di generalità solo a decorrere dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 387/1998.

Ad un tale orientamento si contrapponeva un diverso indirizzo interpretativo fatto proprio delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ⁽⁷⁹⁾, che qualificano la suddetta novella come un intervento legislativo dal carattere correttivo, finalizzato ad adeguare l'ordinamento giuridico ai principi costituzionali, in particolare nella parte in cui attribuisce al lavoratore il diritto ad una retribuzione proporzionale alla quantità e qualità del lavoro prestato. Proprio alla luce di una tale *ratio* giustificativa le Sezioni Unite affermavano l'efficacia retroattiva di tale disposizione, così riconoscendo il diritto alla remunerazione per lo svolgimento di mansioni superiori, conformemente all'intenzione legislativa di conformarsi ai principi costituzionali.

L'adunanza Plenaria, prendendo atto dell'esistenza di un difforme indirizzo interpretativo della Corte di Cassazione, se ne discosta espressamente, affermando come

⁷⁸ Cons. St., Ad. Plen., 24.03.2006, n. 3 [conf. Cons. St., VI, 3 febbraio 2011, n. 758; Cons. Stato, VI, n. 2365 del 2010] che espressamente richiama all'interno dello stesso dispositivo un'ampia giurisprudenza a conferma «*In tal senso questa adunanza plenaria 23 febbraio 2000, nn. 12 e 11; n. 10/2000; 18 novembre 1999, n. 22 e la giurisprudenza successiva. Si vedano, tra le tante: a) sez. IV: nn. 5799, 5798, 5797 e 5796 del 2005; 14 settembre 2005; nn. 4768, 4767 e 4755; 22 giugno 2004, n. 4433; 7 giugno 2004, n. 3606; 30 giugno 2003, n. 3920; b) sez. V: 5 ottobre 2005, n. 5323; 29 agosto 2005, n. 4398; n. 3699/2005; 8 febbraio 2005, n. 333; 3 febbraio 2005, n. 264; 19 febbraio 2004, n. 665; 9 giugno 2003, n. 3235; 22 novembre 2001, n. 5924; c) sez. VI: n. 5632/2005; n. 3365/2005; 16 giugno 2005, n. 3189; 7 giugno 2005, n. 2915; 26 aprile 2005, nn. 1888 e 1887*».

⁷⁹ Cass. Civ., sez. un., 16 febbraio 2001, n. 3814; Cass. Civ., sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4063 [con nota di T. ELISINO, *Mansioni superiori nel pubblico impiego, reggenza e demansionamento. Chiarimenti da Piazza Cavour in Dir. Giust.*, 2010, 103]; Cass. civ., sez. lav., 4 agosto 2004, n. 14944; Cass. civ., sez. lav., 8 gennaio 2004, n. 91; Cass. civ., sez. lav., 25 ottobre 2003, n. 16078.

la normativa in questione - introducendo un'interpretazione incompatibile con il tenore letterale della disciplina preesistente - avesse carattere innovativo e non meramente interpretativo, escludendone l'applicazione retroattiva. In sintesi, la Plenaria esclude la configurabilità di un diritto alla remunerazione delle differenze retributive per lo svolgimento di mansioni superiori, nel settore del pubblico impiego, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 387/1998.

Al fine di risolvere un tale contrasto interpretativo sono state chiamate a pronunciarsi le stesse Sezioni Unite in veste di giudice della giurisdizione ⁽⁸⁰⁾. Più precisamente, la parte ricorrente impugnava la decisione del giudice amministrativo per eccesso di potere giurisdizionale - nella specie diniego di giustizia - ed indebito superamento dei limiti esterni della giurisdizione, per violazione del principio di effettività della tutela e contrasto con la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione. Le censure sollevate venivano però tutte ricondotte all'attività interpretativa di norme giuridiche, qualificabili come *errores in iudicando*, ed in quanto tali, insindacabili dal giudice della giurisdizione ed imponendo una pronuncia d'inammissibilità del ricorso.

Nella fattispecie in esame si evidenzia una sovrapposizione fra la cognizione del giudice ordinario ed amministrativo, per cui una medesima condotta - lo svolgimento di mansioni superiori - produce conseguenze giuridiche opposte, complessivamente a danno dell'effettività della tutela e dell'unità funzionale del diritto. Ciò che segue è un contrasto giurisprudenziale non sanabile, che comporta la convivenza all'interno dell'ordinamento di interpretazione legislative distoniche ⁽⁸¹⁾.

⁸⁰ Cass. civ., sez. un., 06/05/2016, n. 9145.

⁸¹ In argomento F. VOLPE [*I 'costi' del mantenimento del sistema dualistico*, in G.D. COMPORITI (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze, 2016, 224] ha evidenziato che «il modo con cui il Consiglio di Stato sindacava le controversie di impiego pubblico restava nella sua giurisdizione (perché relative a specifiche categorie di impiegati pubblici) è diverso dall'interpretazione resa dal giudice ordinario in analoghe controversie, ma concernenti diverse categorie di personale. Cioché - benché il testo normativo applicato sia talora lo stesso, valendo per ogni funzionario pubblico - i cittadini sono soggetti ad una sostanziale difformità di regime a causa del solo e accidentale fatto di essere soggetti alcuni alla giurisdizione ordinaria, altri alla giurisdizione amministrativa». In argomento, si evidenzia l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali in seno alla Corte di Cassazione e al Consiglio di Stato talvolta confliggenti. La giurisprudenza della Corte di Cassazione risulta, infatti, meno restrittiva nell'interpretazione degli spazi applicativi della normativa sul rimborso delle spese legali sostenute da un dipendente pubblico assolto in sede penale. La giurisprudenza amministrativa, viceversa, evidenzia come la disciplina di riferimento subordina il rimborso delle spese legali a favore di dipendenti di amministrazioni statali coinvolti in giudizi per responsabilità civile, penale e amministrativa, non solo all'esclusione della loro responsabilità ma, altresì, alla circostanza che i predetti giudizi siano promossi in conseguenza di fatti ed atti connessi con l'espletamento del servizio o

Un'ulteriore esemplificazione in tal senso è riscontrabile nella materia della contrattualistica pubblica. Più in particolare, si evidenzia un netto contrasto tra le posizioni fatte proprie dal giudice ordinario e quelle accolte dal giudice amministrativo in ordine alla possibilità che l'amministrazione - una volta stipulato il contratto di affidamento - possa revocare gli atti amministrativi della gara finanche l'aggiudicazione.

In argomento, una parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato ha ritenuto che le controversie relative all'esercizio di poteri di autotutela riferibili agli atti di gara afferissero alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, anche laddove fosse già stato stipulato il contratto d'appalto, vertendo queste controversie sull'esercizio di poteri pubblicistici di matrice autoritativa. Il giudice amministrativo valutava come fuorviante l'impostazione - fatta propria dal giudice ordinario - che faceva derivare dall'esistenza del contratto l'insussistenza del potere di revoca in capo alla stazione appaltante. Infatti, secondo la ricostruzione fatta propria dalla giurisprudenza amministrativa, l'esercizio del potere di revoca sussisteva anche in caso di avvenuta stipula del contratto, fermo restando il diritto all'indennizzo ⁽⁸²⁾.

con l'assolvimento di obblighi istituzionali. Infatti, il rimborso assolve la funzione di ripristinare la situazione di esposizione economica del dipendente ingiustamente coinvolto in procedimenti giudiziari, addossando l'onere relativo all'amministrazione di appartenenza, implicitamente ma coerentemente riconoscendo l'immedesimazione tra l'azione del dipendente e la funzione dell'ente di appartenenza. Ciò posto, la giurisprudenza amministrativa accoglie la necessità di un'interpretazione assai rigorosa dell'inciso "*in conseguenza di fatti ed atti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali*", tale da comportare l'assunzione a carico dell'amministrazione dei costi di difesa solamente laddove riguardi fatti rientranti nell'ambito puntuale dei doveri propri di quel dipendente. In considerazione di ciò, il giudice amministrativo finisce per affermare che la mera prestazione lavorativa non possa essere considerata sufficiente alla luce delle predette finalità di sistema, essendo necessario, viceversa, che i fatti e i comportamenti tenuti denotino una comunione d'interessi fra il dipendente e l'amministrazione di appartenenza [cfr. T.R.G.A., Trento, Sez. I, n. 126/2017]. In argomento, si segnala ulteriormente la dissonanza interpretativa rilevabile in tema di legittimazione ad agire in giudizio delle organizzazioni sindacali. Infatti, da un lato, la giurisprudenza del Consiglio di Stato [Cons. St., sez. VI, n. 2208/2012; Cons. St., sez. III, n. 1301/2012] riconosce i sindacati come soggetti portatori dei c.d. interessi collettivi e pertanto legittimati ad agire in giudizio a tutela degli interessi collettivi afferenti ai propri iscritti; dall'altro, il tradizionale orientamento fatto proprio dalla Corte di Cassazione [Cass. Civ., n.6480/1983] esclude ogni legittimazione ad agire del sindacato per la tutela di diritti ed interessi riferibili ai propri iscritti (fatta esclusione per la tutela delle posizioni tipizzate dall'art. 28 L. 300/1970). In tema si veda, O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale. Studio preliminare a partire da un'analisi comparata*, Milano, 2018 (in particolare cfr. p. 44 e pp. 96 e ss.).

⁸² In tal senso, Cons. St., sez. VI, 17.3.2010, n. 1554 [con nota di G. CREPALDI, *La revoca dell'aggiudicazione provvisoria tra obbligo indennitario e risarcimento*, in *Foro amm. CDS*, 4, 2010, 868]. In sentenza, il Consiglio di Stato evidenziava come anche in costanza di un vincolo contrattuale non si venisse a modificare la natura sostanziale del potere di revoca - che si sostanzia nel riesame del provvedimento di aggiudicazione - espressione di un potere *iure imperii*, e non di certo nell'esercizio di un presunto diritto di recesso; cfr. anche Cons. St., sez. VI, 27.11.2012, n. 5993; Cons. St., sez. IV, 14.1.2013, n. 156; Tar Sicilia - Palermo, sez. II, 9.7.2007, n. 1775; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 9 marzo

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, viceversa, afferma come tutte le vicende successive alla stipula del contratto di affidamento, anche in ipotesi di autotutela, darebbero luogo a questioni relative all'efficacia e alla validità dello stesso. Infatti, dal momento in cui si procede alla stipula del contratto si verrebbe a costituire fra le due parti contraenti un rapporto paritetico. In forza di ciò, all'eventuale riscontro di sopravvenuti motivi di pubblico interesse, tali da rendere inopportuna la prosecuzione del rapporto contrattuale, gli stessi dovranno essere ricondotti all'esercizio del potere contrattuale di recesso. Infatti, essendo ormai definitivamente conclusa la fase pubblicistica, sarà automaticamente precluso l'utilizzo dello strumento della revoca⁽⁸³⁾.

Ora, il diverso orientamento interpretativo fatto proprio dal Consiglio di Stato e dalla Corte di Cassazione non è di rilievo solo teorico, ma ha anche delle importanti ricadute in riferimento alla tutela giurisdizionale. Qualora la stazione appaltante eserciti un potere di revoca il privato potrà chiedere il pagamento di un mero indennizzo, invece nel caso in cui sia esercitato un potere di recesso sarà riconosciuto un vero e proprio diritto al risarcimento del danno. È chiaro come il discrimine fra questi due strumenti non sia teorico bensì sostanziale, estrinsecandosi in un'evidente differenza sotto il profilo della liquidazione economica⁽⁸⁴⁾.

Il caso in esame è di particolare interesse sotto un duplice profilo. Da un lato, è esemplificativo rispetto alla concreta possibilità che i plessi giurisdizionali si assestino su posizioni interpretative distoniche con ricadute sostanziali circa la tutela giurisdizionale approntata. Dall'altro, si deve rilevare come la composizione di un tale discrasia interpretativa non possa avvenire tramite l'attivazione di un apposito meccanismo istituzionale, ma piuttosto, in forza di una mera scelta di coordinamento - e per questo non scontata - interna agli stessi plessi giurisdizionali⁽⁸⁵⁾.

2009, n. 2372; TAR Liguria, Genova, Sez. II, 28 maggio 2008, n. 1133; TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 21 febbraio 2008, n. 562; Cons. St., sez. V, 28.05.2001 n. 2895 [con nota di M. STECCANELLA, *Il giudice amministrativo, nella materia degli appalti, estende la propria giurisdizione alle controversie che insorgono dopo che il rapporto contrattuale sinallagmatico è sorto? Aperture indirette ed implicite del Consiglio di Stato*, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2001, 471].

⁸³ Il giudice giurisdizionalmente competente a conoscere delle controversie relative all'esercizio del diritto di recesso sarà il giudice ordinario. In tal senso cfr. Cass., sez. un., 26.6.2003; Cass. civ., 18 luglio 2006, n. 16454; Cass. Sez. Un., 17.12.2008, n. 29425.

⁸⁴ Infatti, il recesso determina l'obbligo per la stazione appaltante di pagare non solo quello che già ha ricevuto, ma anche il lucro cessante nei limiti del 10% dei lavori, servizi o forniture che devono ancora essere eseguiti. Al contrario, la revoca comporta l'obbligo della P.A. di corrispondere un indennizzo che è correlato, ma comunque inferiore, al solo danno emergente.

⁸⁵ Il conflitto interpretativo ha trovato epilogo con la pronuncia Cons. St., ad. plen., 20 giugno 2014, n.14 [Con nota di A. UBALDI, *Revoca e istituti di confine in materia di contratti pubblici: tra limiti e*

Una diversa esemplificazione è poi rinvenibile in riferimento alla *querelle* interpretativa sorta fra il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia ed il giudice ordinario, nel caso di specie il giudice penale dell'esecuzione, in tema di reati urbanistici.

Ai fini di una ricostruzione di massima si evidenzia come la vicenda in esame riguardi la portata applicativa dell'art. 32 della L.R. Sicilia n. 47 del 1985 ⁽⁸⁶⁾ in tema di terzo condono edilizio. Il contrasto interpretativo ⁽⁸⁷⁾ verte sulla non applicabilità del condono edilizio ai soli abusi realizzati in zone soggette a vincoli assoluti di inedificabilità ovvero, anche in zone soggette a vincoli di carattere relativo.

Allo scopo di chiarire l'ambito oggettivo di applicazione della suddetta disciplina è intervenuto il parere n. 291/10 delle Sezioni Riunite del Consiglio di Giustizia Amministrativa, reso in sede di ricorso straordinario al Presidente della Regione ⁽⁸⁸⁾, con specifico riferimento alle condizioni di applicabilità della sanatoria. Dopo aver svolto una ricostruzione sistematica della normativa nazionale e regionale, il Consiglio perviene alla conclusione che in Sicilia il divieto di sanatoria deve essere riferito unicamente ai vincoli assoluti, e non anche ai c.d. vincoli relativi, per i quali può ottenersi la concessione in sanatoria, ove si realizzino tutte le altre condizioni stabilite dalla normativa regionale.

conseguenze economiche, in *Resp. Civ. Prev.*, 5, 2014, 1650] che - prendendo atto del contrasto registratosi in giurisprudenza - ha di sua sponte deciso di adeguarsi all'orientamento seguito dalla Corte di Cassazione. La pronuncia prese avvio su rimessione - ex art. 99, co. 1, c.p.a. - del Cons. Stato, Sez. V, 5 dicembre 2013, n. 5876 che prendendo atto del contrasto registrato in giurisprudenza circa la possibilità, per il decisore pubblico, di revocare gli atti di una procedura evidenziale quando ormai sia intervenuta la stipula del contratto. In tale sede, l'Adunanza finisce per affermare che successivamente alla stipula del contratto, pur nel contesto di un rapporto paritetico, sono apprestate per l'amministrazione norme speciali, derogatorie del diritto comune, definite di autotutela privatistica (Ad. Plen. n. 6 del 2014); ciò, evidentemente, perché l'attività dell'amministrazione, pur se esercitata secondo moduli privatistici, è sempre volta al fine primario dell'interesse pubblico, con la conseguente previsione, su tale presupposto, di regole specifiche e distinte. Il codice dei contratti pubblici prevede infatti una specifica norma che riconosce alla Pubblica Amministrazione il diritto di recesso, quindi, deve escludersi la possibilità che sul medesimo rapporto negoziale si possa incidere con lo strumento della revoca, basata su medesimi presupposti, viceversa la specifica previsione dettata in materia di recesso dal codice dei contratti sarebbe sostanzialmente inutile.

⁸⁶ Così come modificato dall'art. 32, co. 43 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 convertito con l. del 24 novembre del 2003, n. 326.

⁸⁷ La questione inerisce il solo territorio della Regione Sicilia, in quanto basata su talune peculiarità della legislazione regionale che per espressa previsione statutaria è dotata di una competenza esclusiva in materia urbanistica e di tutela del paesaggistica.

⁸⁸ Conf., ex multis, i pareri n. 1375/2010; n. 124/2011; n. 68/2011; 395/2011; n. 2016/2011; n. 122/2011; 1140/2011; 1372/2010; n. 205/2011; 1332/2011.

D'interesse notare che l'Assessorato Regionale del territorio e dell'ambiente, conformandosi al contenuto del suddetto parere e controvertendo l'interpretazione precedentemente resa ⁽⁸⁹⁾, ha invitato gli Enti Locali, nell'esaminare le istanze di sanatoria edilizia, ad attenersi ai criteri interpretativi fissati dal C.G.A., così da limitare un successivo ricorso al contenzioso, che le vedrebbe certamente soccombenti ⁽⁹⁰⁾.

Succedeva che le pubbliche amministrazioni competenti, dando seguito al parere reso dal Consiglio di Giustizia Amministrativa ed alle circolari successivamente rese, avviavano il rilascio di concessioni edilizie in sanatoria per gli immobili abusivi siti in aree sottoposte a vincolo relativo. I soggetti interessati, una volta ottenuto tale provvedimento loro favorevole, proponevano istanza innanzi al giudice penale dell'esecuzione per vedere revocato l'ordine di demolizione ovvero di messa in pristino dei luoghi.

Proprio il giudizio sull'esecuzione diviene però occasione per un conflitto di ordine interpretativo fra plessi giurisdizionali. Infatti, il giudice penale, investito della suddetta istanza, affermava che l'applicazione del condono edilizio ad opere realizzate all'interno di aree sottoposte a vincoli di tutela ambientale resta preclusa, essendo irrilevante che il vincolo d'inedificabilità sia relativo o assoluto ⁽⁹¹⁾. La corte procedendo nell'esame del parere reso dal Consiglio di Giustizia Amministrativa reputava che lo stesso errasse nella ricostruzione del quadro normativo di riferimento, male interpretasse la giurisprudenza della Corte Costituzionale, proponesse un'interpretazione della normativa non coerente con le finalità proprie del legislatore e con la formulazione letterale della norma amministrativa. A questo punto, essendo palese che la concessione in sanatoria trovava giustificazione nell'esclusivo rinvio a quanto statuito dal suddetto parere, si concludeva che tale provvedimento fosse stato rilasciato sull'erroneo presupposto che l'opera abusiva fosse sanabile. Invece, alla luce di una corretta interpretazione della normativa di riferimento è evidente che anche le opere che insistano su aree sottoposte a vincolo relativo siano escluse da ogni possibilità di sanatoria. Ciò posto, il giudice penale dell'esecuzione disapplicava - in quanto

⁸⁹ Si vedano in tal senso i pareri prot. n. 17586/241.04.11 e prot. n. 3743/32.11.05 rilasciati dall'Ufficio Legislativo e Legale della Presidenza della Regione.

⁹⁰ Circolare n. 2/2014 del 31 gennaio 2014 del Servizio Affari Legali, contenzioso, ufficio consultivo e segreteria del Consiglio regionale urbanistica.

⁹¹ In tal senso cfr. Cass., sez. II, 26.04.2007, n. 24451; Cass., sez. III, 28.04.2011, n. 23429; Cass., sez. III, 10.5.2005, n. 33297; Cass., sez. III, 11.6.2008, n. 37273; Cass., sez. III, 26.10.2007, n. 45242.

illegittimo - il provvedimento di sanatoria e rigettava l'istanza di revoca dell'ordine di demolizione del manufatto abusivo ⁽⁹²⁾.

Il caso proposto appare anch'esso emblematico, infatti, alla luce di un medesimo combinato normativo, il giudice amministrativo ed il giudice ordinario, giungono a posizioni interpretative diametralmente opposte: l'uno ammette la sanabilità delle opere abusive realizzate in aree sottoposte a vincolo d'inedificabilità relativa, l'altro la esclude tassativamente. Un conflitto interpretativo che danneggia tanto la certezza del diritto, quanto l'effettività della tutela. Il cittadino, nel concreto, da un lato, ottiene la sanatoria del manufatto abusivo in base ad una data interpretazione della disciplina di riferimento, dall'altro, non può evitarne la demolizione, posto che il giudice competente a revocare l'ordine di demolizione, interpretando diversamente la medesima disposizione, ne rigetta l'istanza ⁽⁹³⁾.

Da questa disamina emerge come i contrasti di giurisprudenza fra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato, seppur rari, sono effettivamente rintracciabili. Contrasti, quest'ultimi, che non potendo essere risolti attraverso l'utilizzo del ricorso per motivi inerenti la giurisdizione, non inerendo la disciplina del riparto, non possono che rimanere irrisolti ⁽⁹⁴⁾. In assenza di idonei strumenti di coordinamento fra plessi, ed in presenza di un giudice della giurisdizione che non esorbiti dalle funzioni lui costituzionalmente attribuite, l'attuale assetto della funzione giurisdizionale non è adeguata al superamento dell'*impasse*. Tuttavia, in considerazione della persistenza

⁹² È opportuno specificare per una migliore comprensione della fattispecie in esame che in tema di reati edilizi, l'ordine di demolizione impartito dal giudice penale con la sentenza di condanna è suscettibile di revoca quando risulti incompatibile con successivi atti amministrativi che ne abbiano sanato l'abusività, fermo il dovere del giudice dell'esecuzione penale di verificare in via incidentale la legittimità del provvedimento amministrativo. Tale principio trova conforto sul rilievo che avendo l'ordine di demolizione o di rimessione in pristino natura di sanzione amministrativa, sarebbe contrario ai principi di buon andamento, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, persistere nell'esecuzione di una tale sanzione, laddove, essendo stata rimossa la sua contrarietà alla normativa vigente, venga meno l'esigenza demolitoria.

⁹³ Un tale scenario pare ulteriormente aggravato dalla circostanza che vede le singole amministrazioni locali - su specifica indicazione della stessa amministrazione regionale - aderire pedissequamente alle indicazioni fornite dalla giurisdizione amministrativa, al fine di evitare la soccombenza in caso di contenzioso, aumentando a dismisura le potenziali ipotesi oggetto di un tale conflitto interpretativo.

⁹⁴ Così ricostruito da A. BRIGUGLIO, *Appunti sulle sezioni unite civili*, in *riv. dir. proc.*, 1, 2015, 28.

In argomento, per ulteriori e diverse esemplificazioni si rinvia *supra*, ed in particolare, alla nota (18) [cap. III, par. 1.1.] in tema di attività vincolata e corrispondente esercizio del potere amministrativo; alla nota (20) [cap. III, par. 1.1.] in materia di pagamento degli oneri assistenziali; alla nota (35) [cap. III, par. 2] in merito all'ampiezza del sindacato sui provvedimenti emanati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato; alla nota (84) [cap. I, par. 7 p. 31] in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione.

della problematica in esame, rimane invariata l'urgenza di individuare nuovi e diversi meccanismi di coordinamento istituzionale fra giurisdizioni ⁽⁹⁵⁾.

5. Lo strumento del «concordato» come mezzo di raccordo fra plessi giurisdizionali

In mancanza di appositi canali di coordinamento, appare doveroso l'avvio di una collaborazione formale tra la Corte di Cassazione, Consiglio di Stato, e Corte dei Conti, capace di assicurare un importante «ritorno» in termini di certezza del diritto, stretta legalità ed effettività della tutela ⁽⁹⁶⁾.

Il ricorso a «contatti» informali fra plessi giurisdizionale - al fine di garantire un'interpretazione uniforme del diritto - è una prassi di composizione del conflitto già diffusa all'interno dell'ordinamento nazionale ⁽⁹⁷⁾. Infatti, risultano essere numerose le pronunce del Consiglio di Stato che spontaneamente finiscono per adeguarsi all'interpretazione giurisprudenziale accolta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, e viceversa ⁽⁹⁸⁾.

In aggiunta, è necessario rilevare l'esistenza di esempi di cooperazione dal carattere rinforzato, espressione di una scelta di stabile ed esplicita collaborazione fra plessi giurisdizionali, seppur ancora irrilevanti sotto il profilo della vincolatività

⁹⁵ In tal senso cfr. F. VOLPE [*I 'costi' del mantenimento del sistema dualistico*, in G.D. COMPORTI (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, cit., 225.

⁹⁶ In tema di modalità informali di coordinamento fra plessi giurisdizionali, si è espresso in chiave problematica M. MAZZAMUTO [*Il tramonto dottrinario del mito della giurisdizione unica alla luce dell'esperienza tra Orlando e Mortara*, cit.] laddove evidenzia che nella circostanza in cui un'istituzione (o un ordinamento) si caratterizzi per un difetto strutturale, quale l'anomala attribuzione delle funzioni di giudice della giurisdizione alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione - paradossale attribuzione per un ordinamento ormai informato al pluralismo giurisdizionale - non può essere colmato dall'intelligenza correttiva dei suoi componenti. Infatti, non basta la presenza di magistrati consapevoli dell'importanza delle giurisdizioni speciali e dell'inevitabili obblighi di coordinamento, affinché la Cassazione possa ben operare rispetto al passato, si tratta, infatti, di un accidente dal carattere soggettivo che difficilmente può assicurare un risultato che sia duraturo nel tempo e pertanto risolutivo del problema.

⁹⁷ Tale prassi trova largo riscontro anche in diversi ordinamenti europei come la Francia, la Germania e la Spagna [si veda *infra* cap. IV del presente lavoro].

⁹⁸ In via meramente esemplificativa si pensi al contrasto in materia di procedure espropriative che ha infine registrato il comune approdo di cui da un lato alle pronunce delle Sezioni Unite del 20.12.2006 n. 27190 e 27191 e del 02.07.2007 n. 14954; e dall'altro, alle decisioni dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2007 e n. 12 del 2007, in particolare, quest'ultima sul punto confermata dalla successiva Cassazione a Sezioni Unite n. 30254 del 23.12.2008. In ultimo, con tali decisioni si è convenuto circa la generale devoluzione delle controversie in materia espropriativa alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, escluse quelle questioni che attengono a meri comportamenti, avulsi da un esercizio anche mediato di pubbliche funzioni. Ed ancora si pensi al già richiamato contrasto interpretativo sorto circa la possibilità di procedere alla revoca degli atti di gara successivamente alla stipula del contratto d'appalto; che ha trovato definitivo epilogo con la pronuncia n. 14 del 2014 dell'Adunanza Plenaria che ha di sua sponte deciso di adeguarsi all'orientamento seguito dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 29425 del 2008 [si rinvia *supra* par. 4, p. 97 del presente capitolo].

giuridica. L'esempio storicamente più significativo è rappresentato dal menzionato «concordato giurisprudenziale» siglato tra i Presidenti delle due Magistrature Superiori - Santi Romano e Mariano D'Amelio - attraverso la pubblicazione dello scritto «I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato»⁽⁹⁹⁾, e successivamente ratificato dalle rispettive pronunce dell'Adunanza Plenaria e delle Sezioni Unite⁽¹⁰⁰⁾. Nel caso in esame, il crescente numero di contrasti giurisprudenziali circa l'individuazione degli opportuni criteri di riparto, in assenza di una disciplina univoca e di idonei meccanismi di raccordo, aveva imposto l'apertura di un dialogo fra ordini giurisdizionali, non rimando altro strumento se non quello dell'individuazione di un compreso fra le stesse giurisdizioni di vertice⁽¹⁰¹⁾.

Il favore per l'apertura di canali stabili di dialogo fra le giurisdizioni trova conferma anche in contingenze temporalmente più recenti.

Un primo dato, in tal senso, è rappresentato dall'avvenuta istituzione - su indicazione dei Presidenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato - di un'apposita commissione di studio per l'approfondimento delle problematiche di maggiore rilievo in tema di riparto di giurisdizione. La commissione, formata da componenti designati dal Primo Presidente della Corte di Cassazione e dal Presidente

⁹⁹ M. D'AMELIO, S. ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, 181 ss. In argomento, si veda cfr. M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, III, 1964, 226-227; e più recentemente R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano-D'Amelio*, in *dir. proc. amm.*, 2004, 18-25.

¹⁰⁰ Cons. Stato, ad. plen., 14 giugno 1930, n. 1, con nota di A. PATRONI GRIFFI, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 158-173; e da Cass., sez. un., 15 luglio 1930, in *Foro it.*, I, 1146.

¹⁰¹ In argomento, è di particolare interesse riportare il contributo di R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione*, in A. ROMANO [et al.], *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, 2004. In particolare, l'autore rileva che nella comune rappresentazione le due decisioni dell'Adunanza Plenaria (Cons. Stato, Ad. plen., 14 giugno 1930, n. 1; Cons. Stato, Ad. plen., 28 giugno 1930, n. 2), immediatamente confermate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 15 luglio 1930, n. 2680) costituiscono la prova del rispetto del «Concordato Romano - D'Amelio». Piuttosto, segnala come sia meno nota la vicenda successiva delle due - appena sopra citate - decisioni dell'Adunanza Plenaria, le quali vengono entrambe annullate l'anno successivo dalle stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione. L'intervento demolitorio della Corte di Cassazione non è volto a mettere in discussione quanto statuito all'interno del «Concordato» ed il meccanismo di raccordo faticosamente raggiunto, ma per precisare che quanto concordato non era stato rettammente applicato dalle due decisioni dell'Adunanza Plenaria. Infatti, la Plenaria - in applicazione del criterio del *petitum* e della *causa petendi* - aveva ritenuto la sussistenza della propria competenza in entrambe le decisioni, al contrario, le Sezioni Unite (Cass., sez. un., 25 novembre 1931; Cass., sez. un., 30 novembre del 1931) procedono all'annullamento di entrambe le pronunce, negando la competenza del giudice amministrativo, così come statuito dall'Adunanza Plenaria, ed affermando, invece, la giurisdizione del giudice ordinario. Ora, questa vicenda appare essere l'ulteriore conferma dell'esistenza di un insanabile cortocircuito di sistema: uno stesso caso finisce per essere deciso in modo difforme dal giudice ordinario e dal giudice amministrativo, seppur, dichiarando entrambi di dare applicazione al medesimo criterio di riparto, oggetto proprio dello stesso «concordato».

del Consiglio di Stato, alla luce del dibattito giurisprudenziale e scientifico apertosi a seguito dell'entrata in vigore della l. 205/2000, si è più volta riunita al fine identificare e delineare le tematiche di maggior complessità ai fini del riparto fra ordini giurisdizionali ⁽¹⁰²⁾.

Un altro esempio delle potenzialità proprie dello strumento dialogico può essere rintracciato nella sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 21260 del 2016 sulla possibilità per l'attore di impugnare in appello il capo della sentenza di primo grado, a lui sfavorevole nel merito, che abbia deciso sulla questione di giurisdizione ⁽¹⁰³⁾. La giurisprudenza amministrativa censurava l'appello sulla questione di giurisdizione come un comportamento *contra factum proprium*, sintomo di un abuso dello strumento processuale ⁽¹⁰⁴⁾. Proprio la configurabilità della controversa figura dell'abuso del processo era divenuta oggetto di un acceso contrasto giurisprudenziale tra il giudice amministrativo ed il giudice ordinario. Infatti, se il giudice amministrativo rigettava il ricorso d'appello per utilizzo abusivo dello strumento processuale, di contro,

¹⁰² In particolare, cfr. «*Relazione di sintesi dei lavori della commissione di studio istituita dai Presidenti della Corte di cassazione e del Consiglio di stato per l'approfondimento dei problemi di maggior rilievo in tema di riparto di giurisdizione*», pubblicata in *Foro it.*, 2004, I, 18.

¹⁰³ Cassazione civile, sez. un., 20 ottobre 2016, n. 21260, ampiamente commentata in dottrina, in particolare, con nota di M.M. CELLINI, *Ancora sulla rilevanza in appello del difetto di giurisdizione nel processo amministrativo*, in *dir. proc. amm.*, 4, 2018, 132; di C. CONSOLO, *Osservazione sistematica sulla n. 21260. Il "vecchio" rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiari e non tutti antichi) corollari: inter multos l'inammissibilità per carenza di legittimazione ad impugnare e la inanità dell'inerziale richiamo della figura dell'abuso del processo*, in *Corr. Giur.*, 2, 2017, 253; di G. RUFFINI, *Interesse a impugnare, soccombenza ed acquiescenza*, in *riv. dir. proc.*, 2017, 793; di C. ASPRELLA, *Abuso del processo, cumulo di diritti connessi e impugnazione di rito del soccombente di merito*, in *Corr. Giur.*, 2, 2017, 253; R. VILLATA, *Ancora in tema di inammissibilità dell'appello al Consiglio di Stato promosso dal ricorrente soccombente in primo grado*, in *riv. dir. proc.*, 4-5, 2017, 1093; ID., *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravvivranno ai «cavalieri dell'apocalisse»?», cit.*, 106 ss.; G.G. POLI, *Ancora limiti al difetto di giurisdizione: le Sezioni Unite dall'abuso del processo al difetto d'interesse ad appellare dell'attore soccombente nel merito*, in *Foro it.*, 2017, 1, 977; A. TRAVI, *Abuso del processo e questione di giurisdizione: una soluzione conclusiva?*, in *Foro it.*, 2017, 1, 983; A. AULETTA, *La Corte di cassazione afferma il principio di coerenza della difesa della parte: non si può contestare il potere del giudice dal quale si è già preteso (invano) di ottenere ragione*, in *Foro it.*, 1, 2017, 986; P.M., VIPIANA, *Venire contra factum proprium in tema di giurisdizione: il nodo della soccombenza*, in *Giur. it.*, 2017, 461.

¹⁰⁴ In particolare, cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656; sez. IV, 7 novembre 2015, n. 5484; sez. VI, 29 febbraio 2016, n. 856. Fra gli scritti più recenti sul tema si veda G. CORSO, *Abuso del processo amministrativo?*, in *dir. proc. amm.*, 2016, 8; A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in *dir. proc. amm.*, 1, 2016, 23; S. BACCARINI, *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, in *dir. proc. amm.*, 4, 2015, 1203; G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo*, Napoli, 2015; ID., *La translatio iudicii si "schiude", ma l'abuso "per omissione" di attività processuale paralizza la pretesa risarcitoria*, in *dir. proc. amm.*, 2015, 1416; ID., *Spigolature in tema di abuso del processo*, in *dir. proc. amm.*, 4, 2015, 1262; ID., *Abuso del processo nella forma del venire contra factum proprium in tema di giurisdizione. Note critiche*, in *dir. proc. amm.*, 2015, 685; G. VERDE, *Abuso del processo e giurisdizione*, in *dir. proc. amm.*, 3, 2015, 1138; N. PAOLANTONIO, *Linee evolutive della figura dell'abuso processuale in diritto amministrativo*, in www.giustamm.it.

le Sezioni Unite censuravano sistematicamente - ex art. 111, co. 8, Cost. - le sentenze del Consiglio di Stato per diniego di tutela ⁽¹⁰⁵⁾.

Le Sezioni Unite - con ordinanza del 29 febbraio 2016, n. 3916 - hanno formalmente richiesto al Centro Studi della Giustizia Amministrativa un parere di approfondimento «*sull'abuso del processo amministrativo*» che ricostruisse la posizione della giustizia amministrativa in termini dottrinali e giurisprudenziali. L'incessante susseguirsi di pronunce di contenuto diametralmente opposto ha trovato, quindi, definitivo epilogo alla luce del denso confronto intervenuto fra il Massimario della Corte di Cassazione ed il Centro Studi del Consiglio di Stato.

All'esito di un tale confronto, le Sezioni Unite con la pronuncia n. 21260 del 2016 rimeditano il proprio orientamento tradizionale e finiscono per allinearsi a quanto statuito dalla giurisprudenza amministrativa, confermando il rigetto della questione di giurisdizione. Deve però evidenziarsi che le Sezioni Unite seguano un percorso argomentativo assai diverso da quello accolto dal Consiglio di Stato, giustificato in base alla tesi del doppio oggetto del giudizio, piuttosto che dell'abuso del processo. In sostanza, la Corte di Cassazione non dà legittimazione alla controversa figura dell'abuso dello strumento processuale, ma attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 9 c.p.a. conclude in senso analogo a quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa.

La sentenza in esame non è quindi espressione di un mero raccordo istituzionale, ma di un vero e proprio compromesso interpretativo fra plessi giurisdizionali. Affermazione, quest'ultima, che trova conferma nell'immediato abbandono da parte della giurisprudenza amministrativa del richiamo all'abuso dello strumento processuale, accogliendo piuttosto le giustificazioni interpretative utilizzate dalla Sezioni Unite ⁽¹⁰⁶⁾.

Si rileva l'utilizzo di strumenti formali di raccordo anche in tema di «diniego o rifiuto di giurisdizione», relativamente ai rapporti intercorrenti tra il ricorso principale ed il ricorso incidentale c.d. «escludente».

¹⁰⁵ L'orientamento tradizionalmente accolto dalla Corte di Cassazione statuiva che il capo di sentenza relativo alla giurisdizione fosse sempre appellabile, da qualsiasi parte processuale, essendo sufficiente, ai fini della contestazione, l'aver impedito il passaggio in giudicato della statuizione sulla questione di giurisdizione. In tal senso cfr. Cass., sez. un., 29 marzo 2011, n. 7097; Cass., sez. un., 27 dicembre 2010, n. 26129; Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883.

¹⁰⁶ Quanto appena delineato trova conferma con l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 28 luglio 2017, n.4 che richiama espressamente il principio affermato dalle Sezioni Unite del 2016 secondo il quale l'appello può essere proposto solo dalla parte soccombente in quanto la soccombenza del potere di impugnativa rappresenta l'antecedente necessario.

In argomento, si segnala che le Sezioni Unite, chiamate a censurare un caso di diniego di giustizia, con l'ordinanza n. 6822 del 2017, tenuto conto della complessità della vicenda e alla luce delle pronunce rese dalla Corte di Giustizia, hanno rinviato la decisione del giudizio, per acquisire uno studio ricognitivo in materia. L'Ufficio Studi del Massimario è stato quindi incaricato di redigere un approfondimento in merito al sindacato della Corte di Cassazione ex art. 111, co. 8, Cost., con particolare riferimento al rifiuto o diniego di giurisdizione, ricostruendo i principali orientamenti giurisprudenziali e l'insieme dei contributi esistenti in dottrina ⁽¹⁰⁷⁾.

In parallelo, il medesimo tema è stato oggetto di specifici approfondimenti da parte dell'Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia Amministrativa, al fine di identificare gli orientamenti interpretativi avallati dal giudice amministrativo con riferimento alle ipotesi del "rifiuto di giurisdizione", connesse all'errata interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione europea ⁽¹⁰⁸⁾.

È evidente come entrambe le ricerche siano inquadrabili nell'ambito dell'istaurazione di un proficuo dialogo tra gli Uffici Studi della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, finalizzato all'individuazione di una soluzione interpretativa che assicuri che la futura pronuncia delle Sezioni Unite sia condivisa da entrambi i plessi giurisdizionali ⁽¹⁰⁹⁾.

In continuità con le esperienze di cooperazione già descritte, si vuole in ultimo segnalare l'avvio di ulteriori attività di studio ed approfondimento presso l'Ufficio Studi della Giustizia Amministrativa, svolte di comune intesa con l'Ufficio del massimario

¹⁰⁷ «È opportuno svolgere, sul tema della individuazione dei limiti esterni della giurisdizione e del sindacato di queste Sezioni Unite sulla violazione di essi da parte dei giudici speciali, con riferimento all'ipotesi del c.d. rifiuto o diniego di giurisdizione, un approfondimento che si avvalga della ricostruzione dei contributi della giurisprudenza e della dottrina a cura dell'Ufficio del Massimario presso questa Corte» così Cass., sez. un., n. 6822 del 2017.

¹⁰⁸ «In particolare, il lavoro dell'Ufficio Studi ha inteso ricostruire gli orientamenti espressi dal giudice amministrativo, il quale, specie in grado di appello, è frequentemente chiamato a decidere "questioni inerenti alla giurisdizione", anche con riferimento alle ipotesi particolari del "rifiuto di giurisdizione", connesse all'errata interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione europea. Il contributo, poi, si è esteso alla valutazione della portata del diritto europeo in relazione a tematiche limitrofe, come quella della stabilità del giudicato, a fronte del possibile contrasto con il diritto europeo, e quella riguardante il rapporto tra il ricorso principale e il ricorso incidentale». Il parere dell'Ufficio Studi della Giustizia Amministrativa è reperibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it, 2017.

¹⁰⁹ Con chiare finalità di confronto e composizione si segnala anche lo svolgimento di un incontro di studio, organizzato dalla Scuola superiore della magistratura - Struttura di formazione decentrata della Corte di cassazione, sul tema «Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni unite della Corte di cassazione». Una giornata di studi, che si è svolta presso la Corte di Cassazione il 21 settembre 2017, e presieduta da RORDORF, con interventi di GIUSTI, TRAVI, AURIEMMA, LAMORGESE, BOCCAGNA, PATRONI GRIFFI e conclusioni di CONSOLO [alcune di queste relazioni sono reperibili sul sito istituzionale www.cortedicassazione.it].

della Corte di Cassazione, al fine di individuare una soluzione condivisa fra Sezioni Unite ed Adunanza Plenaria relativamente all'applicabilità della *compensatio lucri cum damno* in ipotesi di concorso fra azione risarcitoria ed azione indennitaria ⁽¹¹⁰⁾.

Il contesto di riferimento è quello delle controversie, intentate dal personale in regime di diritto pubblico, per conseguire il ristoro del danno. In particolare, risultava controverso se le prestazioni indennitarie riconosciute dalla legge, potessero concorrere con il diritto al risarcimento del danno in relazione al medesimo pregiudizio, oppure se l'importo di tali indennità dovesse essere detratto a titolo di *compensatio lucri cum damno*.

In argomento si contrapponevano due diversi indirizzi interpretativi: un primo orientamento - maggioritario - che riteneva che potesse operare il cumulo tra indennizzo e risarcimento, evidenziando la diversità dei titoli fonti delle obbligazioni ⁽¹¹¹⁾. Un secondo orientamento - minoritario - che invece sosteneva l'operatività della *compensatio lucri cum damno*, trattandosi di una condotta unitaria. Secondo una tale ricostruzione, ammettendo il cumulo, piuttosto che la *compensatio* si finirebbe per assegnare una funzione sovra compensativa al risarcimento del danno ⁽¹¹²⁾.

In pochi mesi, prima il Consiglio di Stato, e poi la Corte di Cassazione avevano rimesso all'Adunanza Plenaria e alle Sezioni Unite il compito di decidere sulla detraibilità degli indennizzi percepiti dal *quantum* risarcitorio. La IV sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza del 6 giugno 2017, n. 2719, rimetteva la questione all'esame dell'Adunanza Plenaria, evidenziando l'esistenza di un contrasto interpretativo in seno alle stesse sezioni della Corte di Cassazione e della possibilità che un tale contrasto potesse svilupparsi anche all'interno della giurisprudenza del Consiglio di Stato.

¹¹⁰ Si fa specifico riferimento alla Relazione dell'Ufficio studi, massimario e formazione della G.A. sulla ricerca in tema di *compensatio lucri cum damno* affidata dal Presidente del Consiglio di Stato con lettera prot. n. 9967 del 13 luglio 2017 [reperibile in forma integrata ed aggiornata al 31 dicembre 2018 sul sito istituzionale www.giustizia-amministrativa.it]. Di tale sforzo collaborativo è fatta espressa menzione all'interno della relazione inaugurale dell'allora Presidente del Consiglio di Stato, Alessandro Pajno, tenutasi in occasione della cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 a Palazzo Spada, Roma, il 30 gennaio 2018 [A. PAJNO, *La giustizia amministrativa nel 2018*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2018, I, 9].

¹¹¹ Cass. civ., sez. III, sent. 25 agosto 2006 n. 18490; Cass. civ., sez. III, sent. 19 agosto 2003 n. 12124; Cass. civ., sez. III, sent. 31 maggio 2003 n. 8828; Cass. civ., sez. III, sent. 10 marzo 2014, n. 5504; Cass. civ., sez. III, sent. 5 settembre 2005 n. 17764; Cass. civ., sez. III, sent. 11 febbraio 2009, n. 3357; Cass. civ., sez. III, sent. 30 settembre 2014 n. 20548.

¹¹² Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 584; Cass. civ., sez. III, sent. 13 giugno 2014, n. 13537; Cass. civ., sez. VI, sent. 24 settembre 2014 n. 20111; Cass. civ., sez. III, sent. 20 gennaio 2014 n. 991; Cass. civ., sez. III, sent. 14 marzo 2013, n. 6573.

L'Adunanza Plenaria con la pronuncia n. 1 del 2018 ha affermato - nel rispetto della funzione compensativa e non punitiva della responsabilità - l'inammissibilità del cumulo a fronte dell'applicabilità della *compensatio lucri cum damno* ⁽¹¹³⁾. Tuttavia è di particolare interesse notare come nonostante l'ampio quesito di cui all'ordinanza di rimessione, l'Adunanza Plenaria si sia pronunciata soltanto sulla fattispecie oggetto del giudizio, lasciando al sindacato delle Sezioni Unite ogni più generale decisione circa la configurazione dell'istituto della *compensatio lucri cum damno* all'interno dell'ordinamento statale.

La questione ha trovato definitiva conclusione nelle pronunce a Sezioni Unite del 22 maggio 2018, n. 12564, n. 12565, n. 12566 e n. 12567 con espresso richiamo alla coeva sentenza dell'Adunanza Plenaria ⁽¹¹⁴⁾. Si tratta di un'ulteriore conferma della funzionalità di un dialogo fra plessi giurisdizionali per approdare ad un orientamento giurisprudenziale che possa risultare condiviso dalle supreme magistrature ⁽¹¹⁵⁾.

La recente apertura di questi diversi canali di dialogo fra le magistrature superiori pare trovare parziali ragioni nel *Memorandum* - articolato in nove punti -

¹¹³ Con nota di C. COMMANDATORE, *La compensatio lucri cum damno nel sistema delle responsabilità*, in *resp. civ. e prev.*, 4, 2018, 1260; A. PENTA, *L'Istituto della compensatio lucri cum damno: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *www.ridare.it*, 21, 2018; E. BELLISARO, *Divieto di cumulo fra equo indennizzo e risarcimento del danno*, in *Corr. Giur.*, 2018, 517; S. MONTI, *Il Consiglio di Stato e la c.d. compensatio lucri cum damno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 7-8, 2018, 1071; F. IELO, *Il rapporto tra indennizzo e risarcimento del danno*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2018, 4, 502; F. MANGANARO, *Compensatio lucri cum damno - nuovi orientamenti in materia di responsabilità civile nel dialogo tra le corti*, in *Giur. It.*, 2018, 6, 1488; M. FRANZONI, *La compensatio lucri cum damno secondo il consiglio di stato*, in *Danno e Resp.*, 2018, 2, 163. In senso contrario Cons. Stato, Ad. Plen., 8 ottobre 2009, n. 5; Cons. Stato, Ad. Plen., 16 luglio 1993, n. 9; Cons. Stato, Ad. Plen., 16 aprile 1985, n. 14.

¹¹⁴ *In Foro it.*, I, 2018, 1901, con note di R. PARDOLESI, P. SANTORO, *Sul nuovo corso della compensatio*, in *danno e resp.*, 2018, 4, 410; E. BELLISARIO, *Compensatio lucri cum damno: il responso delle sezioni unite*, *ivi*; S. MONTI, *La compensatio lucri cum damno e il "compromesso innovativo" delle Sezioni Unite*, *ivi*; F. PAROLA, *Le sezioni unite della corte di cassazione si pronunciano sul tema della compensatio lucri cum damno*, in *Contratti*, 2018, 4, 381; F.A. MAGNI, *Le sezioni unite confermano il divieto di cumulo di indennizzo assicurativo e risarcimento del danno*, in *Corr. Giur.*, 2018, 8-9, 1043; G. VILLA, *La tecnica della compensatio lucri cum damno e i limiti all'autonomia privata*, *ivi*; P. GALLO, *Compensatio lucri cum damno - la compensatio lucri cum damno ed i suoi confini*, in *Giur. It.*, 2018, 6, 1343; L. NIVARRA, *Le Sezioni Unite restituiscono un ordine auspicabilmente definitivo al discorso sulla compensatio lucri cum damno*, in *Resp. Civ. prev.*, 4, 2018, 1160; M. FRANZONI, *La compensatio lucri cum damno secondo la Cassazione*, *ivi*, 1092.

¹¹⁵ A conferma dell'attività di cooperazione che ha portato ad un coordinamento fra le pronunce dell'Ad. Plen. n. 1 del 2018 e delle Sezioni Unite del 22 maggio 2018, n. 12564, n. 12565, n. 12566 e n. 12567 è opportuno segnalare l'utilizzo di strumenti di dialogo diversi ed ulteriori rispetto all'apertura di appositi canali di dialogo fra i rispettivi Uffici Studi. In particolare si fa riferimento al Convegno organizzato dalla Scuola superiore per la Magistratura, presso la Suprema Corte di Cassazione, in data 31 gennaio 2018, in tema di *compensatio lucri cum damno*. A questa giornata di studio hanno preso parte in veste di relatori tanto giudici afferenti alla magistratura ordinaria, quanto giudici della magistratura amministrativa, ponendo i presupposti del coordinamento espresso dai successi approdi delle Sezioni Unite e dell'Adunanza Plenaria.

siglato il 15 maggio 2017 dalle tre corti di vertice del sistema giudiziario italiano su iniziativa dell'Associazione *Italiadecide - Associazione per la qualità delle politiche pubbliche*: un'azione inconsueta e significativa che ha certamente agevolato la riapertura del dibattito intorno al tema di un'unità funzionale della giurisdizione ⁽¹¹⁶⁾.

La stesura del *Memorandum* è frutto di un percorso - del tutto inedito all'interno dell'ordinamento italiano - articolatosi nell'arco di un quinquennio che ha portato gli organi di vertice delle giurisdizioni dell'ordinamento italiano, di concerto con il Consiglio Superiore della Magistratura e col supporto dell'Associazione *Italiadecide*, ad interrogarsi sui problemi inerenti il rapporto tra le varie giurisdizioni, sino ad elaborare, sulla scorta delle linee indicate da un gruppo di lavoro, un documento condiviso, sullo stato della funzione nomofilattica e sulle iniziative più appropriate ai fini di razionalizzare la crescente complessità ordinamentale.

Con la sottoscrizione del *Memorandum* il primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione, il Presidente del Consiglio di Stato, il Presidente della Corte dei Conti, il Procuratore Generale presso la Corte Suprema di Cassazione, il Procuratore Generale presso la Corte dei Conti, si sono vicendevolmente obbligati a rafforzare, attraverso il dialogo e la cooperazione fra corti, gli strumenti volti a favorire che ciascuna giurisdizione in sede di esercizio della propria funzione nomofilattica si pronunci tenendo conto della giurisprudenza e dell'esperienza maturata in altre giurisdizioni al fine di procedere ad una progressiva armonizzazione del diritto sia sul piano nazionale che sovranazionale.

La cooperazione fra corti non può rimanere legata al solo spirito collaborativo - evidentemente precario - dei vertici dei massimi organi giurisdizionali: è necessario che il dialogo venga istituzionalizzato, almeno, attraverso forme di raccordo fra l'Adunanza Plenaria, le Sezioni Riunite e le Sezioni Unite che possano contribuire ad individuare soluzioni, anche se a carattere non vincolante, uniformi nei settori di confine fra la

¹¹⁶ Il *Memorandum* è stato presentato e discusso il 18 dicembre 2017 a Roma alla Camera dei deputati, su iniziativa di *Italiadecide*, nell'ambito della Conferenza *La cooperazione tra le giurisdizioni superiori nell'interesse dei cittadini e della Giustizia*, aperta dalla relazione introduttiva di L. VIOLANTE [reperibile su www.italiadecide] che ha rilevato come «[...] va discusso come espressione e testimonianza di piena consapevolezza dei processi di trasformazione e della necessità di adeguare alla realtà del diritto contemporaneo anche l'autoorganizzazione della funzione giurisdizionale. E' stato individuato il massimo e più urgente tema comune alle tre giurisdizioni superiori nell'esigenza di migliorare l'esercizio della funzione nomofilattica cercando di garantire la coerenza, la prevedibilità e la qualità delle decisioni». Gli atti dei lavori sono ora pubblicati integralmente nel volume, *La nomofilachia nelle tre giurisdizioni. Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei Conti*, a cura di *Italiadecide*, Bologna, 2019.

giurisdizione ordinaria, amministrativa e contabile, nelle materie affidate in via esclusiva al giudice amministrativo, negli ambiti della competenza o dell'interesse dell'Unione.

Il *Memorandum* si impegna in tal senso, individuando fra gli obiettivi da raggiungere quello della stabilizzazione della collaborazione tra Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione e Uffici Studi della Giustizia Amministrativa e della Corte dei Conti, al fine di valorizzare e stabilizzare i metodi di cooperazione nelle attività di formazione, di svolgimento di istruttorie o lavori preparatori comuni sui temi di comune interesse, di scambio sistematico di conoscenze sulla giurisprudenza più significativa ⁽¹¹⁷⁾.

La parte del *Memorandum* che ha però suscitato maggior scalpore è quella che prende impegno per la promozione di norme - in vista di una futura introduzione - che consentano, a Costituzione invariata, l'integrazione degli organi collegiali di vertice dotati di funzioni nomofilattiche con magistrati di altre giurisdizioni, quando si tratti di questioni di alto e comune rilievo nomofilattico, ivi comprese quelle attinenti alla giurisdizione ⁽¹¹⁸⁾.

L'introduzione di meccanismi istituzionalizzati volti a fronteggiare l'emersione di contrasti fra le giurisdizioni è una proposta che nella dottrina italiana continua ad annoverare molteplici sostenitori, ma non mancano fra i più critici le voci dissenzienti ⁽¹¹⁹⁾. In dottrina molti hanno avallato positivamente il progetto di un dialogo

¹¹⁷ In tal senso si veda M.A. SANDULLI, intervento alla Tavola Rotonda su *Attualità e prospettive del riparto di giurisdizione*, nell'ambito dell'incontro di studi organizzato dalla SSM in collaborazione con l'Ufficio Studi e Massimario e formazione della giustizia amministrativa su *Riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: i settori controversi e l'esigenza di speditezza del giudizio civile*, svoltosi al TAR del Lazio il 16 e 17 marzo 2017.

¹¹⁸ Eventualità già in precedenza auspicata da L. MARUOTTI [*Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, cit.] in particolare laddove afferma «*In attesa di una riforma costituzionale, auspicherei che una legge ordinaria integri le Sezioni Unite con due componenti del Consiglio di Stato quando si tratti di questioni di giurisdizione riguardanti tale Istituto: in tal modo, si avrebbe una circolazione di idee e una collaborazione istituzionale che gioverebbero alla certezza del diritto, alla ragionevole durata dei processi, alla effettività della tutela*».

¹¹⁹ Tra i favorevoli si segnalano G. SILVESTRI, *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori - la funzione unificante della cultura della giurisdizione ed il ruolo della formazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2017, 679; M. LUCIANI, *Le istituzioni e la certezza del diritto*, in www.italiadecide.it; S. CASSESE, *I giudici non siano torri d'avorio. Il diritto ha bisogno di armonia*, in *Corriere della sera*, 19 luglio 2017; G. CANZIO, *Le buone ragioni di un Memorandum*, col. 66; G. AMOROSO, *Le sezioni unite civili della Corte di cassazione a composizione allargata: considerazioni a margine del Memorandum sulle tre giurisdizioni*, col. 90; F. PATRONI GRIFFI, *Per un «dialogo tra le corti» al servizio del cittadino e non di giudici e giuristi*, col. 96; M. LUCIANI, *Il Memorandum delle giurisdizioni superiori e la discussione (mancata) sulla certezza del diritto*, col. 100; S. CASSESE, L. TORCHIA, *La Costituzione dei diritti e la Costituzione delle prerogative*, col. 104; A. COSENTINO, *Brevi considerazioni a proposito del Memorandum sulle giurisdizioni*, col. 117;

comune e condiviso, ma hanno mostrato perplessità circa la proposta di integrazione - con membri appartenenti ad altre giurisdizioni - degli organi collegiali di vertice, non dissimile la posizione assunta dal Consiglio Superiore della Magistratura ⁽¹²⁰⁾ e dall'Associazione Nazionale Magistrati ⁽¹²¹⁾.

Al di là della condivisione o opportunità dei rimedi proposti, deve rilevarsi come alla luce della sigla del suddetto *Memorandum*, si siano moltiplicate le ipotesi di cooperazione congiunta fra le diverse giurisdizioni, con esiti spesso e volentieri risolutivi circa le problematiche di coordinamento fra plessi giurisdizionali. Questi sforzi di armonizzazione per continuare ad avere un impatto effettivamente positivo,

A. PAJNO, *Un Memorandum virtuoso*, col. 122; G. D'AURIA, *Memorandum sulle giurisdizioni e Corte dei conti*, col. 125; Tra i critici si segnalano A. PROTO PISANI, *Chiosa ad una recente «conferenza» tenutasi a Roma il 18 dicembre 2017, presso il parlamento, in tema di giustizia con la partecipazione di autorevolissime personalità*, col. 69; A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *La strana idea di consentire ai giudici amministrativi di comporre i collegi delle sezioni unite*, col. 62; A. CARRATTA, G. COSTANTINO, G. RUFFINI, *Per la salvaguardia delle prerogative costituzionali della Corte di cassazione*, col. 71; A. LAMORGESE, *Note in margine al Memorandum sulle giurisdizioni*, col. 80; E. SCODITTI, *Il mutamento costituzionale materiale su diritti soggettivi e giudice amministrativo e il sindacato della Corte di cassazione*, col. 84; A. TRAVI, *Rapporti fra le giurisdizioni e interpretazione della Costituzione: osservazioni sul Memorandum dei presidenti delle tre giurisdizioni superiori*, col. 109; C.M. BARONE, R. PARDOLESI, *Qualche minimale considerazione conclusiva*, col. 133; C. CONSOLO, *La base partecipativa e l'aspirazione alla nomofilachia*, col. 111. I richiamati interventi sono tutti raccolti dal *Foro italiano* che ha accolto questa ideale tavola rotonda in argomento, rispettando il modo - una sequenza temporale di interventi - in cui essa si è manifestata, in particolare, *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro It.*, 2, V, 2018. Si veda anche in senso critico R. RUSSO, *Un memorandum immemore della Costituzione?*, in *www.judicium.it*; C. CONSOLO, *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori - il "Memorandum" del 15 maggio 2017: ragionevole sogno o vere linee effettive?*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2017, 679.

¹²⁰ Il CSM ha avallato positivamente la proposta di creazione di strumenti di raccordo permanente - formati da rappresentanti delle diverse giurisdizioni - con la precipua finalità di creare un sistema unico di trasmissione di precedenti e di contributi scientifici. Per converso, ha ritenuto assolutamente preclusa, la strada, indicata al punto 4 del Memorandum, volta all'integrazione dei collegi delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con magistrati di altre giurisdizioni, ove si tratti di risolvere questioni attinenti alla giurisdizione. Infatti, quest'ultime, sono questioni che per definizione sono affidate in via esclusiva alla funzione regolatrice della Corte di Cassazione. È necessario evidenziare che la frizione in riferimento a quest'ultimo punto è stata tale da far apparire opportuno la richiesta di un'apposita valutazione in materia da parte della Sesta Commissione referente della Camera dei Deputati (competente in tema di ordinamento giudiziario e di rapporti istituzionali nazionali e internazionali), anche al fine di assumere le eventuali conseguenti iniziative di confronto con gli altri protagonisti istituzionali coinvolti nell'iniziativa in esame [Così in «*Risoluzione sui temi oggetto del Memorandum delle tre giurisdizioni superiori*» del 24 gennaio 2018, reperibile su *www.csm.it*].

¹²¹ Il 27 giugno 2017 l'Assemblea della Sezione Cassazione dell'ANM ha manifestato «una netta e pressoché unanime presa di distanza, evidenziando le gravissime ragioni (in primis di evidente incompatibilità col dettato costituzionale; ma anche in riferimento all'esistenza di un diverso statuto delle categorie interessate, quanto al reclutamento, al percorso professionale, al regime disciplinare ed a quello delle incompatibilità nonché delle attività extragiudiziarie) che impediscono di attuare, a costituzione invariata, la confluenza di magistrati delle magistrature amministrativa e contabile nell'ambito delle Sezioni Unite, ed evidenziando i seri pericoli per l'assetto istituzionale insiti nella proposta, pur sottoscritta dai vertici delle tre giurisdizioni» [il documento integrale è reperibile su sito istituzionale *www.associazionemagistrati.it*].

non possono avere carattere episodico, ma devono essere incrementati anche mediante la creazione di strumenti di raccordo permanente, che mettano in luce le zone grigie di maggiore conflittualità ⁽¹²²⁾.

6. *La proposta legislativa: l'istituzione di un Tribunale dei conflitti presso le Sezioni Unite della Corte di Cassazione.*

Nelle more della sigla del «*Memorandum fra giurisdizioni*» è stata presentata il 22 maggio 2018 alla Camera dei deputati la proposta di legge n. 649 ⁽¹²³⁾, che mira al conferimento al Governo di una delega per l'emanazione di uno o più decreti delegati per l'istituzione di un «Tribunale superiore dei conflitti» presso la Corte di Cassazione. Allo stato, la proposta risulta all'esame della Commissione Giustizia in sede referente, davanti alla quale si è anche concluso un primo giro di consultazioni conoscitive e di esperti, tra cui il Primo Presidente ed il Procuratore generale della Corte di Cassazione, i Presidenti del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, i rappresentanti dell'Associazione italiana professori di diritto amministrativo.

La proposta legislativa si pone in evidente continuità con i contenuti del *Memorandum*, ma restringendone la portata applicativa. Infatti, quest'ultimo prefigurava l'assegnazione ad un collegio a composizione integrata, della generalità di questioni di comune rilievo sul piano nomofilattico, ivi comprese le questioni di giurisdizione; diversamente, la suddetta proposta ne limita l'attuazione alle sole questioni di giurisdizione, richiamando espressamente il modello del *Tribunal des conflits* francese ⁽¹²⁴⁾.

¹²² In tal senso G. SEVERINI, *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrativa in Italia*, in *federlismi.it*, 2017; In argomento non sono mancati anche rilievi critici come quello mosso da A. TRAVI [Considerazioni sulla proposta di legge per l'istituzione del Tribunale dei conflitti, in *Questione giustizia*, 2, 2019] il particolare laddove afferma che cercare di agevolare la formazione di indirizzi giurisprudenziali unitari attraverso strumenti, come la richiesta reciproca di “pareri” su questioni di interesse comune non risolve i problemi, ma ne crea invece di nuovi. Infatti, secondo il pensiero dell'autore il parere dell'altro organo giurisdizionale finirebbe col preconstituire la decisione della vertenza e si tratterebbe di una decisione maturata, nella sostanza, in una sede diversa rispetto a quella espressamente individuata per legge; con una netta e conseguente violazione dei principi di legalità e del giusto processo.

¹²³ Camera dei Deputati - XVIII Legislatura - proposta di Legge d'iniziativa dei Deputati Bartolozzi, Marrocco, Cannizzaro, D'ettore, Mugnai, Carrara, Pella, Cattaneo, Benigni, Sorte, Rossello, Cannatelli, Anna Lisa Baroni, Musella, Aprea, Fiorini, Maria, Tripodi, Siracusano, Bignami, Fascina, Pedrazzini. Delega al Governo per l'istituzione del Tribunale superiore dei conflitti presso la Corte di cassazione, presentata il 22 maggio 2018 [integralmente reperibile su www.documenti.camera.it].

¹²⁴ «Già L. MORTARA [Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione, in *Mon. Trib.*, 1899] qualche anno dopo l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, ebbe ad evidenziare che, se si giustificava nel sistema della giurisdizione unica, quella scelta risultava non più idonea con la

La proposta legislativa, partendo dall'assunto che l'attribuzione delle questioni di giurisdizione all'esclusiva cognizione delle Sezioni Unite ha determinato molteplici profili di contrasto, suggerisce l'istituzione presso la Corte di Cassazione di una sezione, a composizione mista, per la risoluzione delle questioni giurisdizionali, in sede sia preventiva sia di trattazione ordinaria, nel solco dell'esperienza francese.

La suddetta sezione dovrebbe essere composta da un numero complessivo di dodici membri, di cui sei magistrati della Corte di Cassazione, tre del Consiglio di Stato e tre della Corte dei Conti, con funzioni esercitate in via esclusiva, ed una rotazione annuale della presidenza fra gli ordini. Per ciò che concerne l'individuazione dei membri componenti, al fine di non determinare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, si prevede che l'assegnazione avvenga da parte dei rispettivi organi di autogoverno, nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente. I sei magistrati di cassazione sarebbero, quindi, nominati dal Consiglio Superiore della Magistratura; i tre membri del Consiglio di Stato dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa; i tre membri della giustizia contabile dal Consiglio di Presidenza della Corte dei Conti. Infine, a supporto

*ripresa del dualismo giurisdizionale, suggerendo la previsione di un apposito tribunale dei conflitti a composizione mista, secondo il modello francese» in M. MAZZAMUTO, *Motivi inerenti alla giurisdizione - il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni (nota a sentenza)*, in *Giur. It.*, 3, 2018, 704; M. MAZZAMUTO [*Il tramonto dottrinario del mito della giurisdizione unica alla luce dell'esperienza tra Orlando e Mortara*, cit.] in un suo diverso scritto richiama anche il pensiero dell'allora Presidente del Consiglio di Stato, G. SAREDO [*Sui limiti rispettivi delle attribuzioni dell'autorità giudiziaria e dell'autorità amministrativa*, in *Legge*, 1897, II, 642] che, dopo avere deplorato la giurisprudenza delle Sezioni Unite, avallava la proposta del Governo di addivenire alla istituzione di un "tribunale dei conflitti". In tal senso, negli anni immediatamente successivi pure S. ROMANO, F. CAMMEO ed O. RANELLETTI, come ricorda E. FOLLIERI, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*, 2014, cui si rinvia per le puntuali citazioni. Più recentemente F. LONGO, *Proposte per una riforma del supremo organo giurisdizionale regolatore del riparto di giurisdizione e delle questioni di attribuzione giurisdizionale*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma 1981, 1315 ss.; G. ROEHRSEN, *Considerazioni sul conflitto di attribuzioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 1211 ss.; P. DE LISE, *Unità d'Italia e 180 anni di storia del Consiglio di Stato*, dattiloscritto relazionale del Convegno «*Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di unità d'Italia*», Napoli, 6 dicembre 2011; A. CALDARERA, *Sul ricorso per Cassazione nel processo amministrativo*, cit., 910; R. VACCARELLA, *I confini della giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo)*, cit.; L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, cit.; G. TROPEA, *Tra unità e specialità. Vincitori e vinti di un'eredità tuttora contesa*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente. 70 anni dell'Assemblea Costituente e della Costituzione*, Napoli, 2018, 247. *Contra* in merito al modello del *Tribunal des conflits* francese "Quel modello, tuttavia, chiaramente non risulta né compatibile con le nostre scelte costituzionali, incise da idealità e soprattutto storie affatto diverse, né suscettibile di venir additato come modello di seppur faticosa e lunga attrazione per una complessiva (lontana) riforma, tutt'altro che irresistibile in quei termini per una pluralità di radicate ragioni" così C. CONSOLO, *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori - il "memorandum" del 15 maggio 2017: ragionevole sogno o vere linee effettive?*, cit., 679; si rinvia ulteriormente *infra* cap. V, par. 3, nt. (13).*

dell'attività del nuovo organo supremo è prevista l'istituzione presso la Corte di Cassazione della segreteria del Tribunale superiore dei conflitti.

La proposta - come emerge dalle audizioni svolte dalla Commissione Giustizia ⁽¹²⁵⁾ - ha registrato un ampio favore da parte della giurisdizione amministrativa e contabile, invece, appaiono di netta chiusura le posizioni assunte dalla magistratura ordinaria associata ⁽¹²⁶⁾ e dallo stesso Consiglio Superiore della Magistratura ⁽¹²⁷⁾.

I maggiori esponenti delle magistrature speciali enfatizzano una preferenza per un'integrazione della composizione delle Sezioni Unite piuttosto che l'istituzione di una sezione specializzata presso la Corte di Cassazione. Inoltre, è più volte auspicata una reciprocità che renda possibile un'integrazione dell'Adunanza Plenaria con componenti della Corte di Cassazione per la trattazione di quelle controversie definibili come questioni di confine ⁽¹²⁸⁾.

I più critici evidenziano come una proposta di riforma così congegnata richieda un inevitabile intervento di modifica del dettato costituzionale; viene poi avanzata una presunta carenza di indipendenza dei membri del Consiglio di Stato, dovuta alla parziale nomina governativa e alla copertura di uffici estranei alla funzione giurisdizionale; ed infine una generica analisi delle ragioni giustificative a supporto della proposta di legge

¹²⁵ Si segnalano, in particolare, le audizioni dell'Associazione Italiana Professori di diritto amministrativo [G. DELLA CANANEA, A. POLICE]; del Presidente del Consiglio di Stato [F. PATRONI GRIFFI]; dell'Associazione magistrati amministrativi [H. SIMONETTI]; del Presidente e Procuratore generale della Corte dei Conti [A. BUSCEMA, A. AVOLI]; del Presidente e del Procuratore generale della Corte di Cassazione [G. MAMMONE, R. FUZIO] tutte integralmente reperibili sul sito istituzionale della Camera dei deputati www.camera.it.

¹²⁶ Come emerso anche nel corso di un recente convegno «*Il tribunale dei conflitti*» organizzato il 16 aprile 2019 da Magistratura democratica, al quale hanno partecipato i vertici della magistratura associata. In tal senso, anche S. DI PALMA, *Un tribunale illegittimo e non necessario*, 4, 2018, in www.giudicedonna.it; A. COSENTINO, *Note critiche sull'ipotizzato "Tribunale Superiore dei Conflitti"*, in www.giustiziansieme.it, 2019; F. DE STEFANO, *I discutibili presupposti del Tribunale dei conflitti*, in *Questione giustizia*, 2, 2019; M. DI MARZIO, *I tacchini, il pranzo di natale e il Tribunale dei conflitti*, in www.ilprocessocivile.it, 2019.

¹²⁷ Si veda in particolare il parere contrario sulla proposta di legge in esame reso dal Consiglio Superiore della Magistratura (approvato in Plenum con le astensioni dei laici Stefano Cavanna e Fulvio Gigliotti), con delibera del 15 maggio 2019. Il CSM ha valutato che la proposta di legge presenti delle criticità sia dal punto di vista ordinamentale, che processuale difficilmente superabili. È da considerarsi comunque di carattere generalmente assorbente l'osservazione per cui un tale intervento non pare attuabile in assenza di una preventiva modifica del vigente assetto costituzionale [la delibera è integralmente reperibile sul sito istituzionale www.csm.it].

¹²⁸ In tal senso, si fa espresso riferimento all'audizione del 5 febbraio 2019 presso la Camera dei deputati del Presidente del Consiglio di Stato [F. PATRONI GRIFFI] reperibile sul sito istituzionale della Camera dei deputati www.camera.it.

che non appaiono sufficienti a legittimare l'introduzione di un organo speciale per la risoluzione dei conflitti di giurisdizione ⁽¹²⁹⁾.

Il dibattito in tema sarà certamente lungo e complesso, ed al di là delle riflessioni circa la fattibilità o la legittimità di una tale proposta, si tratta certamente della testimonianza dell'affermarsi di un nuovo dinamismo a fronte di un lungo torpore istituzionale.

¹²⁹ G. COSTANTINO, *Note sul ruolo della Corte regolatrice*, in *Questione Giustizia*, 2, 2019; A. TRAVI, *Considerazioni sulla proposta di legge per l'istituzione del Tribunale dei conflitti*, cit..

CAPITOLO QUARTO

ANALISI COMPARATA

SOMMARIO: 1. Brevi premesse di ordine generale - 2. L'ordinamento francese: brevi cenni introduttivi in tema di riparto fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa - 2.1. *Le Tribunal des conflits* - 2.2. L'auspicata riforma istituzionale del *Tribunal des conflits* - 2.3. Prime riflessioni alla luce dell'esperienza francese - 3. L'ordinamento tedesco: un modello a struttura multi-giurisdizionale - 3.1. La disciplina tedesca in materia di conflitti fra ordini giurisdizionali - 3.2. Il *Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshofe des Bundes* - 3.3. Ulteriori brevi riflessioni in prospettiva comparata - 4. Il sistema giuridico spagnolo: un ordinamento ad impianto monista - 4.1 *Los acuerdos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo* - 4.2. Il percorso evolutivo nell'utilizzo dei *plenos no jurisdiccionales* - 4.3. Brevi riflessioni di sintesi - 5. Ultime conclusive annotazioni in chiave comparata.

1. Brevi premesse di ordine generale

La recente proposta di legge - attualmente all'attenzione della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati - avente ad oggetto il conferimento di «*Delega al Governo per l'istituzione del Tribunale superiore dei conflitti presso la Corte di Cassazione*» impone di procedere con una riflessione in chiave comparata.

A tal proposito, è bene evidenziare che la scienza comparatistica si dimostra essere uno strumento indispensabile per il legislatore nazionale che si prefiguri di modificare - nell'intento di perfezionarle - le istituzioni esistenti all'interno del proprio ordinamento. L'analisi comparata permette di individuare i meccanismi con cui un medesimo problema viene risolto nei differenti sistemi giuridici, fornendo così utili spunti in vista di un futuro intervento legislativo. A tal fine però, non è sufficiente accertarsi che la soluzione di matrice straniera abbia dato buoni risultati nell'ordinamento di origine, ma, soprattutto, che possa essere trasposta all'interno di un diverso ordinamento nazionale, in considerazione delle possibili diversità inerenti l'organizzazione dei sistemi giudiziari ovvero il sostrato economico, culturale e sociale di riferimento. Si impone, quindi, nel valutare le risultanze frutto della comparazione, l'utilizzo della necessaria cautela, che tenga concretamente conto delle inevitabili variazioni di sistema ⁽¹⁾.

Preliminarmente, è opportuno premettere che la generalità degli ordinamenti giuridici europei, tanto quelli che hanno optato per la giurisdizione unica, quanto quelli che hanno prediletto un sistema basato su un dualismo della giurisdizione, hanno

¹ K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, Milano, I, 1998, 18.

conosciuto e conoscono una pluralità interna - di origine istituzionale o fattuale - in tema di giurisdizione ⁽²⁾.

In alcuni Stati si riscontra un'adesione pressoché completa al dualismo giurisdizionale (Francia, Italia, Grecia, Belgio, Lussemburgo e Olanda, nonché Germania, Austria, Portogallo, Svezia, Finlandia, Polonia, Repubblica Ceca e Lituania); in altri Paesi (Spagna, Estonia, Ungheria, Lettonia e Slovacchia), invece, l'organizzazione giudiziaria è unitaria, ma con formazioni specializzate, e dotate di un proprio organo di vertice, per le materie amministrative ⁽³⁾.

Pertanto, nello spazio giuridico europeo, si registra non tanto la tradizionale contrapposizione tra monismo e dualismo, quanto piuttosto un complessivo fenomeno di "specializzazione", tramite l'istituzione di vere e proprie corti amministrative o per mezzo di apposite sezioni qualificate interne alla stessa giurisdizione ordinaria ⁽⁴⁾.

Negli ordinamenti che, come quello italiano, hanno optato per l'istituzione di una giurisdizione amministrativa, è possibile osservare la presenza di appositi strumenti finalizzati alla composizione dei conflitti fra i diversi ordini giurisdizionali, e di specifiche discipline volte a identificare i confini del riparto. Qualora queste previsioni non siano sufficienti, sono stati istituiti appositi organi sovraordinati - espressione del potere giudiziario - cui affidare la risoluzione dei conflitti o delle sovrapposizioni intercorrenti fra le diverse giurisdizioni, in modo da assicurare l'uniformità della giurisprudenza all'interno dell'ordinamento nazionale ⁽⁵⁾.

² Si veda in tal senso M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit.; M.P. CHITI, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2000, 312; S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2013, 52.

³ Fra i Paesi europei solo cinque hanno un sistema giudiziario unitario, non prevedendo, in linea di principio, una giurisdizione amministrativa specializzata (il Regno Unito, l'Irlanda, la Danimarca, Malta e Cipro), espressione della tradizione giuridica di common law. Tuttavia, negli ultimi anni, anche in questi paesi si è registrata la tendenza all'introduzione di sezioni altamente specializzate per materia. Si veda, ad esempio, la recente introduzione all'interno del Regno Unito dei c.d. *Administrative Tribunals*. Al di fuori dell'Unione europea, il dualismo - ora in forma assoluta, ora in forma relativa - è pure diffuso, come in Ucraina o Turchia; sezioni specializzate dei giudici ordinari sono istituite in Cina (anche a livello della Corte suprema), Marocco, Svizzera, Venezuela, Indonesia, Madagascar, in certa misura negli Stati Uniti ed in Australia; un Consiglio di Stato a funzioni miste, cioè consultive e giurisdizionali, si trova anche in Turchia, Senegal, Colombia, Thailandia, Egitto, e nella maggior parte dei Paesi dell'Africa francofona. Così in F. DE STEFANO, *I discutibili presupposti del Tribunale dei Conflitti*, in *Questione Giustizia*, 2, 2019.

⁴ In argomento si veda E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, 2010.

⁵ In Grecia è istituita ai sensi dell'art. 100 della Costituzione greca la Corte suprema Speciale (Ανώτατο Ειδικό Δικαστήριο) competente, fra le altre, per la soluzione di conflitti tra i tre organi giurisdizionali greci. La Corte è composta dal presidente del Consiglio di Stato, dal presidente della Corte di Cassazione, dal presidente della Corte dei conti, da quattro consiglieri del Consiglio di Stato e da quattro consiglieri

Esaurite queste premesse, si procederà, in un primo momento, ad un'analisi in prospettiva comparata dell'esperienza giuridica di Francia e Germania, la cui scelta è giustificata dalla larga influenza che le due culture hanno avuto sull'ordinamento italiano, e dal fatto che entrambi questi ordinamenti hanno predisposto delle riforme istituzionali in materia. In un secondo momento, in via alternativa o aggiuntiva all'istituzione di un apposito organo sul modello francese o tedesco, è opportuno guardare all'ordinamento giuridico spagnolo e nello specifico all'istituto dei c.d. *plenos no jurisdiccionales*, disciplinati dall'art. 264 della LOPJ, che sono utilizzati come strumento di dialogo e coordinamento internamente alle diverse *Salas del Tribunal Supremo*.

In sintesi, si crede che lo studio di un tale fenomeno in chiave comparata possa agevolare una ricostruzione più consapevole, fornendo spunti di riflessione utili per ottimizzare l'analisi sistematica ed individuare strumenti risolutivi delle problematiche in esame.

2. L'ordinamento francese: brevi cenni introduttivi in tema di riparto fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa

In via preliminare è necessario rilevare come l'ordinamento francese sia storicamente dotato di un assetto istituzionale a struttura dualista. La giurisdizione amministrativa è poi a sua volta ripartita in due sottocategorie: la «*jurisdiction à compétence générale*»⁽⁶⁾ atta a decidere sulla generalità delle controversie, e le «*juridictions spécialisées*»⁽⁷⁾ con competenze limitate a specifici ambiti applicativi. I due plessi giurisdizionali risultano essere assolutamente indipendenti - sia strutturalmente, che funzionalmente - costituendo due ordini non comunicanti, di pari

della Corte di Cassazione (la cui nomina avviene per estrazione ogni due anni). In Portogallo i conflitti tra ordini giurisdizionali sono risolti da un *Tribunal de Conflitos*, composto da tre membri del *Supremo Tribunal Administrativo* e tre membri del *Supremo Tribunal de Justiça*. Il Presidente del *Tribunal de Conflitos* è il Presidente del *Supremo Tribunal Administrativo*, il cui voto è dirimente nel caso di parità.

⁶ La giurisdizione amministrativa generale, detta anche *de droit commune*, è strutturata in quarantadue *Tribunaux administratifs*, in otto *Cours administratives d'appel* e nel *Conseil d'État*.

⁷ Le giurisdizioni amministrative speciali rappresentano nel sistema francese una vera e propria «nebulosa», formata da decine di organismi, con composizione, regole di funzionamento e competenze diversissime tra loro. Ne fanno parte istanze giurisdizionali di antica tradizione, come la *Cour des Comptes*, ed altre più recenti, come la *Cour nationale du droit d'asile*; le giurisdizioni finanziarie; le giurisdizioni sociali titolari del contenzioso riguardante l'assistenza sociale e sanitaria, le pensioni, le pensioni militari d'invalidità, il trattamento dei lavoratori portatori di handicap; le giurisdizioni disciplinari relative a taluni ordini professionali e ad alcuni servizi pubblici di grande rilevanza sociale, come quelli in materia d'istruzione.

rango, nell'architettura costituzionale francese ⁽⁸⁾. Il *Conseil d'État*, così come la *Court de Cassation* ⁽⁹⁾ in riferimento alla giurisdizione ordinaria, esercita, in quanto organo supremo della giustizia amministrativa, funzioni nomofilattiche, sia rispetto alla giurisdizione generale, sia alle giurisdizioni speciali, assicurando l'unità del diritto all'interno dell'ordine amministrativo ⁽¹⁰⁾.

In Francia, il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario non si fonda sulla natura della posizione giuridica controversa - interesse legittimo o diritto soggettivo - bensì sulla qualità dei soggetti coinvolti ⁽¹¹⁾. Se uno di

⁸ L'autonomia della giurisdizione amministrativa trova le sue origini nell'*ancien régime*, all'epoca in cui il Re tentava di affermare la propria autorità nei confronti del potere giudiziario dei parlamenti provinciali. Con la Rivoluzione francese fu sviluppato un particolare approccio al principio di separazione dei poteri, in particolare, esaltando l'indipendenza del potere esecutivo dal giudiziario (legge 16-24 agosto 1790) con un esplicito divieto ai tribunali di conoscere degli atti di amministrazione. La conseguenza fu però che il ministro diveniva anche giudice dei propri atti: ed allora, per sopperire a tale vistosa pecca di parzialità, la Costituzione 1799 istituì il Consiglio di Stato, con le funzioni di preparare i testi degli atti di governo e pareri per la soluzione delle controversie in materia amministrativa affidate al Capo dello Stato; solo con legge 24 maggio 1872 il Consiglio di Stato divenne un autentico organo giurisdizionale.

⁹ Le funzioni di nomofilachia all'interno della giurisdizione ordinaria vengono ripartite tra *l'Assemblée Plénière* (prima *Chambres réunies*), la *Chambre Mixte*, e la *Cour de Cassation* in "formation" straordinaria. In particolare, in quest'ultimo caso, la *Cour de Cassation* viene adita tramite procedura di *avis* e decide con una formazione integrata dal primo presidente, dai presidenti delle sezioni e da due consiglieri designati per ciascuna camera specificamente interessata dalla richiesta di *avis* (art. 441-2 c.o.j.). La *Chambre mixte* è interpellata nelle ipotesi in cui una determinata questione giuridica possa interessare più sezioni ovvero possa fare sorgere divergenze interpretative fra le stesse. In tali casi, la camera è composta da giudici appartenenti alle camere parte del conflitto interpretativo, al fine di scongiurare il rischio di applicazioni giurisprudenziali difformi. Più in particolare, ogni sezione interessata invia il proprio Presidente, il membro più anziano ed altri due consiglieri. Infine, *l'Assemblée Plénière* può conoscere di quei casi in cui si ravveda una divergenza interpretativa fra i giudici del merito o fra quest'ultimi e la stessa *Court de Cassation*; inoltre, la stessa sarà competente in tutti quei casi in cui venga ad essere proposto ricorso in merito ad una controversia già decisa in Cassazione. *L'Assemblée* è presieduta dal primo presidente della *Cour de Cassation* ed è integrata dai presidenti, dai decani e da un ulteriore consigliere per ogni sezione. Così K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, cit., 150; A. BRIGUGLIO, *Appunti sulle Sezioni Unite Civili*, in *riv. dir. proc.*, 1, 2015, 24.

¹⁰ Qualora una sezione del *Conseil d'État* ravvisi la necessità di modificare un orientamento giurisprudenziale consolidato, può rinviare la decisione ad un "collegio allargato" (composto da cinque membri) o all'Assemblea plenaria. Sempre nell'ambito dell'esercizio della funzione nomofilattica, il *Conseil d'État* svolge un ruolo "consultivo" in favore dei Tribunali amministrativi o delle Corti amministrative d'appello i quali possono richiedere un parere consultivo (c.d. *avis contentieux*) su questioni giuridiche che presentano difficoltà interpretative; che riguardino un problema d'interpretazione di una nuova legge; oppure relativamente a ricorsi dal carattere seriale. La disciplina degli *avis contentieux* è contenuta all'art. 12 della Legge del 31 dicembre 1987, che prevede che il parere, laddove richiesto, sia reso entro tre mesi dalla sezione per il contenzioso nelle forme e con le garanzie della funzione giurisdizionale e cioè in udienza pubblica e con l'intervento del *rapporteur public*).

¹¹ Anche in riferimento all'ordinamento francese è necessario evidenziare come la materia del riparto sia disciplinata da disposizioni normative assai risalenti nel tempo, ma tuttora in vigore. Un sistema di norme che essendo stato enucleato in un periodo storico in cui ancora non sussisteva la giurisdizione amministrativa, si limitava a circoscrivere l'ambito di intervento del giudice ordinario, facendo salvi i soli spazi riservati all'amministrazione pubblica in base al principio di separazione fra i poteri. In ragione di

questi è una pubblica amministrazione, espressione diretta o indiretta del potere pubblico, la controversia è affidata alla giurisdizione del giudice amministrativo ⁽¹²⁾. Al fine di agevolare l'individuazione dei rispettivi ambiti di competenza, il legislatore francese ha prospettato ed introdotto l'utilizzo di un innovativo criterio di riparto giurisdizionale, basato sui c.d. *blocs de compétences* che, talvolta integra, altre sostituisce, i tradizionali criteri di distinzione tra *actes de puissance publique* e *actes de gestion* e tra *services publics administratifs* e *services publics industriels et commerciaux* ⁽¹³⁾. Tramite l'utilizzo dei *blocs de compétences* è direttamente l'organo legislativo a stabilire se una controversia, non integralmente sussumibile fra quelle di esercizio di *puissance publique* o di *service administratif*, né nitidamente riconducibile alla disciplina del *code civil*, o che comunque presenti profili di ambivalenza e di criticità nell'inquadramento, spetti alla cognizione del giudice amministrativo o del giudice ordinario ⁽¹⁴⁾. La disciplina per *blocs de compétences* è ispirata non soltanto da finalità di semplificazione in termini di riparto fra giurisdizioni, ma anche dalla volontà di assicurare al cittadino una tutela piena ed effettiva ⁽¹⁵⁾.

ciò, anche in Francia il criterio utilizzato ai fini del riparto è spesso risultato inefficiente, imponendo l'impellenza di un intervento legislativo. In tal senso, L. GALLI, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: uno sguardo oltre confine. Fundamental rights and administrative judge: a look beyond the border*, in *dir. proc. amm.*, 3, 2018, 978.

¹² G. PALLIGIANO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo in Francia e sue differenze rispetto all'Italia*, Incontro di studio "La giustizia amministrativa in Europa: Francia, Germania, Austria, Spagna", Roma, 20 Ottobre 2013, 10.

¹³ Il *Conseil constitutionnel* ha legittimato l'intervento del legislatore che «*dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice*» unifichi all'interno di una sola giurisdizione le controversie concernenti materie in cui l'ordinario criterio di riparto comporterebbe un inefficiente intrico fra le due giurisdizioni. In considerazione di ciò, alcune materie vengono ad essere affidate ad una sola giurisdizione che potrà essere tanto quella amministrativa, quanto quella ordinaria, a seconda di chi sia il giudice «*principalement intéressé*». Così L. GALLI, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: uno sguardo oltre confine. Fundamental rights and administrative judge: a look beyond the border*, cit..

¹⁴ M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazione dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992, 43.

¹⁵ È necessario evidenziare che il sistema francese di riparto per *blocs de compétences* non è assimilabile alla ratio che sottende il trasferimento, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, di specifiche materie a favore della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Ciò emerge chiaramente da quanto pronunciato in argomento dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004. In particolare, laddove si afferma e precisa che «*È evidente che il vigente art. 103, primo comma, Cost. non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare "particolari materie" nelle quali "la tutela nei confronti della pubblica amministrazione" investe "anche" diritti soggettivi: un potere che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie. Tale necessario collegamento delle "materie" assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive - e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa - è espresso dall'art. 103 laddove statuisce che quelle materie devono essere "particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè*

Le scelte fatte dal legislatore francese in ordine all'individuazione dei criteri di riparto fra giurisdizione amministrativa ed ordinaria risultano generalmente più lineari e di applicazione evidentemente meno complessa rispetto alla corrispondente disciplina riferibile all'ordinamento italiano ⁽¹⁶⁾. Ciò nondimeno, nell'ipotesi in cui la disciplina in tema di riparto non dovesse risultare sufficiente a scongiurare l'insorgere di sovrapposizioni fra i due ordini giurisdizionali, l'ordinamento francese assicura la possibilità di pervenire ad un vero e proprio concordato giurisprudenziale tra giudice ordinario e giudice amministrativo, favorito, presidiato e suggellato dal *Tribunal des conflits* ⁽¹⁷⁾. A tale proposito, nel 1896, Édouard Laferrière scriveva «*il est permis d'entrevoir un jour où l'exercice du droit de conflits ne sera plus qu'un fait accidentel, grâce aux progrès de la jurisprudence et à la diffusion de ses enseignements*» ⁽¹⁸⁾. Nonostante tale aspirazione, i conflitti fra ordini giurisdizionali, seppure in un numero limitato di casi, continuano ancora a riproporsi, confermando l'imprescindibile centralità della funzione di conciliazione affidata al *Tribunal des conflits*, le cui decisioni acquisiscono portata vincolante rispetto *toutes les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif* ⁽¹⁹⁾.

devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata della circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo. Il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo».

¹⁶ M. NIGRO (*Giustizia amministrativa*, cit., 46) ha però ricostruito che un tale compito, in realtà, sia stato assolto dalla giurisprudenza francese con incertezze, contraddizioni e mutamenti d'opinioni. In ultimo affermando che «*proprio la varietà dei criteri concretamente adottati dalla giurisprudenza pare costituire il connotato caratterizzante dell'attuale esperienza francese in materia [di riparto fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa]*».

¹⁷ Elemento a conferma della "complessiva" efficienza della generalità dei criteri utilizzati ai fini del riparto è il limitato numero di pronunce annualmente deliberate dal *Tribunal des conflits*. Infatti, secondo il contenuto dei rapporti regolarmente pubblicati, emerge un numero medio di pronunce inferiori alle cinquanta sentenze annue (nel numero di 45 nel corso del 2010; 59 nel corso 2011; 39 nel corso 2012; 42 nel corso 2013; e più recentemente nel complessivo numero di 36 nel corso del 2017 e di 38 nel corso del 2018), rese in un termine di tempo piuttosto breve che generalmente va da uno a tre mesi.

¹⁸ É. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, II, Berger-Levrault, 1896.

¹⁹ Le pronunce del *Tribunal des conflits* sono dotate di efficacia vincolante rispetto all'operato di entrambi gli ordini giurisdizionali. In argomento, l'art. 11 della legge del 24 maggio 1872, così come modificata dall'art. 13 della legge del 16 febbraio 2015, dispone che «*les décisions du Tribunal des conflits s'imposent à toutes les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif*», così confermando la portata precettiva di tali pronunce in tema di giurisdizione.

2.1 *Le Tribunal des conflits*

Il *Tribunal des conflits* ⁽²⁰⁾ è un organo giurisdizionale a composizione mista, dotato di radici che affondano profonde nella storia istituzionale francese. Inizialmente introdotto con l'articolo 89 della Costituzione repubblicana del 1848, al fine di regolare i conflitti di attribuzione tra l'autorità amministrativa e l'autorità giudiziaria, precedentemente risolti dal sovrano ⁽²¹⁾, fu poi soppresso a seguito del colpo di stato di Napoleone III nel 1851, per poi essere definitivamente reintrodotta nel tessuto ordinamentale francese con la legge del 24 maggio del 1872.

Ad oggi, il Tribunale dei conflitti può essere definito come una manifestazione dello stesso dualismo giurisdizionale, capace di garantire una generale *sécurité juridique*. Sotto il profilo organizzativo, fin dalla sua istituzione, alla luce della funzione di coordinamento affidatagli, il *Tribunal des conflits* si caratterizza per una composizione paritaria: quattro membri vengono nominati dal *Conseil d'État* e quattro dalla *Cour de Cassation*, rispettivamente per un incarico complessivo di tre anni ⁽²²⁾. La composizione egualitaria del *Tribunal des conflits* ha evitato che si riconoscesse una posizione di primazia ad uno dei due ordini giurisdizionali, reciprocamente garantendone la dignità e l'indipendenza. La vicepresidenza del *Tribunal* era originariamente affidata ad un componente eletto - alternativamente - fra i membri dei due ordini e svolgeva - *de facto* - le funzioni di presidente del consesso. La presidenza formale era invece affidata *Garde des Sceaux* - il Ministro della Giustizia - il cui intervento era nel concreto limitato alle sole ipotesi in cui gli otto membri non riuscissero a raggiungere un accordo a carattere complessivo. Una simile evenienza era superata grazie al voto determinante del *Garde des Sceaux*, che assumeva il ruolo di *juge départiteur* nelle situazioni *d'impasse*. Appare, però, opportuno evidenziare che nella storia istituzionale del *Tribunal des conflits*, a partire dalla data della sua istituzione, l'intervento dirimente del Guardasigilli si è verificato in un totale di undici

²⁰ G. BIGOT, *Les enjeux constitutionnels de la présidence du Tribunal des conflits*, in *Études à la mémoire du professeur François Burdeau*, Paris, 2008, 386; G. BACHELIER, *Le Tribunal des conflits, juge administratif o juge judiciaire*, in A. VAN LANG (a cura di), *Le dualisme juridictionnel. Limites et mérites*, Paris, 2007, 67.

²¹ Espressamente la legge del 24 maggio del 1872 così dispone: «*Les conflits d'attributions entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire seront réglés par un tribunal spécial de membres de la Cour de cassation et de conseillers d'État, désignés tous les trois ans en nombre égal par leur corps respectif. Ce tribunal sera présidé par le ministre de la justice*».

²² In argomento si veda G. BACHELIER, *Le Tribunal des Conflits, juge administratif ou juge judiciaire?*, cit..

casi, a fronte delle circa tre mila decisioni assunte dal consesso. È evidente come il *Tribunal des conflits*, nonostante la composizione paritaria, faccia un utilizzo proficuo dello strumento dialogico per il raggiungimento di una decisione istituzionalmente condivisa ⁽²³⁾.

La legge del 24 maggio 1872 affida al *Tribunal des conflits* la risoluzione dei conflitti di “competenza” tra la giurisdizione ordinaria (*l'ordre judiciaire*) e quella amministrativa (*l'ordre administratif*). Quest'ultimi, i *conflits d'attribution*, a loro volta, si suddividono in due diverse sottocategorie: *les conflits positifs* e cioè quando i giudici si ritengano entrambi competenti a conoscere di una stessa questione; *les conflits négatifs* e cioè quando sia il giudice ordinario che il giudice amministrativo abbiano ritenuto di declinare la propria giurisdizione rispetto ad una specifica controversia ⁽²⁴⁾. A tale principale funzione - con la novella del 20 aprile 1932 - è stata affiancata la competenza del *Tribunal* a decidere *les conflits de décisions*. Si tratta d'ipotesi nel concreto estremamente rare, in cui si venga a verifica un contrasto tra decisioni definitive, tale da determinare un diniego di giustizia, rese da giudici appartenenti ai due distinti plessi giurisdizionali in riferimento alla medesima controversia. Infine, il decreto del 25 luglio 1960 ha attribuito al *Tribunal des conflits* la competenza a conoscere in via preventiva dei conflitti inerenti questioni di giurisdizione. Più precisamente, il Tribunale dovrà essere adito in via preventiva ed obbligatoria da quel giudice che dubiti che una determinata controversia rientri nella propria giurisdizione, qualora l'altro plesso giurisdizionale abbia già declinato la competenza. Così come, è data facoltà al *Conseil d'État* e alla *Cour de Cassation* di adire preventivamente il *Tribunal des conflits* per ottenere una pronuncia in punto di giurisdizione relativamente ad una determinata controversia.

2.2. L'auspicata riforma del *Tribunal des conflits*

L'azione del *Tribunal des conflits* è stata recentemente oggetto di un partecipato dibattito, che si è concluso con una rilevante revisione legislativa dell'istituto. Il

²³ Il tribunale viene definito piuttosto che un «*théâtre de conflits*» un «*instance de rencontre*» così R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15 ed., Paris, 2001; in tal senso anche B. PACTEAU laddove afferma che il *Tribunal des conflits* è espressione più che di un meccanismo conflittuale, di un sistema di conciliazione tra le due giustizie, quella civile e quella amministrativa.

²⁴ Eventualità - quella dei *conflits négatifs* - ormai pressoché inesistente, in particolare, a seguito dell'introduzione con il decreto del 25 luglio 1960 della procedura di rinvio obbligatorio preventivo in ipotesi di potenziale conflitto negativo.

progetto di riforma rispondeva a diverse ragioni giustificatrici. Da un lato, il *Tribunal des conflits* seguitava a dimostrarsi un organo di vitale importanza per la tenuta del sistema giurisdizionale francese ⁽²⁵⁾. Dall'altro, risentiva di una disciplina organizzativa e procedurale anacronistica e di una generale marginalizzazione nel quadro istituzionale francese ⁽²⁶⁾. L'insieme di queste osservazioni sono state alla base dell'organizzazione a Parigi - *Université de la Sorbonne* - di un *colloque* interamente dedicato al *Tribunal des conflits*, con l'obiettivo di effettuare un bilancio dell'attività svolta e delineare delle possibili prospettive di riforma ⁽²⁷⁾. Questo incontro di studio - cui hanno partecipato componenti della *Cour de Cassation*, del *Conseil d'État*, e dello stesso *Tribunal des conflits*, insieme ad alcuni esponenti dell'Università francese ed altri provenienti da diversi Stati europei ai fini di una riflessione anche in chiave comparata - ha incentivato l'attuazione del successivo intervento di riforma ⁽²⁸⁾.

Il dialogo sviluppatosi fra accademici e magistrati è stato tale da spingere il Ministro della Giustizia ad istituire un gruppo di lavoro con lo scopo di stilare un *rapport* in vista della una futura proposta legislativa ⁽²⁹⁾. Il *group de travail* - composto

²⁵ Questo dato trova palese conferma nel numero costante di pronunce annualmente deliberate dal Tribunale, che seppur quantitativamente inferiori ai cinquanta *affaires* annui, appaiono dotate di piena rilevanza dal punto di vista qualitativo. Infatti, tali arresti giurisprudenziali non si limitano a garantire il mero rispetto della disciplina in materia di riparto, ma finiscono frequentemente per individuare nel concreto i confini fra i due ordini giurisdizionali, in particolare, laddove difettino specifiche disposizioni legislative ovvero qualora le stesse non risultino sufficientemente esaustive; in tal senso si veda B. PACTEAU, *Le Conseil d'État*, cit.. Le statistiche riguardanti l'operato del *Tribunal des conflits* sono oggi tutte integralmente reperibili all'interno del sito istituzionale www.tribunal-conflits.fr.

²⁶ Esemplificativa, in tal senso, la scelta di pubblicare annualmente un rapporto sull'attività svolta dal *Tribunal des conflits*, con la finalità di rendere pubblica e diffondere l'attività svolta da una tale istituzione. Espressamente queste le finalità del *rapport* «*Ce premier rapport annuel est destiné à faire connaître plus largement le fonctionnement et la jurisprudence du Tribunal des conflits et de rendre compte de son activité tant par des données statistiques que par l'analyse d'une sélection de décisions rendues au cours de l'année 2005*» [integralmente reperibile sul sito istituzionale www.tribunal-conflits.fr]. Sulla centralità della scelta di procedere alla pubblicazione di un *rapport annuel* si veda l'intervista a M.F. MAZARS, *Nous ne sommes pas un «monument historique»!* del 13 luglio 2006, su *Les Echos*.

²⁷ La giornata di studio è stata organizzata nel 2008 presso l'università della Sorbona (Paris I) ed i cui lavori sono stati raccolti nel volume (a cura di) P. GONOD, L. CADIET, *Le Tribunal des conflits. Bilan et perspectives*, Paris, 2009.

²⁸ Allo stesso modo tra il dicembre del 2012 e il gennaio del 2013 all'interno di tre diverse riviste giuridiche viene pubblicato uno scritto di D. LABETOULLE, J.H. STAHL (membri del *Conseil d'État*) che prende apertamente posizione contro il perdurante mantenimento del Ministro della Giustizia in veste di presidente del *Tribunal des conflits*, ed invitando il parlamento ad intervenire per mezzo di un'apposita riforma legislativa. Così, D. LABETOULLE, J.H. STAHL, *Pour un Tribunal des conflits sans garde des Sceaux*, in *Rfda*, 2012, 1173; *AJDA*, 2013, 21; *D.*, 2013, 98.

²⁹ Il *group de travail* era composto da J. Arrighi de Casanova; J.M. Béraud; E. Baraduc-Bénadent; L. Cadiet; P. Gonod; J.H. Stahl; F. Terrier; C. Waquet. L'attività del gruppo si è conclusa il 10 ottobre del 2013 con la diffusione di un *Rapport sur la reform du Tribunal des conflits*, ad oggi integralmente reperibile sul sito istituzionale www.justice.gouv.fr e pubblicato anche in *AJDA*, 2013, 2130.

dal vicepresidente del *Tribunal des conflits*, due componenti individuati fra magistrati della *Cour de Cassation*, due fra i magistrati del *Conseil d'État*, due fra gli avvocati generali e due fra i professori universitari - è stato istituito con la finalità di redigere una proposta che intervenisse precipuamente sulla *composition*, sulle *règles de fonctionnement*, e sulla possibilità di una *extension des compétences* affidate al *Tribunal des conflits* ⁽³⁰⁾. Il *group de travail* ha redatto - in soli cinque incontri - una proposta di riforma, quasi integralmente utilizzata ai fini della successiva riforma legislativa, concretatasi con l'approvazione della legge n. 2015-177 del 16 febbraio 2015, ed il successivo decreto attuativo n. 2015-233 del 27 febbraio 2015 ⁽³¹⁾.

Il principale tema su cui si è concentrato il dibattito in dottrina - anche su impulso della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ⁽³²⁾ - ed il successivo intervento legislativo, ha riguardato la perdurante attribuzione della presidenza del Tribunale dei conflitti al Ministro della Giustizia. Tale previsione veniva ad essere considerata come un'anacronistica interferenza del potere esecutivo sull'esercizio delle competenze giurisdizionali, in particolare, laddove non si estrinsecava in un'attribuzione meramente formale, ma con funzioni dirimenti nelle

³⁰ D'interesse notare come sia possibile rilevare una simiglianza con il tavolo di lavoro che ha portato in Italia alla redazione del *memorandum fra le giurisdizioni*. La redazione di un tale documento, aprendo il dibattito in tema di coordinamento fra plessi giurisdizionali, con la partecipazione di esponenti provenienti dalle diverse giurisdizioni e dall'accademia italiana, ha posto i presupposti per un intervento legislativo in materia e per la proposta di legge che attualmente è sottoposta all'attenzione della Commissione Giustizia presso la Camera dei deputati.

³¹ In merito alla riforma legislativa si vedano P. DEUMIER, *Le Tribunal des conflits nouvelle génération*, in *Procédures*, 2015, alerte 26; C. HUGLO, M. GUERIN, *Comprendre les perspectives de la réforme issue du décret du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles*, in *dr. adm.*, 2015, comm., 28; H. PAULIAT, *La modernisation des procédures devant le Tribunal des conflits*, in *JCP G* 2015, 300; B. SEILLER, *Le Tribunal des conflits renforcé*, in *JCP A* 2015, 2082; B. SEILLER, *Le Tribunal des conflits et les questions préjudicielles*, in *JCP E* 2015, 189; B. SEILLER, *Modernisation des procédures devant le Tribunal des conflits et du traitement des questions préjudicielles*, in *Dr. fisc.*, 13, 2015, 188; B. SEILLER, *Modernisation des procédures suivies devant le Tribunal des conflits et création d'une procédure de questions préjudicielles*, in *Procédures*, 2015, alerte 21; P. GONOD, *La réforme réalisée. La modification de la loi du 24 mai 1872*, in *Rfda*, mars-avril, 2015, 331; N. NIVERT, *Une réforme à faire? Plaidoyer pour l'extension de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Tribunal des conflits*, in *Rfda*, mars-avril, 2015, 343; J. ARRIGHI DE CASANOVA, J.H. STAHL, *Tribunal des conflits: l'âge de la maturité*, cit..

³² Così P. GONOD, L. CADIET [*Le Tribunal des conflits. Bilan et perspectives*, cit., 34] laddove si evidenzia l'inconciliabilità fra quanto disposto dall'art. 6 § 1 della CEDU in tema di imparzialità ed indipendenza dell'organo decidente ed il mantenimento del Ministro della Giustizia in veste di Presidente del *Tribunal des conflits*. In tal senso cfr. anche G. BIGOT [*Les enjeux constitutionnels de la présidence du Tribunal des conflits*, cit., 47] ove espressamente afferma «l'impossible récusation en France du président du Tribunal des conflits finira bien par se heurter à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme».

ipotesi di *parité* ⁽³³⁾. La riforma del 2015 - modificando l'art. 3 della legge del 24 maggio 1872 - ha stabilito che debbano essere gli stessi componenti del *Tribunal des conflits* ad eleggere tra loro, a scrutinio segreto ed a maggioranza dei voti, un presidente proveniente alternativamente dal *Conseil d'État* e dalla *Cour de Cassation* per un mandato di tre anni ⁽³⁴⁾. Una previsione, fondata su un meccanismo di alternanza, che ricalca la disciplina preesistente per l'attribuzione delle funzioni di vicepresidenza.

L'intervento di riforma, da un lato, ha rimosso un arcaismo ormai inammissibile, dall'altro, ha imposto l'individuazione di una nuova procedura per fronteggiare eventuali ipotesi di *parité* fra i votanti. In argomento, il gruppo di lavoro aveva inizialmente ipotizzato di assegnare il voto decisivo alla Presidenza, soluzione che appariva però insoddisfacente, inficiandone la composizione perfettamente paritaria, emblema e garanzia della funzionalità dello stesso Tribunale. In ultimo, si è proposto che in caso di parità, il Presidente fissi una nuova seduta, per svolgere una seconda deliberazione, con l'auspicio di consentire un accordo fra i membri ed ottenere un voto di maggioranza nella nuova deliberazione. Qualora invece persista la situazione di stallo, si introduce la possibilità di una nuova deliberazione con composizione allargata: agli otto membri ordinari si aggiungono altri quattro membri, nominati paritariamente fra i giudici del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione, secondo le medesime regole per l'elezione dei membri ordinari. Il legislatore ha quindi scelto di affidare al senso di responsabilità dei singoli membri il compito di superare eventuali situazioni di contrasto, trovando un punto di accordo che permetta di raggiungere un voto di maggioranza.

Fra gli interventi di riforma in merito alle *règles de fonctionnement*, si segnala la rilevante introduzione di un meccanismo assimilabile a quello utilizzato per gli *avis*

³³ Christiane Taubira, *Garde des sceaux, ministre de la Justice*, in argomento, ha espressamente dichiarato che «*la présence du Garde des sceaux comme membre permanent et président du Tribunal des conflits, survivance d'une époque où la Justice était rendue par le pouvoir exécutif, révèle une confusion des pouvoirs et une ingérence de l'exécutif dans l'activité juridictionnelle*».

³⁴ Il suddetto intervento di riforma è quindi intervenuto a modifica della disciplina preesistente, affermando la piena indipendenza del potere giurisdizionale da ogni forma d'ingerenza ad opera del potere esecutivo, e così rimuovendo un potenziale conflitto fra la disciplina nazionale e l'art. 6.1 della Convenzione EDU. Inoltre, si segnala la soppressione dei Commissari di governo precedentemente individuati fra gli avvocati generali presso la *Cour de Cassation* ed i consiglieri del *Conseil d'État*, e nominati dal Presidente della Repubblica. Questi ultimi sono stati infatti sostituiti con i *rapporteur publique* eletti direttamente all'interno delle corti apicali della giurisdizione ordinaria ed amministrativa, venendo così ad essere eliminato un'ulteriore forma d'interferenza esterna allo stesso potere giudiziario.

contentieux ⁽³⁵⁾. La disciplina preesistente riconosceva alle sole corti apicali - il *Conseil d'État* e la *Cour de Cassation* - la facoltà di effettuare un rinvio pregiudiziale al *Tribunal des conflits* su questioni controverse in punto di giurisdizione. L'intervento legislativo ha riconosciuto anche ai tribunali di grado inferiore la possibilità di rivolgersi direttamente - tramite una procedura di *avis* - al giudice dei conflitti, al fine d'individuare in via preventiva l'ordine giurisdizionale competente ovvero per risolvere gravi questioni di giurisdizione ⁽³⁶⁾.

Infine, ai fini della presente indagine, pare di particolare interesse soffermarsi sulle risultanze riferibili all'ultimo degli obiettivi affidati al gruppo di lavoro in vista dell'intervento di riforma: l'*extension des compétences*. In argomento, il *group de travail* ha espressamente rilevato che fra i diversi plessi giurisdizionali, oltre ai *conflits positifs ou négatifs* in tema di riparto, possano riscontrarsi delle antinomie fra gli arresti giurisprudenziali *de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif*.

Il verificarsi di tali contrasti interpretativi è riconducibile a quelle ipotesi in cui i due ordini giurisdizionali si trovino a dover interpretare ed applicare i medesimi testi normativi; eventualità, che seppur numericamente limitate, non possono che apparire pregiudizievoli.

Considerate queste premesse, il gruppo di lavoro ha quindi vagliato la possibilità di ampliare le attribuzioni del *Tribunal des conflits*, ricomprendendovi, oltre che le funzioni inerenti il riparto di giurisdizione, anche la competenza a conoscere di tali conflitti interpretativi. Un'eventualità già auspicata nel corso del *colloque* parigino da Bernard Stirn «*il est possible de s'interroger sur l'éventuelle ouverture d'une saisine du Tribunal des conflits par le Conseil d'État ou la Cour de Cassation non plus seulement sur des questions de compétence mais sur des divergences de fond entre les deux ordres*

³⁵ La procedura per *avis contentieux* è un meccanismo processuale introdotto all'interno dell'ordinamento francese dalla riforma del contenzioso del 1987. L'*avis contentieux* riconosce ai giudici di grado inferiore la facoltà di richiedere al giudice di grado superiore - *Conseil d'État* - il rilascio di un parere per la risoluzione di una questione giuridica nuova particolarmente complessa e potenzialmente diffusa.

³⁶ L'introduzione della procedura *pour avis* era stata già fortemente auspicata dai partecipanti al più volte richiamato *colloque* parigino [P. GONOD, L. CADIET, *Le Tribunal des conflits. Bilan et perspectives*, cit., 48]. In particolare si segnalano gli interventi di M.F. MAZARS; É. BARADUC; B. STIRN; P. BARADUC [«*Cette procédure permettrait d'éviter une perte de temps en effet considérable. Une réforme sur ce point serait un très grand progrès et elle me paraît même plus important dans l'immédiat que celle du mode de présidence*»]. Una tale disciplina appare pienamente assimilabile alla possibilità di proporre all'interno dell'ordinamento italiano un «regolamento preventivo di giurisdizione» innanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Si tratta di un istituto che, così come accade per l'ordinamento italiano, assicura una maggiore sicurezza giuridica in termini di riparto giurisdizionale ed un'evidente diminuzione dei tempi processuali.

de juridiction, pour mettre un terme, dans les rares cas où le dialogue des juges n'y est pas parvenu, à des discordances de jurisprudence»⁽³⁷⁾.

In sintesi, l'intendimento era quello di affidare al Tribunale dei conflitti, in composizione solenne ed eventualmente allargata, su rinvio facoltativo del *Conseil d'État* o della *Cour de Cassation*, la competenza a conoscere delle divergenze interpretative fra *l'ordre judiciaire et l'ordre administratif* circa l'applicazione di una medesima norma di legge, tali da comportare una tutela differenziata, in riferimento a controversie aventi il medesimo contenuto⁽³⁸⁾.

In argomento, Bertrand Seiller - nel tentativo di censire l'insieme di queste divergenze interpretative - si è trovato a dover concludere che «*il serait vraiment excessif d'affirmer l'existence de grands conflits opposant le Conseil d'État et la Cour de Cassation*». Infatti, la disamina delle più eclatanti divergenze interpretative fra la giurisprudenza del giudice ordinario ed amministrativo rivela «*des divergences globalement mesurées, souvent justifiées et finalement tolérés*».

L'autore ha evidenziato come tali divergenze non sembrano delineare una frattura profonda fra i due ordini giurisdizionali: rispetto alla materia della responsabilità è stato possibile notare - ad esempio - una radicale riduzione dei casi di conflittualità fra ordini giurisdizionali; e poi possibile evidenziare che, in materia contrattuale, la giurisprudenza del *Conseil d'État* si è nel tempo allineata a quanto statuito dalla *Cour de Cassation* in merito alle conseguenze che seguono la ritrattazione di una promessa unilaterale di vendita⁽³⁹⁾, così come si registra che la *Cour de*

³⁷ Intervento alla tavola rotonda presieduta e moderata da L. RICHER, in P. GONOD, L. CADIET, *Le Tribunal des conflits. Bilan et perspectives*, cit., 49.

³⁸ In argomento si veda l'interessante contributo B. SEILLER, *Les grands conflits entre le Conseil d'État et de la Cour de cassation aspects contemporains*, in *Le Juge Judiciaire*, AFDA, 2016, 63. In tal senso, l'autore rileva come non appaia così implausibile la situazione in cui sia il giudice ordinario che il giudice amministrativo si trovino a doversi pronunciare - in ragione delle rispettive competenze - in merito alla medesima fattispecie. Circostanza, quest'ultima, che può essere correlata alla materia oggetto del litigio (ipotesi assai verosimile nel diritto fiscale, nel diritto dei contratti, nel diritto del lavoro o in materia di responsabilità), ad una questione di diritto (relativa a problematiche inerenti la gerarchia delle fonti o in caso di necessaria applicazione della normativa europea o sovranazionale) o nelle ipotesi in cui le due giurisdizioni debbano dare applicazione ad uno stesso atto normativo (in via esemplificativa si richiama l'art. 1792 del *code civil* circa la responsabilità del costruttore) o ad una stessa pronuncia della Corte Costituzionale.

³⁹ In tale arresto giurisprudenziale [CE, 2 avril 2015, société Cap Caraïbes: n°364539] il *Conseil d'État* si è espressamente richiamato in motivazione alla giurisprudenza consolidata della *Cour de Cassation*.

Cassation in materia di «*retrait de crédit de réduction de peine*» abbia aderito all'orientamento già avallato dal *Conseil d'État* ⁽⁴⁰⁾.

Non si vuole affermare che non siano più riscontrabili divergenze interpretative fra *l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif*: una complessiva convergenza a livello interpretativo, non esclude la persistenza di alcuni motivi di frizione, così come esistono orientamenti interpretativi contrapposti che trovano ragione proprio nella diversa natura dei due ordini giurisdizionali. Pertanto, da un lato, non può che definirsi utopica l'aspirazione ad una perfetta rispondenza fra gli arresti interpretativi delle due giurisdizioni, dall'altro, la «*modestie de divergences jurisprudentielles*» non incoraggia l'introduzione di appositi meccanismi istituzionali destinati all'esclusiva regolamentazione di tali divergenze ⁽⁴¹⁾. In considerazione di quanto qui rilevato, il gruppo di lavoro ha ritenuto preferibile non dare seguito a tali ambizioni di riforma, rilevando che, alla luce del necessario *réalisme institutionnel*, sussistessero delle concrete difficoltà tanto sotto il profilo operativo, che funzionale ⁽⁴²⁾.

È però degno di nota che il *group de travail*, nell'escludere un'estensione delle competenze attribuite al *Tribunal des conflits*, faccia espresso richiamo al «*dialogue des juges*». Il dialogo fra plessi giurisdizionali viene identificato come utile strumento alternativo per la risoluzione dei conflitti di ordine interpretativo. Il *rapport* segnala come siano stati recentemente registrati plurimi incontri di discussione, con cadenza periodica, fra *magistrats du Conseil d'État et de la Cour de Cassation* in settori d'interesse comune ad entrambe le due giurisdizioni ⁽⁴³⁾. Ed operano, in tal senso, anche

⁴⁰ Crim. 4 mars 2015, n° 14-84.714.

⁴¹ Così, B. SEILLER, *Les grands conflits entre le Conseil d'État et de la Cour de cassation aspects contemporains*, cit., 76.

⁴² In definitiva, l'unico settore rispetto al quale è stata effettivamente estesa la competenza del *Tribunal des conflits* è quello attinente le ipotesi «*de indemnisation du préjudice découlant d'une durée totale excessive des procédures*». Si tratta però di una competenza limitata ai soli giudizi in cui - in ragione delle regole in punto di giurisdizione - siano intervenuti entrambi gli ordini giurisdizionali, ovvero qualora i giudizi siano stati celebrati innanzi allo stesso Tribunale dei conflitti.

⁴³ In via esemplificativa, si veda la creazione nel 2009 ad opera di Laurence Pécault-Rivolier (*Conseiller référendaire à la Cour de Cassation*) e Yves Struillou (*Rapporteur du contentieux au Conseil d'État*) di un apposito gruppo di studio e consultazione per la tutela dei *rappresentanti dei lavoratori*, ed i cui lavori sono stati redatti da eminenti esponenti per entrambi gli ordini giurisdizionali. Inoltre, a partire da un incontro tenutosi il 26 gennaio del 2015, si è registrato un sensibile aumento dei contatti intervenuti fra le due giurisdizioni. In tale sede, le due delegazioni - rispettivamente guidate dal vicepresidente del *Conseil d'État* e dal Primo Presidente della *Cour de Cassation* - hanno deciso di procedere ad un rafforzamento degli strumenti di cooperazione fra i due ordini giurisdizionali. A tale fine, si è prevista la designazione di un apposito referente per ciascuna sezione della *Cour de Cassation* e per ciascuna sottosezione della *section du contentieux du Conseil d'État*, oltre che la creazione di una piattaforma telematica, ove condividere documenti ed informazioni d'interesse comune ad entrambi gli ordini giurisdizionali. Ed

gli «*échanges réguliers de magistrats*» con il distacco di *Conseiller de Cassation* nel ruolo di *Conseiller d'État* o di *maître des requêtes* in servizio straordinario, e viceversa. Tali “incontri” - osserva il gruppo di lavoro - sono risultati funzionali al raggiungimento di convergenze interpretative su questioni giuridiche assai controverse. Le ricadute positive in termini di composizione del conflitto fanno ritenere assolutamente auspicabile il consolidarsi di tali prassi, da favorire, in via esemplificativa, tramite l'istituzione di apposite commissioni di studio a carattere permanente ⁽⁴⁴⁾.

2.3. Prime riflessioni alla luce dell'esperienza francese

Da una prima disamina dell'ordinamento francese emergono alcune risultanze utili in chiave comparata. In primo luogo, nonostante il sistema francese sia dotato di una disciplina tendenzialmente funzionale ai fini del riparto, deve segnalarsi che il ruolo e le funzioni attribuite al *Tribunal des conflits* sono considerate essenziali ed insostituibili ai fini del mantenimento del dualismo giurisdizionale ⁽⁴⁵⁾. La centralità del

ancora, sono state proposte due riflessioni condivise su temi trasversali quali: «*l'office du juge suprême*» e la procedura relativa alle «*questions prioritaires de constitutionnalité*». In particolare, vi era la volontà di realizzare uno studio sul tema che evidenziasse le differenze e le convergenze fra le diverse discipline al fine di proporre un'eventuale semplificazione della normativa in vigore. In argomento, si veda B. SEILLER, *Les grands conflits entre le Conseil d'État et de la Cour de cassation aspects contemporains*, cit., 77.

⁴⁴ Sul punto si veda espressamente il *Rapport*, cit., 12 -13.

⁴⁵ In tal senso si vedano gli interventi di P. BARGUE e P. MARTIN, in *Le Tribunal des conflits. Bilan et perspectives*, cit., 9-18; così, anche J. ARRIGHI DE CASANOVA, J.H. STAHL, *Tribunal des conflits: l'âge de la maturité*, cit., 576. In argomento, pare opportuno evidenziare come si sia avviato anche in Francia, così come avvenuto in Italia, un acceso dibattito sulla stessa opportunità della persistenza non solo e non tanto di un sistema a compartimenti stagni, ma perfino del mantenimento dello stesso dualismo tra giurisdizioni [B. LOUVEL, *Pour l'unité de juridiction*, in www.courdecassation.fr, 25 luglio 2017]. Similmente a quanto registrato in Italia, le reazioni complessive del mondo giudiziario paiono ancora salde nel sostegno al dualismo della giurisdizione, ma è evidente che a seguito del sensibile ampliamento del perimetro delle materie affidate alla giurisdizione amministrativa si siano levate diverse voci favorevoli all'ipotesi di una possibile introduzione della giurisdizione unica. In tal senso si veda M. GOSSEL, *Mot d'accueil*, 31; S. JOBERT, *Propos introductifs*, 32; F. BURDEAU, *Les crises du principe de dualité de juridictions*, 36; D. TRUCHET, *Réflexions sur la contestation actuelle du dualisme juridictionnel*, 46; C. BROUELLE, *La fin du dualisme juridictionnel: un point de vue universitaire*, 52; J. ROUSSEAU, *Le dualisme juridictionnel : le point de vue d'un praticien*, 55; D. COHEN, *La protection des libertés individuelles et le dualisme juridictionnel*, 59; A. TREMOLIERE, *Détention et dualisme juridictionnel - Conditions de détention: quel(s) juge(s) pour quelle(s) garantie(s)?*, 63; H. LECUYER, *Les autorités administratives indépendantes et le dualisme juridictionnel*, 70; P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *Le dualisme juridictionnel : l'expérience de l'hospitalisation sans consentement*, 75; B. SEILLER, *La dualité fonctionnelle du Conseil d'État et le débat sur la dualité juridictionnelle*, 87; F. LANGLOIS, *Discours de clôture*. Tutti nel dossier *L'avenir du dualisme juridictionnel: continuité ou rupture?*, in *Revue de droit d'Assas*, n. 18, 2019. In senso contrario si veda J. ARRIGHI DE CASANOVA, J.H. STAHL [*Tribunal des conflits: l'âge de la maturité*, in *AJDA*, 2015, 576] laddove si afferma «*n'est plus à la*

Tribunal des conflits, nel garantire il diritto ad un *recours effectif* e nel prevenire ipotesi di *déni de justice*, è ulteriormente confermata dal recente intervento legislativo di rinnovamento, finalizzato ad adeguare la struttura dell'istituzione al contesto giuridico ⁽⁴⁶⁾.

Secondariamente, appare di estremo interesse rilevare che, anche in riferimento al sistema francese, possono rintracciarsi due diversi ordini di problemi inerenti al raccordo fra plessi giurisdizionali. Da un lato, si rinvencono ipotesi di conflitto fra *l'ordre judiciaire* e *l'ordre administratif* relative all'interpretazione della disciplina in materia di riparto, in particolare qualora appaia lacunosa o non sufficientemente esaustiva. Dall'altro, è possibile registrare la presenza, fra i due diversi ordini giurisdizionali, di possibili contrasti interpretativi in riferimento alla risoluzione della medesima questione giuridica.

L'ordinamento francese, come già ampiamente anticipato, ha risolto il primo ordine di problemi tramite l'istituzione del *Tribunal des conflits*: un organo competente a conoscere di ogni controversia in punto di giurisdizione, i cui approdi interpretativi, in forza della composizione paritaria, appaiono dotati di un carattere tanto condiviso, quanto risolutivo. Nello specifico, la presenza di membri provenienti da entrambi i plessi giurisdizionali emerge come un carattere indefettibile per il perseguimento della funzione istituzionale allo stesso attribuita. Il *Tribunal des conflits* non può infatti essere considerato come un semplice «*gardien des frontières*» in quanto è necessario avere contezza che l'individuazione del giudice giurisdizionalmente competente, equivale ad identificare il diritto applicabile, così come a precisarne i confini ed i contorni ⁽⁴⁷⁾. Il ruolo svolto dalla giurisprudenza del *Tribunal des conflits* - ad esempio - è stato considerato determinante per la formazione ed evoluzione dello stesso diritto amministrativo, circostanza difficilmente prefigurabile in assenza di un'opportuna rappresentanza dello stesso *Conseil d'État* ⁽⁴⁸⁾.

contestation de la dualité des ordres de juridiction, au demeurant consacrée par la jurisprudence constitutionnelle depuis 1987 et par le texte de la Constitution depuis 2008».

⁴⁶ Si veda l'intervento di P. GONOD, in *Le Tribunal des conflits. Bilan et perspectives*, cit., 3.

⁴⁷ Così l'intervento alla tavola rotonda di E. BARADUC «*On ne peut s'en étonner car désigner le juge compétent, c'est identifier le droit applicable, c'est en préciser les critères e les contours*», in *Le Tribunal des conflits. Bilan et perspectives*, cit., 43.

⁴⁸ «*La part que le Tribunal des conflits a prise dans la formation du droit administratif, qu'il soit ensuite appliqué par le juge administratif ou par le juge judiciaire, est déterminante. Il me paraît à cet égard très révélateur que le Grands arrêts de la jurisprudence administrative s'ouvrent sur la décision du 8 février 1973, Blanco. Notre droit public ne serait pas ce qu'il est aujourd'hui sans cette décision qui dit que la*

Per quanto invece concerne i conflitti interpretativi che emergono fra la giurisprudenza della giurisdizione ordinaria ed amministrativa, l'ordinamento francese non conosce uno specifico strumento di risoluzione. Ai fini della presente analisi, appare comunque rilevante l'avvenuta enucleazione della problematica. Ciò ha poi trovato ulteriore conferma nella proposta - in ultimo rimasta inevasa - di ampliare il ventaglio di competenze proprie del Tribunale dei conflitti, così da potervi ricomprendere anche tali conflitti interpretativi. A questo punto, alla luce dell'attuale volontà legislativa, è plausibile che tali incongruenze interpretative possano trovare una propria composizione all'interno di commissioni istituite appositamente per agevolare l'incontro ed il dialogo fra i plessi giurisdizionali ⁽⁴⁹⁾.

Un'ultima notazione: alcuni autori si sono espressi nel senso di escludere la fattibilità di una comparazione giuridica con l'ordinamento francese ⁽⁵⁰⁾. In particolare, è stato affermato che le due realtà istituzionali appaiono assolutamente incomparabili per diverse cause: la strutturale diversità dei contesti di appartenenza, la non confrontabilità degli strumenti processuali utilizzati e l'esiguità del numero di controversie annualmente conosciute dal *Tribunal des conflits*, in confronto all'elevata quantità di ricorsi devoluti alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in veste di giudice della giurisdizione.

A tal proposito, è opportuno rilevare come sia difficilmente condivisibile l'idea di un'incomparabilità fra l'ordinamento italiano e francese, essendo entrambi appartenenti alla cultura giuridica di *civil law* ed avendo entrambi aderito ad un modello di impianto dualista. Il numero elevato di controversie concernenti questioni di giurisdizione trova spiegazione nei diversi e più complessi criteri utilizzati per il riparto. In realtà, deve altresì segnalarsi come - nel concreto - le statistiche non appaiano così distanti da apparire inconciliabili. Dal sito istituzionale della Corte di Cassazione emerge che le Sezioni Unite decidono dalle 600 alle 800 controversie all'anno. È

responsabilité de l'État pour des dommages causés au particulier pas les agents publics ne peut être régie par le droit civil». Così l'intervento alla tavola rotonda di E. BARADUC, in *Le Tribunal des conflits. Bilan et perspectives*, cit., 43.

⁴⁹ «L'intensification contemporaine du dialogue, qu'il soit institutionnalisé ou non, atténuera probablement bien des divergences». Così B. SEILLER, *Les grands conflits entre le Conseil d'État et de la Cour de cassation aspects contemporains*, cit., 77.

⁵⁰ In tal senso in particolare si veda F. DE STEFANO, *I discutibili presupposti del Tribunale dei Conflitti*, cit; anche A. TRAVI, *Considerazioni sulla proposta di legge per l'istituzione del Tribunale dei conflitti*, in *quest. giust.*, 2, 2019; C. CONSOLO, *La base partecipativa e l'aspirazione alla nomofilachia*, in *Foro It.*, V, 2018, col. 111; A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *La strana idea di consentire ai giudici amministrativi di comporre i collegi delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2018, V, 62.

possibile, poi, riscontrare che, laddove si proceda a filtrare ulteriormente la ricerca utilizzando come *keyword* i termini «motivi» e «giurisdizione», il numero si riduce ad una media annua di circa 170 decisioni. Il numero delle pronunce rimane comunque almeno di tre volte superiore alla media del *Tribunal des conflits*, tuttavia, non appare un differenziale così ingente, né in grado di inficiare un'analisi in chiave comparata fra questi ordinamenti, né tantomeno da renderne inutile le eventuali risultanze.

3. L'ordinamento tedesco: un modello a struttura multi-giurisdizionale

L'ordinamento tedesco, così come quello italiano e francese, si caratterizza per un'organizzazione giudiziaria ad impianto dualista, che distingue tra tribunali ordinari, aventi il proprio organo di vertice nel *Bundesgerichtshof* e tribunali amministrativi, facenti capo, in ultima istanza, al *Bundesverwaltungsgericht*. La giurisdizione amministrativa è poi suddivisa in tre diversi ordini giurisdizionali: i giudici amministrativi generali; la giurisdizione finanziaria, con a capo il *Bundesfinanzhof*; la giurisdizione previdenziale con al vertice il *Bundessozialgericht*. A questi si aggiunge anche un quinto ordine giurisdizionale, competente a conoscere le controversie di diritto del lavoro e sindacale, rispondente al *Bundesarbeitsgericht*.

La giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa sono entrambe dotate di una competenza a carattere generale; al contrario, la giurisdizione sociale, tributaria e lavoristica sono giurisdizionalmente competenti nelle sole materie tassativamente indicate dal legislatore ⁽⁵¹⁾. Il riparto fra le due giurisdizioni a competenza generale è regolato in base alla natura delle norme che disciplinano il rapporto controverso: se la normativa applicabile è afferente al settore del diritto pubblico, allora sussisterà la competenza dei tribunali amministrativi; se la disciplina attiene al diritto privato, allora la competenza sarà attribuita ai tribunali ordinari ⁽⁵²⁾.

⁵¹ In tema si veda N. LONGHI, *Verso una giurisdizione specializzata. I convergenti percorsi dei sistemi europei di giustizia amministrativa*, Roma, 2017.

⁵² Un tale sistema di riparto è però caratterizzato da molteplici eccezioni. Infatti, l'ordinamento tedesco, diversamente da quanto accaduto in Francia ed in Italia, ha nel tempo previsto che molteplici materie - astrattamente ascrivibili alla giurisdizione del giudice amministrativo - transitassero nell'alveo di competenza del giudice ordinario. Si segnala come, ad esempio, parte della materia relativa alla responsabilità dello Stato sia stata affidata alla giurisdizione del giudice ordinario (così per l'azione risarcitoria per i danni determinati dalle pubbliche amministrazioni o per la determinazione dell'ammontare di un indennizzo per i procedimenti d'esproprio). Un ulteriore ambito interessato da un tale processo di trasferimento a favore della giurisdizione ordinaria è quello delle controversie tra cittadini ed amministrazioni che si caratterizzano per rapporti giuridici di stampo privatistico. L'aumento di

Infatti, da un lato, il § 40, co. 1, VwGO stabilisce che la giurisdizione amministrativa è competente a conoscere tutte le controversie afferenti il diritto pubblico non costituzionale, ove le stesse non vengano espressamente attribuite in via legislativa ad altro e diverso Tribunale; dall'altro lato, il § 13, GVG afferma che i tribunali ordinari hanno giurisdizione su tutte le controversie di diritto civile e penale che non siano espressamente affidate ad altri giudici ⁽⁵³⁾. Da una lettura combinata delle suddette disposizioni - dotate di un carattere evidentemente simmetrico - è possibile evincere l'esistenza di una pariordinazione istituzionale fra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa.

Il sistema giudiziario tedesco - così come regolato dalla *Grundgesetz* - si compone quindi di cinque diversi ordini giurisdizionali tutti formalmente pari ordinati ⁽⁵⁴⁾. Ognuna di queste cinque giurisdizioni è articolata al proprio interno in più gradi, tendenzialmente con corti di prima e seconda istanza, al cui vertice è posta una Corte Suprema Federale - internamente divisa in più sezioni - in veste di giudice di ultimo grado. Analogamente a quanto visto in riferimento all'esperienza giuridica di Italia e Francia, i Tribunali Supremi Federali garantiscono, in funzione di giudici

attribuzioni a vantaggio dei tribunali ordinari si è ulteriormente accentuata a seguito della privatizzazione dei servizi pubblici, tramite delega a società di diritto privato, nelle quali la pubblica amministrazione mantiene comunque una propria quota di partecipazione (public-private-partnership): l'intera materia è infatti ormai affidata al giudice ordinario. Ed inoltre, anche le controversie relative alle procedure d'appalto, che all'interno dell'ordinamento tedesco tradizionalmente attengono ad ambiti di competenza propri del diritto civile, sono state integralmente attribuite alla giurisdizione dei giudici ordinari. Così, E. SCHMIDT-ABMANN, L. DE LUCIA, M.C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2016, 711-769; cfr. anche B. MARCHETTI, *Qualche nota di riflessione sulle prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La Giustizia Amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, in *Quad. dir. Proc. Amm.*, 2017.

⁵³ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 45.

⁵⁴ L'art. 92 della *Grundgesetz* dispone che il potere giurisdizionale sia affidato ai giudici. In particolare, esso viene esercitato dal Tribunale Costituzionale Federale, dai Tribunali Supremi Federali e dai Tribunali dei Länder. I Tribunali Supremi Federali sono poi indicati all'art. 95, co. 1, GG laddove si prescrive che «per la giurisdizione ordinaria, amministrativa, finanziaria, del lavoro e sociale, la Federazione istituisce quali Corti supreme la Corte Federale di Giustizia, il Tribunale Amministrativo Federale, la Corte Finanziaria Federale, il Tribunale Federale del Lavoro e il Tribunale Sociale Federale». Dalla lettura in combinato disposto degli artt. 92 e 95, co. 1, GG si evidenzia come il legislatore costituzionale tedesco abbia voluto delineare il proprio sistema giurisdizionale come un sistema unitario, seppur articolato in cinque diverse ramificazioni (*zweige*). Un dato che trova ulteriore conferma nella regolamentazione uniforme della formazione e dello status di tutti i giudici appartenenti ai diversi rami in cui si ripartisce la funzione giurisdizionale, così come previsto dalla *Deutsche Richtergesetz* ("Legge tedesca sulla magistratura"). In argomento si veda M. CARRÀ, *Il processo amministrativo tedesco*, in D. SORACE (a cura), *Discipline processuali differenziate dei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2010, 29; M.C. ROMANO, *Il processo amministrativo in Germania: pluralità delle azioni ed effettività della tutela*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La Giustizia Amministrativa in Italia e in Germania*, cit., 188.

apicali, l'uniformità della giurisprudenza, ricoprendo le vesti di giudici della nomofilachia all'interno del proprio plesso giurisdizionale. Al fine di implementare l'esercizio delle suddette funzioni nomofilattiche, la disciplina sull'ordinamento giudiziario tedesco prevede, per ognuna delle Corti Supreme Federali, la possibilità di riunirsi in un *Großer Senat* (Seduta plenaria), e la facoltà del *Bundesgerichtshof* di sedere in un *Vereinigter Großer Senat* (Seduta plenaria a sezioni civili e penali unite)⁽⁵⁵⁾. L'ordinamento tedesco, attraverso queste forme di composizione straordinaria dei collegi giudicanti, mira a garantire una generale concordanza nell'interpretazione ed applicazione del diritto all'interno del singolo ordine giurisdizionale⁽⁵⁶⁾.

Pare il caso di evidenziare che un siffatto ordinamento giudiziario, sebbene sia capace di assicurare la generale unità del diritto all'interno del singolo plesso giurisdizionale, è astrattamente esposto, alla luce dell'accentuata frammentazione interna, all'insorgere di contrasti - sia in termini di riparto, che a livello sostanziale - fra i diversi ordini giurisdizionali.

3.1. La disciplina tedesca in materia di conflitti fra ordini giurisdizionali.

Alla luce di quanto emerso in conclusione del precedente paragrafo è opportuno procedere ad una disamina delle regole che disciplinano - all'interno dell'ordinamento tedesco - i conflitti in tema di riparto fra ordini giurisdizionali. Tali conflitti - fino all'intervento legislativo del 1990 - erano regolati e risolti in base ad un meccanismo

⁵⁵ Più in particolare, la formazione in *Großer Senat* è disciplinata dal § 132 del GVG che ne regola puntualmente le funzioni ed i casi di intervento. In particolare, è prescritto che il *Senat* possa rinviare - in via facoltativa - al *Großer Senat* la risoluzione di questioni di particolare importanza, così da garantire una generale uniformità della giurisprudenza ed una corretta interpretazione della legge. Sussiste, invece, un vero e proprio obbligo di rimessione quando la singola sezione intenda divergere dalla giurisprudenza di altra sezione o da quella dello stesso *Großer Senat*. Per quanto concerne il *Bundesgerichtshof* esiste sia un *Großer Senat* per le questioni civili, che un *Großer Senat* per le questioni penali. In quelle ipotesi in cui si prefiguri la possibilità di una divergenza interpretativa fra una sezione civile ed una sezione penale, si prevede la speciale composizione in un *Vereinigte Große Senate* (sezioni unite civili e penali). Tuttavia, l'ammissibilità della rimessione al *Vereinigter Großer Senat* richiede il previo interpello da parte della sezione intenzionata a mutare giurisprudenza dell'altra sezione, ed un responso di quest'ultima nel senso di mantenere fermo il proprio pregresso orientamento giurisprudenziale. Così A. BRIGUGLIO, *Appunti sulle Sezioni Unite Civili*, cit., 16-44.

⁵⁶ Funzioni che appaiono del tutto assimilabili a quelle assolute all'interno dell'ordinamento italiano dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e dalle Sezioni Riunite della Corte dei Conti. In argomento si veda S. GATTAMELATA, A. POLICE, «Contatti» tra giurisdizioni nella repubblica federale tedesca (a commento della legge per la garanzia dell'unità della giurisprudenza delle Supreme Corti federali - 19 giugno 1968, in *Dir. proc. amm.*, 2, 1995, 367 e ss..

processuale relativamente inefficiente. La disciplina preesistente prevedeva che ogni giudice fosse astrattamente legittimato ad esaminare la competenza del proprio ordine giurisdizionale. In forza di ciò, paradossalmente, poteva verificarsi la circostanza per cui il plesso giurisdizionale inizialmente adito, una volta giunti in ultima istanza, si ritenesse giurisdizionalmente incompetente, procedendo ad un rinvio a favore del giudice di prima istanza di un diverso ordine giurisdizionale. Quest'ultimo, ipoteticamente, qualora ritenutosi a sua volta incompetente, era legittimato a rinviare, in ogni grado, ad un nuovo ordine giurisdizionale. Circostanza che astrattamente poteva ulteriormente riproporsi. In definitiva, il quinto ed ultimo plesso giurisdizionale era il solo a non poter denegare la propria competenza, essendo obbligato a pronunciarsi nel merito della controversia. È evidente come questa disciplina si contraddistinguesse per palpabili ricadute negative, tanto in termini di costi che di tempi processuali.

Pertanto, con l'intento di diminuire il numero di conflitti positivi e negativi in punto di giurisdizione, il legislatore tedesco è intervenuto con un importante intervento di riforma. La materia è, ad oggi, regolata dal § 17a del GVG, che attribuisce al primo giudice investito della controversia il potere circa l'individuazione del giudice giurisdizionalmente competente. Più nello specifico, la vigente normativa prescrive che laddove il giudice per primo adito si ritenga giurisdizionalmente incompetente, dovrà declinare la propria giurisdizione e rinviare all'ordine giurisdizionale che considera dotato di competenza. L'ordinanza di rinvio, qualora non impugnata, vincolerà in punto di giurisdizione il giudice *ad quem*, il quale non potrà né operare ulteriori rinvii, né sollevare un conflitto di giurisdizione innanzi ad un organo superiore⁽⁵⁷⁾.

Questa disciplina rende assai plausibile l'ipotesi che il giudice ordinario finisca per decidere di controversie afferenti al diritto amministrativo, così come che i giudici amministrativi conoscano di controversie che rientrano nella giurisdizione del giudice

⁵⁷ Il tempestivo accertamento - da parte del tribunale primariamente adito - dell'ordine giurisdizionalmente competente previene il rischio che nelle istanze successive si debba aggravare il procedimento giudiziale. La questione di giurisdizione, infatti, non potrà essere sollevata per la prima volta, né riproposta, nei successivi gradi di giudizio. In tal senso, cfr. N. LONGHI, *Verso una giurisdizione specializzata. I convergenti percorsi dei sistemi europei di giustizia amministrativa*, cit.; G. SERRA, *Intangibilità della giurisdizione, giusto processo ed effettività della tutela. Domande connesse e derogabilità della giurisdizione*, in *quest. giust.*, 19 giugno 2018; M. CARRÀ, *Il processo amministrativo tedesco*, cit., 45; A. CARBONE, C. BELLESINI, *Riparto di giurisdizione e controversie di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La Giustizia Amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, cit., 31. Si veda anche l'intervento in tavola rotonda di K.P. SOMMERMANN, in *Le Tribunal des conflits. Bilan et perspectives*, cit., 49.

ordinario ⁽⁵⁸⁾. In tal senso, deve però segnalarsi che la potenziale violazione - anche laddove assai frequente - delle regole in materie di riparto non è considerata, all'interno dell'ordinamento giuridico tedesco, un dato particolarmente problematico. Come già anticipato, la *Grundgesetz*, in base al principio dell'unità funzionale della giurisdizione, considera i cinque ordini giurisdizionali tutti fra loro pariordinati (*Gleichwertigkeit*) e pertanto sostanzialmente interscambiabili, essendo tutti egualmente deputati alla tutela delle posizioni soggettive fatte valere in giudizio. In base a questa ricostruzione la violazione delle regole in materia di riparto non può considerarsi lesiva del principio di effettività della tutela: è come se si trattasse di una semplice violazione delle regole di competenza interne ad uno stesso plesso giurisdizionale ⁽⁵⁹⁾.

3.2. *Il Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes*

Ai fini della presente indagine, appare di estremo interesse rilevare l'esistenza di un apposito meccanismo di conciliazione fra i cinque ordini giurisdizionali. Il *Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes* ⁽⁶⁰⁾ è un organismo di raccordo istituzionale - del tutto indipendente dalle singole Corti Supreme Federali - finalizzato alla risoluzione di quei contrasti interpretativi o applicativi che possano sorgere fra plessi giurisdizionali, in riferimento ad una data questione di carattere sostanziale. L'obiettivo perseguito consiste nel garantire una giurisprudenza uniforme non soltanto all'interno del singolo plesso giurisdizionale, ma in riferimento all'ordinamento nazionale nel suo complesso, agevolando la risoluzione dei conflitti che possano sorgere tra giudici «diversi» (civili e penali, amministrativi, del lavoro, finanziari e sociali), soprattutto nelle discipline di confine.

Il *Gemeinsamer Senat* ha sede a Karlsruhe ed è stato istituito a seguito della riforma legislativa «per la garanzia dell'unità della giurisprudenza delle Supreme Corti

⁵⁸ Per un esame delle ipotesi in cui il giudice ordinario può trovarsi a decidere anche questioni tendenzialmente di diritto amministrativo, si veda il commento di P. GUMMER al § 17 GVG in R. ZÖLLER, *Zivilprozessordnung*, 2009, 2564.

⁵⁹ Così la ricostruzione in argomento di N. LONGHI, *Verso una giurisdizione specializzata. I convergenti percorsi dei sistemi europei di giustizia amministrativa*, cit..

⁶⁰ K. MIEBACH, *Der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes. Geschichte, Probleme und die Stellung des Gemeinsamen Senats zum Bundesverfassungsgericht*, Berlino, 1971; W. SPÄTH, *Der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes: seine Stellung und Aufgabe - Umgehungstendenzen in der Rechtsprechung*, in *Betriebs-Berater*, 4, 1977, 153; M. SCHULTE, *Rechtsprechungseinheit als Verfassungsauftrag : dargestellt am Beispiel des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes*, Berlino, 1986.

federali»⁽⁶¹⁾ del 18 giugno 1968, che è intervenuta a modifica dell'articolo 95 - rubricato *Corti Supreme della Federazione* - della *Grundgesetz*. Per quanto concerne il profilo strutturale, esso è composto da un totale di nove membri: i cinque Presidenti delle Supreme Corti Federali; i Presidenti delle due sezioni delle Corti Supreme Federali interessate dal conflitto interpretativo (*Beteiligte Senate*); un membro per ognuna delle due sezioni parte della controversia; infine, la Presidenza viene attribuita al Presidente più anziano della Suprema Corte Federale non «interessata» nel conflitto. Sotto il versante processuale, la decisione è presa su rinvio di una sezione di un Tribunale Federale che intenda discostarsi - in riferimento ad una data questione - dalla giurisprudenza di un altro Tribunale Federale o dello stesso *Gemeinsamer Senat*, e produce effetti vincolanti ed uniformanti per l'intero ordinamento giuridico tedesco⁽⁶²⁾.

Nonostante il notevole interesse teorico è però necessario segnalare che le decisioni assunte da quest'organo sono nel concreto assai rare. Tale dato trova conferma da una rapida rassegna della casistica giurisprudenziale: a partire dalla data d'istituzione del *Gemeinsamer Senat*, è possibile contare un numero totale di 23 pronunce, di cui l'ultima emanata nel corso del 2012⁽⁶³⁾. A queste si devono aggiungere i casi in cui il *Senat* si trova a pronunciare un'ordinanza di estinzione; in particolare, si fa riferimento alle ipotesi in cui, nelle more del giudizio, si riesca a raggiungere un nuovo e diverso

⁶¹ «*Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes*».

⁶² Per quanto concerne ulteriori aspetti processuali ed organizzativi: il giudizio innanzi al *Gemeinsamer Senat* viene attivato da un *Vorlegungsbeschluss*, un decreto motivato - la cui notifica sospende il giudizio *a quo* - nel quale il giudice *a quo* specifica la decisione o l'orientamento dell'altra Corte Suprema Federale dal quale si vuole discostare, motivando le ragioni che giustificano tale richiesta. L'oggetto del giudizio si limita alla sola questione giuridica sollevata dalla Sezione della Corte Suprema Federale che effettua il rinvio ed è solo su questo punto che la decisione del *Gemeinsamer Senat* produce effetti vincolanti nel giudizio *ad quem*. Ed ancora, è necessario evidenziare che qualora le norme dell'ordinamento giudiziario che regolano il funzionamento della Corte federale rimettente contemplino la formazione straordinaria in *Grosser Senat* o in *Vereinigte Grosse Senate*, allora l'intervento del *Gemeinsamer Senat* dovrà essere preceduto dalla decisione della Corte federale in composizione straordinaria, a cui spetterà l'onere di confermare l'intenzione di mutare il proprio orientamento interpretativo rispetto ad un'altra Corte federale o allo stesso *Gemeinsamer Senat*. Inoltre, il giudizio di rinvio si estingue quando la Sezione della Corte Suprema Federale, dalla cui precedente decisione ci si voleva discostare, si associa all'orientamento giurisprudenziale proposto dal giudice rinviante. Infine, è d'interesse sottolineare come manchi un'uniformità di procedura per i giudizi incardinati innanzi al *Gemeinsamer Senat* applicandosi, infatti, volta per volta, le norme processuali della singola Sezione rinviante. Per questa efficace disamina si veda S. GATTAMELATA, A. POLICE, «*Contatti tra giurisdizioni nella repubblica federale tedesca (a commento della legge per la garanzia dell'unità della giurisprudenza delle Supreme Corti federali - 19 giugno 1968, cit.*». In riferimento alla vincolatività delle decisioni assunte dal *Gemeinsamer Senat* si veda A. BRIGUGLIO, «*Creatività della giurisprudenza, mutamento giurisprudenziale e giudizio di rinvio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 1381.

⁶³ Decisione n. 1/10 del 22.08.2012 in merito all'applicabilità della normativa tedesca sui prezzi per la vendita dei farmaci sulle importazioni provenienti da altri Stati europei. Il testo integrale delle decisioni del GmS-OGB è reperibile su www.wolterskluwer-online.de.

raccordo fra i due ordini giurisdizionali originariamente entrati in conflitto, così venendo meno la materia del contendere ⁽⁶⁴⁾.

Ciò detto, è evidente che l'esiguità di controversie storicamente decise dal *Gemeinsamer Senat* è un indice che non può passare inosservato ⁽⁶⁵⁾.

In tal senso, fra le diverse possibili ragioni giustificatrici, è stato rilevato il possibile utilizzo del *Verfassungsbeschwerde* - ricorso individuale alla Corte costituzionale Federale tedesca - come strumento alternativo di risoluzione dei conflitti interpretativi fra ordini giurisdizionali ⁽⁶⁶⁾. Per meglio comprendere la diffusione del fenomeno, è opportuno procedere ad una breve digressione relativamente alle funzioni affidate alla Corte Costituzionale all'interno dell'ordinamento tedesco. Questo, a differenza di quello italiano, riconosce ai singoli individui il diritto di ricorrere innanzi al *Bundesverfassungsgericht* per lamentare la violazione di un diritto fondamentale, a fronte dell'operato dei pubblici poteri ⁽⁶⁷⁾. Il ricorso - principale modalità di accesso al Tribunale Costituzionale - può essere esperito individualmente da ogni cittadino una volta esaurite tutte le altre forme di accesso alla tutela giurisdizionale. Il *Verfassungsbeschwerde* - introdotto nella *Grundgesetz* nel 1969 e regolato dall'art. 93, co. 1 - ha un ambito oggettivo di applicazione assai ampio, essendo esperibile a fronte

⁶⁴ L'ultima pronuncia in tal senso è la (GmS-OGB) n. 2/07 risalente all'8 marzo 2010. Dal testo della decisione [reperibile anche sul sito istituzionale www.bundesgerichtshof.de] emerge come il *Gemeinsamer Senat* abbia deciso di interrompere la procedura, non essendo più riscontrabili le ragioni e la necessità di una sua decisione. Infatti, in ordinanza viene poi ricostruito come la IV sezione del *Bundesgerichtshofs* nel parere emanato il 21 agosto 2009 abbia negato l'esistenza di una divergenza interpretativa tra la giurisprudenza della IV sezione del *Bundesgerichtshofs* e la giurisprudenza della III sezione del *Bundesarbeitsgericht*. Tale parere è intervenuto a seguito di una prima richiesta di chiarimenti operata nei confronti della III sezione del *Bundesarbeitsgericht*, che in data 26 maggio 2009 ha negato l'esistenza di un tale conflitto interpretativo fra i suddetti plessi giurisdizionali. Alla luce dell'avvenuta risoluzione informale del suddetto conflitto interpretativo, il *Bundesarbeitsgericht* con ordinanza del 9 dicembre 2009 ha rinunciato alla pronuncia del *Gemeinsamer Senat*.

⁶⁵ Così in E. SCHMIDT-ABMANN, L. DE LUCIA, M.C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, cit.; in tal senso anche E. DENNIGERE [*Judicial review revisited: the german experience*, in *Tulane law review*, 1985, 1013] laddove già affermava che «*This classic judicial proceeding, however, is becoming increasingly obsolete*».

⁶⁶ «*Instead, it has become common for lawsuits concerning these issues [questions of law in the case of divergence between two high court] to be submitted to the Federal Constitutional Court because the violation of a fundamental right is at issue. The Federal Constitutional Court will probably provide an authentic interpretation of the statute, even though it ostensibly refuses, as a matter of principle, to play the role of an ordinary court of appeal when interpreting a question of law*». Così E. DENNIGERE, *Judicial review revisited: the German experience*, cit.

⁶⁷ All'interno della categoria dei diritti fondamentali viene ricompresa la generalità dei diritti presenti all'interno della *Grundgesetz*: l'accesso agli uffici; il diritto di voto; il principio del giudice naturale precostituito per legge; la libertà personale; il diritto alla difesa e più in generale il diritto al *due process*. In tal senso, G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. RINELLA, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, V ed., Torino, 2016, 578.

di una lesione derivante da un atto legislativo, amministrativo o da una decisione giurisdizionale ⁽⁶⁸⁾. In tal senso, è esemplificativa la categoria dei c.d. ricorsi costituzionali interpretativi, che permettono al Tribunale Costituzionale di verificare se l'organo giurisdizionale abbia correttamente utilizzato gli spazi affidati al suo libero apprezzamento - in presenza di clausole generali o di concetti giuridici indeterminati - orientando il proprio giudizio in base ai diritti fondamentali quale, segnatamente, il principio di effettività della tutela.

In tali circostanze, il *Bundesverfassungsgericht* è legittimato - tramite sentenza o ordinanza - a fornire l'interpretazione costituzionalmente orientata di una determinata disposizione di legge, ovvero a censurare gli orientamenti interpretativi alla base di una data decisione giurisdizionale, finendo per dare una concreta soluzione alla disputa interpretativa sorta fra le Corti Supreme Federali. Pertanto, tenuto conto della possibilità di pervenire ad esiti paragonabili e del largo successo riscontrato dal *Verfassungsbeschwerde*, è plausibile che lo stesso abbia influito sulla «fortuna» del *Gemeinsamer Senat*.

3.3. Ulteriori brevi riflessioni in prospettiva comparata

In considerazione di quanto emerso nei precedenti paragrafi, deve osservarsi come l'ordinamento giuridico tedesco non conosca un organo con funzioni assimilabili a quelle svolte dal *Tribunal des conflits* o dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in veste di giudice della giurisdizione ⁽⁶⁹⁾. Le controversie inerenti questioni di giurisdizione trovano soluzione tramite un approccio di tipo decentralizzato, che affida il potere decisionale in materia di riparto al giudice primariamente adito ⁽⁷⁰⁾. L'utilizzo

⁶⁸ Sul piano statistico ogni anno vengono presentati più di un migliaio di ricorsi, così rendendo indispensabile l'utilizzo di una procedura filtro per evitare un blocco nell'attività della Corte. Al tal fine è stato istituito un apposito comitato - costituito da tre giudici - cui è attribuita la funzione di esaminare in via preliminare il ricorso, ed eventualmente anche la facoltà di respingerlo - con voto unanime - laddove lo stesso venga valutato come infondato. In argomento, si rinvia a P.G. LUCIFREDI, *Appunti di diritto costituzionale comparato. IV. Il sistema tedesco (La Repubblica Federale)*, IV ed., Milano, 2001, 85 - 103; In argomento, si veda anche P. HÄBERLE, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milano, 2000, 42 - 77.

⁶⁹ «L'unitarietà della giurisdizione implica che nel sistema tedesco non siano configurabili dei conflitti di giurisdizione in senso tecnico, così come sussistono in Italia e in Francia» così M.C. ROMANO, *Il processo amministrativo in Germania: pluralità delle azioni ed effettività della tutela*, cit., 190.

⁷⁰ Inoltre, il *Gemeinsamer Senat* - alla luce delle funzioni cui è adibito - sarebbe astrattamente competente a conoscere anche degli eventuali contrasti interpretativi che possano sorgere intorno alla natura di diritto privato o di diritto pubblico di una data controversia, finendo indirettamente per svolgere anche le funzioni di giudice del riparto tra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa generale.

di tale meccanismo processuale facilita - temporalmente - l'individuazione del giudice competente, agevolando l'accesso alla tutela giurisdizionale. Un modello di tipo accentrato come il francese, basato su un impianto a composizione paritaria, o l'italiano, con la prevalenza della giurisdizione ordinaria, d'altro canto, assicura un maggior grado di certezza circa la corretta applicazione della disciplina legislativa in tema di riparto ⁽⁷¹⁾. Una risultanza che però non appare problematica né sul piano applicativo, né a livello ricostruttivo, in considerazione dell'adesione al principio della «ordinarietà» di tutti i giudici. In sostanza, all'interno dell'ordinamento tedesco, il tema del riparto fra ordini giurisdizionali non determina contrasti o scontri di «politica giudiziaria» ⁽⁷²⁾.

Per ciò che invece concerne le antinomie interpretative che possano emergere fra i cinque ordini giurisdizionali, è di estremo interesse teorico rilevare la presenza di un organo come il *Gemeinsamer Senat* che ha la funzione precipua di risolvere i contrasti giurisprudenziali insorti fra gli ordini giurisdizionali, su specifiche questioni giuridiche, in un'ottica di cooperazione fra le Corti Supreme Federali. Un organo assimilabile non trova cittadinanza né all'interno dell'ordinamento italiano, né in quello francese, ed assume, quindi, un ruolo cruciale in riferimento all'enucleazione della problematica in esame. Ciò nonostante, si è già rilevato come le decisioni assunte da un tale organo siano nel concreto particolarmente esigue. Questo dato - come anticipato - potrebbe trovare parziale spiegazione nel frequente utilizzo del *Verfassungsbeshwerde* come strumento di composizione alternativa delle suddette difformità interpretative ⁽⁷³⁾. In tal

⁷¹ In tal senso l'intervento alla tavola rotonda di K.P. SOMMERMANN, in *Le Tribunal des conflits. Bilan et perspectives*, cit., 50.

⁷² N. LONGHI, *Verso una giurisdizione specializzata. I convergenti percorsi dei sistemi europei di giustizia amministrativa*, cit., 252; G. SERRA, *Intangibilità della giurisdizione, giusto processo ed effettività della tutela. Domande connesse e derogabilità della giurisdizione*, cit.. In tal senso, si noti come in Germania, anche alla luce della recente politica legislativa di aumento delle materie affidate alla cognizione del giudice ordinario in ambiti tradizionalmente riservati alla cognizione del giudice amministrativo, non si registra un aumento o un inasprimento dei conflitti in punto di giurisdizione. Così E. SCHMIDT-ABMANN, L. DE LUCIA, M.C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, cit..

⁷³ Un ulteriore dato da tenere presente è che le cinque Corti supreme federali tedesche decidono in via quasi esclusiva ricorsi basati su questioni di diritto. Il giudizio di legittimità è accessibile: quando tale impugnazione è esplicitamente consentita dalla legge; quando l'impugnazione è autorizzata espressamente da un'autorità giudiziaria (corte di seconda istanza, o direttamente dalla rispettiva Corte suprema). In tali casi, una volta autorizzata l'impugnazione, la rispettiva Corte Suprema Federale non potrà rifiutarsi di esaminare la suddetta controversia. I presupposti ai fini dell'impugnazione sono specificati nei rispettivi codici di procedura: in via esemplificativa, quando il caso è di fondamentale importanza; quando la decisione non si è conformata ad un precedente della rispettiva Corte Suprema Federale, o dal *Gemeinsamer Senat*, o dalla Corte Costituzionale federale. Il riferimento alla «importanza fondamentale» è riferito a quelle controversie che offrono l'opportunità di favorire l'uniformità dell'attività giurisdizionale e lo sviluppo del diritto in riferimento ad una moltitudine di casi futuri. L'ordinamento

senso, un ulteriore elemento da tenere in considerazione è la complessità della procedura da seguire al fine di pervenire ad una pronuncia di tale organo. Infatti, qualora le norme dell'ordinamento giudiziario che regolano il funzionamento della Corte federale rimettente contemplino la composizione straordinaria in *Große Senat* o in *Vereinigter Großer Senat*, allora l'intervento del *Gemeinsamer Senat* dovrà essere preceduto da una pronuncia della Corte federale in tale composizione, che confermi la volontà di procedere in tal senso. A ciò si aggiunge l'obbligo di procedere all'apertura di un canale di dialogo con la seconda Corte federale per tentare una composizione preventiva del conflitto ⁽⁷⁴⁾.

Da ultimo, è possibile osservare che l'ordinamento tedesco, in considerazione dell'assunta «ordinarietà» di tutte le giurisdizioni ed in assenza di una rigida separazione fra le stesse, si caratterizzi per una forte componente dialogica. Ciò sembra invertire il rapporto direttamente proporzionale fra i casi di sovrapposizioni tra plessi giurisdizionali e l'emersione di interpretazioni giurisprudenziali antinomiche.

4. Il sistema giuridico spagnolo: un ordinamento ad impianto monista

L'ordinamento giudiziario spagnolo - al contrario di quello francese, tedesco ed italiano - si caratterizza per un impianto giurisdizionale a struttura monista con formazioni specializzate. In particolare, l'articolo 9 della *Ley Orgánica del Poder Judicial* (LOPJ) dispone che i diversi ordini di giudici - tutti egualmente parte del *Poder Judicial* - siano giurisdizionalmente competenti nelle materie loro attribuite in via legislativa. In via residuale, i giudici dell'ordine civile conoscono, oltre che delle materie loro testualmente attribuite, anche di quelle non espressamente affidate ad altro ordine giurisdizionale. Il *Tribunal Supremo* ⁽⁷⁵⁾ è l'organo di vertice dell'intero sistema

tedesco, al fine di ammettere l'impugnabilità in ultima istanza, richiede un'accurata ponderazione degli interessi pubblici non coinvolti nella specifica controversia, quali la certezza giuridica e il progresso del diritto. In argomento, C. DELGADO SUÁREZ, *Sui modelli di Corti supreme e la revoca dei precedenti*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2018, 689; in argomento, cfr. anche A. MASUCCI, *Le cassazioni amministrative. Le esperienze tedesca e francese*, in *dir. proc. amm.*, 2016. A. MARTINUZZI, *Le conseguenze giuridiche dell'inosservanza del precedente giudiziario in ambito processuale*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2016, 1345.

⁷⁴ S. GATTAMELATA, A. POLICE, «Contatti» tra giurisdizioni nella repubblica federale tedesca (a commento della legge per la garanzia dell'unità della giurisprudenza delle Supreme Corti federali - 19 giugno 1968, cit

⁷⁵ Il *Tribunal Supremo* è dotato anche di funzioni nomofilattiche, al fine di garantire l'uniformità interpretativa ed applicativa del diritto all'interno dei singoli ordini giurisdizionali. Esemplificativa, in tal senso, la possibilità di presentare un ricorso di annullamento innanzi al *Tribunal Supremo* in caso di

giuridico spagnolo, ed è internamente suddiviso in cinque distinte *Salas Ordinarias*: la *Sala de lo Civil*, la *Sala de lo Penal*, la *Sala de lo Contencioso-administrativo*, la *Sala de lo Social* e la *Sala de lo Militar*. Tale organo è poi dotato di apposite *Salas Especiales* per la risoluzione di conflitti di giurisdizione interni o esterni al potere giudiziario: il *Tribunal de conflictos de Jurisdicción* ⁽⁷⁶⁾; la *Sala de conflictos de Jurisdicción* ⁽⁷⁷⁾; la *Sala especial de conflictos de Competentia* ⁽⁷⁸⁾; ed anche la *Sala Especial* di cui all'ultimo comma dell'art. 61 LOPJ ⁽⁷⁹⁾. La *Sala especial de conflictos de Competentia* - parzialmente assimilabile al *Tribunal des conflits* - risolve i conflitti di competenza fra i diversi ordini di giudici interni al *Poder Judicial*, ed è composta dal Presidente del *Tribunal Supremo* e da un magistrato per ciascuno dei due ordini parte della controversia.

All'interno dell'ordinamento spagnolo - in considerazione dell'equiparazione dei cinque ordini giurisdizionali, dell'unicità del giudice con funzioni di ultima istanza e

contrapposizione con la c.d. *doctrina legal*. Infatti, la decisione di una corte inferiore che si discosti dalla *doctrina legal* - almeno due decisioni conformi del *Tribunal Supremo* circa una data questione giuridica - viene equiparata ad un vero e proprio errore in diritto, tale da legittimare la ricorribilità al giudice di ultima istanza. In argomento, si segnala l'esistenza di strumenti con funzioni assimilabili in riferimento alle diverse *Salas* del *Tribunal Supremo*. In particolare, si veda la previsione di cui all'art. 88 della LJA che ammette la possibilità di ricorrere a la *Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo* per *interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia*. Ovvero la disposizione di cui all'art. 219 Ley 36/2011, che disciplina all'interno della *jurisdicción social* il *recurso de casación para la unificación de doctrina*. In particolare, affermando l'ammissibilità del ricorso in caso di evidenti contraddizioni tra due o più arresti giurisprudenziale. Al fine di considerare una contraddizione come tale è necessario che due sentenze contengano affermazioni opposte in merito allo stesso oggetto, ovvero che giungano ad esiti diversificati per controversie sostanzialmente uguali.

⁷⁶ Il *Tribunal de conflictos de Jurisdicción* è preposto alla risoluzione dei conflitti positivi o negativi che possano insorgere fra autorità giudiziaria ed amministrativa (*conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la Administración*). Secondo quanto disposto dall'art. 38 della *Ley Orgánica del Poder Judicial*, il *Tribunal de conflictos de Jurisdicción* è un organo collegiale presieduto dal Presidente del *Tribunal Supremo* e composto da cinque ulteriori membri, di cui due nominati fra i magistrati della *Sala de lo Contencioso-Administrativo* e tre individuati fra i *Consejeros Permanentes de Estado*.

⁷⁷ Come disciplinato dall'art. 39 della *Ley Orgánica del Poder Judicial*, la *Sala de conflicto de Jurisdicción* è investita della risoluzione di quei conflitti che ineriscono la giurisdizione ordinaria e gli organi giudiziari della giustizia militare. La *Sala* è composta dal Presidente del *Tribunal Supremo*, in veste di presidente e con voto dirimente in situazione di parità, da due magistrati della *Sala* del *Tribunal Supremo* dell'*orden jurisdiccional en conflicto* e da due magistrati della *Sala de lo Militar*, tutti individuati dal *Consejo General del Poder Judicial*.

⁷⁸ L'art. 42 della *Ley Orgánica del Poder Judicial*, dispone che i conflitti di competenza (*los conflictos de competencia*) fra i giudici appartenenti a due distinti ordini giurisdizionali verranno risolti da una *Sala especial del Tribunal Supremo*. La *Sala especial de conflicto de competentia* è presieduta dal Presidente del *Tribunal Supremo* e da due magistrati, uno per ogni ordine giurisdizionale interessato dal conflitto, designati annualmente dalla *Sala de Gobierno*.

⁷⁹ L'ultimo comma dell'art. 61 LOPJ prevede l'istituzione di una sezione formata dal Presidente del *Tribunal Supremo*, dal Presidente e da cinque magistrati della *Sala de lo Contencioso-administrativo*, di cui i due più anziani ed i tre più giovani, con la funzione precipua di conoscere dei ricorsi per la *unificación de doctrina*, ove emergano delle contraddizioni fra gli arresti giurisprudenziali delle diverse sezioni che compongono la *Sala de lo Contencioso-administrativo*.

dell'espressa attribuzione legislativa dei rispettivi ambiti di competenza - non si riscontrano particolari criticità in tema di giurisdizione. In considerazione di ciò, l'interesse per un'indagine relativa al sistema spagnolo non riguarda tanto l'esistenza di un apposito organo per la risoluzione dei conflitti fra ordini giurisdizionali, quanto alla disamina dell'istituto dei c.d. *acuerdos* o *plenos no jurisdiccionales*. Un istituto, quest'ultimo, di cui è opportuno approfondire i tratti distintivi, in vista dell'auspicabile introduzione di nuovi canali istituzionali per favorire il dialogo fra ordini giurisdizionali.

4.1. *Los acuerdos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*

L'articolo 264 della *Ley Orgánica del Poder Judicial* del 1985 disciplina la facoltà dei magistrati, appartenenti alle diverse sezioni di una stessa *Sala* del *Tribunal Supremo*, di riunirsi in un *pleno* per l'adozione di un accordo con funzioni interne di coordinamento e raccordo⁽⁸⁰⁾. Le «riunioni» ex art. 264 LOPJ possono essere convocate - su segnalazione di uno o più magistrati - laddove emergano dubbi o incongruenze circa l'applicazione di un nuovo istituto giuridico, in presenza di pronunce contrastanti, ovvero per la modifica degli ordinari criteri interpretativi. I *plenos* vengono provocati con l'obiettivo di offrire un'interpretazione che unifichi le decisioni relative ad una data questione giuridica. In tal senso, il coinvolgimento di membri appartenenti alle diverse sezioni di una stessa *Sala* garantisce l'individuazione di un indirizzo interpretativo che abbia la più ampia applicazione, in considerazione del carattere condiviso.

Los plenos no jurisdiccionales, inizialmente pensati per un utilizzo occasionale e limitato alla risoluzione di questioni specifiche, sono stati interessati da un processo evolutivo che li ha resi uno strumento di utilizzo stabile all'interno dello scenario giuridico spagnolo⁽⁸¹⁾. La peculiarità che contraddistingue tali *acuerdos* è che, nonostante siano adottati da un insieme di magistrati, non hanno natura giurisdizionale:

⁸⁰ L'art. 264 della LOPJ così espressamente dispone «*Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales. Las reuniones se convocarán por el Presidente de la Sala, por sí, a petición mayoritaria de los Magistrados, así como en los demás casos que establezca la ley. Serán presididos por el Presidente de Sala. En todo caso quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan*». È opportuno, tuttavia, segnalare che un primo richiamo - ancora in forma embrionale - ai *plenos no jurisdiccionales* poteva già essere rintracciato tanto all'interno della *Ley Orgánica* del 15 settembre 187, quanto nella *Ley Orgánica* del 14 ottobre 1882.

⁸¹ N. MARTINEZ FRANCISCO, *Los Plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*, Valencia, 2013, 201.

«los plenos son reuniones de los magistrados de una sala, constituyen Asambleas o Juntas, pero no Tribunal, ni ejercen jurisdicción»⁽⁸²⁾. In forza di ciò, da un lato, la funzione loro attribuita è quella di trovare soluzioni di carattere condiviso, a partire da una situazione conflittuale e sfruttando l'autorevolezza dello stesso *plenos*. Dall'altro, di dare formale impulso ovvero consolidare l'avvenuto mutamento degli indirizzi interpretativi interni ad una *Sala del Tribunal Supremo*⁽⁸³⁾.

4.2. Il percorso evolutivo nell'utilizzo dei *plenos no jurisdiccionales*

La figura giuridica degli *acuerdos no jurisdiccionales* è stata principalmente utilizzata in riferimento all'attività svolta dalla *Sala segunda del Tribunal Supremo* con competenza in materia di diritto penale. Tuttavia, anche se in un numero limitato di casi, è possibile rintracciare alcuni esempi di *plenos no jurisdiccionales* anche in riferimento ad altre *Salas del Tribunal Supremo*⁽⁸⁴⁾.

In un primo momento, la portata applicativa degli *acuerdos no jurisdiccionales* - il primo risale al 26 aprile del 1991 - non era stata inizialmente ben definita, e pertanto, veniva lasciata ai singoli magistrati ogni valutazione circa il loro concreto utilizzo. Con l'entrata in vigore del nuovo codice penale - nel 1995 - vi fu un evidente incremento dell'utilizzo di tale strumento, a tal punto che in soli tre anni furono adottati un totale di trentasei *plenos no jurisdiccionales*. Questa fu una chiara dimostrazione di come tali accordi fossero idonei ad una celere risoluzione di eventuali dubbi interpretativi,

⁸² Così A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA [*Relevancia de los cambios de criterio de la doctrina jurisprudencial y los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*, in *Nuevas posiciones de la dogmática jurídico penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, 2006, CGPJ, Madrid, 211.

⁸³ In merito alle ricadute circa l'utilizzo degli *acuerdos no jurisdiccionales* all'interno del sistema giuridico spagnolo si vedano gli interventi di E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *¿Cambio radical del sistema jurídico español?*, in *Diario ABC*, 6 julio de 2002; A. DE LA OLIVA SANTOS, *Gobierno de Poder Judicial y valor de la Jurisprudencia: un intento de dosi cambios sustanciales*, in *Tribunales de Justicia, revista española de derecho processual*, 10, 2002, 1; L. DíEZ-PICAZO, *Jurisprudencia y seguridad jurídica*, in *Diario ABC*, 31 luglio 2002.

⁸⁴ Come si evince dalla consultazione istituzionale del sito www.poderjudicial.es, che alla voce *acuerdos del Salas* permette di accedere ai *plenos no jurisdiccionales* delle cinque *Salas* di cui si compone il *Tribunal Supremo*. In tal senso, si veda A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA [*¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del acuerdo de 18 de julio de 2006)*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10, 2008] ove espressamente afferma «Partimos de que la posibilidad de celebrar plenos no Jurisdiccionales, no es privativa del Tribunal Supremo, ni, mucho menos, de la Sala Segunda. Las otras Salas del Tribunal Supremo también celebran estos plenos». In riferimento alla Sala 3° (*Contencioso-Administrativo*) del *Tribunal Supremo* è possibile rintracciare l'*acuerdo de Sala* relativo ai «*Criterios sobre la entrada en vigor de la nueva casación contencioso-administrativa instaurada por la Disposición final.3.1 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio*» del 22 luglio 2016.

assicurando un largo vantaggio in termini di tempo ed effettività della tutela. In considerazione della rapida diffusione di questi accordi, cominciarono ad emergere i primi dubbi di ordine applicativo, in particolare, riguardo all'eventuale natura vincolante dei *plenos no jurisdiccionales*. In argomento è intervenuto il *pleno no jurisdiccional* dell'8 maggio 1997 - adottato dalla *Junta General de la sala secunda* - che ha espressamente riconosciuto, in considerazione del diffuso utilizzo, la rilevanza giuridica di tali accordi, procedendo poi a chiarire alcuni dubbi relativi al loro utilizzo. Più precisamente, la convocazione di *plenos* ex art. 264 LOPJ è considerata funzionale tanto in merito a questioni sostanziali che di carattere procedurale, sia a seguito di riforme legislative, sia in riferimento all'utilizzo di criteri differenziati all'interno della stessa *sala*. In riferimento alla loro natura viene evidenziato come, sebbene non dotati di vincolatività giuridica, tali accordi debbano essere rispettati per assicurare la stabilità e l'uniformità della *doctrina jurisprudencial* ⁽⁸⁵⁾. Il 18 luglio 2006, è stato poi adottato un successivo *plenos* - denominato «*carácter de los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional*» - ove si affermava che «*los acuerdos de la sala general (Pleno no jurisdiccional) son vinculantes*» per tutti i magistrati della *secunda sala del Tribunal Supremo*. Questa statuizione non ha però trovato il consenso della dottrina, la quale ha categoricamente escluso che tali accordi potessero essere dotati di forza vincolante, pena il sovvertimento della stessa gerarchia delle fonti e del principio d'indipendenza della magistratura. In argomento, è stato evidenziato che, ove si tenga conto che all'interno dell'ordinamento spagnolo la stessa *jurisprudencia* non è dotata di forza vincolante ⁽⁸⁶⁾, non è accettabile che *los plenos no jurisdiccionales* - non assimilabili ad un atto

⁸⁵ C. GRANADOS PÉREZ, *Acuerdo de plenos de la penal del Tribunal supremo para la unificación de la jurisprudencia 2ª*, Valencia, 2017. In particolare, l'autore definisce «*recomendable*» il lavoro svolto dai *plenos no jurisdiccionales* nel coordinamento interno della *Sala*: tale da evitare l'emersione di una giurisprudenza contraddittoria, che possa mettere in discussione il principio della certezza del diritto (*sejurudad jurídica*).

⁸⁶ All'interno dell'ordinamento spagnolo, rimane ferma la visione della *jurisprudencia* come fonte di integrazione dell'ordinamento giuridico, tale da coadiuvare l'interpretazione e l'applicazione della legge, delle consuetudini e dei principi generali del diritto, ma non per questo qualificabile come una vera e propria fonte del diritto e quindi non dotata di natura vincolante. Infatti, all'art. 1 del *Código Civil* si afferma che «*las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*», specificando in maniera espressa al 6 co. che «*la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*». In tal senso, si veda anche F. CARPI, *Giustizia e processo. Una conversazione con Andrés De La Oliva Santos a cura di Vincenzo Varano*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 561.

giurisdizionale - possano essere dotati di tale carattere ⁽⁸⁷⁾. Altra parte della dottrina - relativamente meno critica - ha rilevato che se è vero che i *plenos* «*no son técnicamente resoluciones judiciales*» ⁽⁸⁸⁾, sono comunque espressione della decisione di un «*órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes*» ⁽⁸⁹⁾. D'altro canto non può non rilevarsi che i magistrati riuniti in *plenos* ex art. 264 LOPJ non sono i giudici naturali della controversia, non svolgono funzioni giurisdizionali e non sono sottoposti alle ordinarie regole di procedura. In sintesi, si deve escludere che tali accordi possano avere natura vincolante, se non in termini di autorevolezza ⁽⁹⁰⁾.

Al di là del dibattito circa la loro vincolatività, è ormai consolidato l'utilizzo dei *plenos no jurisdiccionales* all'intero dell'ordinamento giuridico spagnolo. Solo consultando la pagina istituzionale del *Poder Judicial* ⁽⁹¹⁾ si registra una media annua di circa sei *plenos* nel corso degli ultimi due decenni, con un picco di 35 *plenos* negli anni immediatamente successivi alla riforma del codice penale ⁽⁹²⁾. In tal senso, anche la *Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo* evidenzia come siano molteplici le sentenze che in motivazione fanno espresso richiamo agli *acuerdos no jurisdiccionales*,

⁸⁷ Così A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA [*Relevancia de los cambios de criterio de la doctrina jurisprudencial y los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*, cit.] che nonostante contesti una possibile vincolatività di tali accordi, ne riconosce l'apporto complessivamente positivo all'interno dell'ordinamento giuridico spagnolo; relativamente alla portata non vincolante di tali accordi, si veda, anche F.J. ÁLVAREZ GARCÍA [*Reflexiones sobre el principio de legalidad*, in *Nuevas posiciones de la dogmática jurídico penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, 2006, CGPJ, Madrid, 299-358], in particolare, laddove testualmente afferma «*que las decisiones de un Pleno del art. 264 tienen naturaleza de "meras recomendaciones", no siendo obligatorias, aunque la Ley prefiere su observancia, siempre que ello no interfiera en la función jurisdiccional*».

⁸⁸ Una tale affermazione trova conferma nel disposto di cui all'art. 244 LOPJ laddove dispone che «*Las resoluciones de los Tribunales cuando no estén constituidos en Sala de Justicia, las de las Salas de Gobierno y las de los Jueces y Presidentes cuando tuvieren carácter gubernativo, se llamarán acuerdos*».

⁸⁹ M.E. IÑIGO CORROZA, E. RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Los Acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido (1991-2007)*, Barcelona, 2007, 62.

⁹⁰ In tal senso, A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del acuerdo de 18 de julio de 2006)*, cit.; in tali termini anche J.J. QUERALT JIMÉNEZ [*El derecho a la legalidad penal y los acuerdos no jurisdiccionales*, in *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, (a cura di) C. GARCÍA VALDÉS, 1, 2008, 599-622], il quale nega la natura vincolante di tali *acuerdos*, definendoli come «*meros acuerdos de caballeros, discretos y al amrgen de las normas*».

⁹¹ I *plenos no jurisdiccionales* - temporalmente più recenti - sono integralmente consultabili e reperibili al sito istituzionale www.poderjudicial.es. Inoltre, la *Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo* [*Consejo General del Poder Judicial, Madrid*] riserva annualmente una specifica sezione alla trattazione degli *acuerdos no jurisdiccionales*. Infine, è disponibile un'apposita rassegna dei *plenos no jurisdiccionales* relativa agli anni 2000-2016, realizzata dal gabinetto tecnico della *sala penal* del *Tribunal Supremo*.

⁹² Più precisamente, alla relativa pagina istituzionale *acuerdos de Sala* in www.poderjudicial.es è possibile rinvenire la pubblicazioni di n. 6 *acuerdos* nel corso del 2018; n. 8 nel 2017; n. 8 nel 2016; n. 6 nel 2015; n. 3 nel 2014; n. 4 nel 2015; n. 2 nel 2012; n. 2 nel 2011; n. 9 nel 2010; n. 7 nel 2009; n. 7 nel 2008; n. 9 nel 2007; n. 19 nel 2006; n. 14 nel 2005; n. 2 nel 2004; n. 7 nel 2003.

così come è riscontrabile una generale adesione al contenuto dei *plenos* nella giurisprudenza della *Sala 2^a del Tribunal Supremo*.

4.3 Brevi riflessioni di sintesi

Emerge chiaramente come all'interno dell'ordinamento spagnolo i *plenos no jurisdiccionales* risultino di grande utilità per chiarire disposizioni normative imprecise o contrasti interpretativi, potenziali fonti di insicurezza giuridica e di disparità di trattamento. Nel concreto, l'effetto prodotto dall'adozione di un *plenos* non è diverso da quanto assicurato da una sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato o dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. La funzione è sempre quella di dare soluzione ad una questione controversa nella giurisprudenza delle diverse sezioni che compongono una medesima giurisdizione. Ciò che qui pare significativo non è tanto la funzione cui i *plenos no jurisdiccionales* sono adibiti, quanto la natura dello strumento. Questi accordi non sono qualificabili né come sentenze, né come ordinanze o decreti: non essendo deliberati nello svolgimento di funzioni giurisdizionali non possono essere qualificati come tali. In linea teorica, quindi, *los acuerdos no jurisdiccionales* sono degli strumenti giuridici di natura non giurisdizionale e non dotati di forza vincolante: degli *acuerdos entre Caballeros* che possono essere pedissequamente rispettati quanto disattesi⁽⁹³⁾. Nel concreto, però, si registra una generale adesione della giurisprudenza a quanto statuito dai suddetti accordi, valutati positivamente tanto dalla dottrina, quanto dalla giurisprudenza. In definitiva, i *plenos no jurisdiccionales* rappresentano uno strumento flessibile, in grado di assicurare copertura formale alle soluzioni interpretative - in merito a questioni di dubbia interpretazione - adottate all'interno delle diverse *Salas del Tribunal Supremo*.

5. Ultime conclusive annotazioni in chiave comparata

Alla luce di quanto emerso dalla presente analisi è possibile evidenziare che tanto in riferimento all'ordinamento francese, quanto all'ordinamento tedesco l'intento legislativo sia quello di dirimere *ab origine* i contrasti fra le giurisdizioni. A tal fine il legislatore francese si è premurato di intervenire sulla disciplina in materia di riparto con l'adozione di criteri di matrice oggettiva per semplificare l'individuazione del

⁹³ J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *El derecho a la legalidad penal y los acuerdos no jurisdiccionales*, cit..

giudice giurisdizionalmente competente. Il legislatore tedesco, invece, ha introdotto un apposito meccanismo processuale che, come visto, impone la vincolatività delle decisioni prese in punto di giurisdizione dal giudice inizialmente adito.

La minore frequenza con cui si pongono, ad oggi, in entrambi gli ordinamenti, questioni concernenti la giurisdizione, può essere in tal modo parzialmente spiegata. A ciò si possono aggiungere ulteriori e diversi fattori, quali, ad esempio, l'assunta «ordinarietà» di tutte le giurisdizioni all'interno dell'ordinamento tedesco ovvero l'esistenza di una formazione e di una cultura giuridica comune all'intera magistratura ed anche alla stessa classe forense. In Francia, gli «*échanges réguliers de magistrats*» producono esiti analoghi, trattandosi di ipotesi regolari di distacco di *Conseiller de Cassation* nel ruolo di *Conseiller d'État* o di *Maître des requêtes* in servizio straordinario, e viceversa. La formazione di una cultura giuridica unitaria e il generale aumento dei momenti di dialogo e confronto fra giudicanti appartenenti ai diversi ordini giurisdizionali, produce, infatti, un impatto evidentemente positivo sull'insorgere di conflitti inerenti questioni di giurisdizione o più in generale fra gli stessi plessi giurisdizionali.

Ciò posto, è necessario evidenziare che, laddove dovessero comunque emergere dei contrasti in tema di giurisdizione, entrambi gli ordinamenti analizzati, al fine di dirimere il conflitto interpretativo, affidano la decisione ad un organo terzo ⁽⁹⁴⁾. Il giudice istituzionalmente preposto alla risoluzione dei conflitti si caratterizza per una composizione mista, essendo formato da giudici appartenenti ad entrambi gli ordini giurisdizionali interessati, e paritetica, così da poter assicurare il raggiungimento di una decisione dal carattere condiviso ⁽⁹⁵⁾.

Ed inoltre, alla luce della presente disamina in chiave comparata, con riferimento ai due ordinamenti giuridici presi in esame, si evince la presenza di due distinte

⁹⁴ Per ciò che concerne l'ordinamento giuridico francese si fa espresso riferimento al *Tribunal des conflits* per testuale previsione di legge, invece, per quanto concerne l'ordinamento tedesco si può fare riferimento al *Gemeinsamer Senat* solamente in via mediata. Infatti, come già precedentemente evidenziato, essendo il *Gemeinsamer Senat* astrattamente competente a conoscere dei contrasti interpretativi che possano sorgere intorno alla natura di diritto privato o di diritto pubblico di una data controversia, finisce per poter svolgere anche le funzioni proprie del giudice del riparto, seppur in assenza in un'espressa disposizione di legge in tal senso.

⁹⁵ In tal senso vanno anche le conclusioni di G. DELLA CANANEA [*Sull'istituzione di un Tribunale dei conflitti: il contributo della comparazione giuridica*] nel testo reso per l'audizione presso la Commissione giustizia della Camera dei deputati, Roma, 31 gennaio 2019, relativamente alla proposta di legge volta all'istituzione del Tribunale superiore dei conflitti; cfr. anche G. SERRA, *Intangibilità della giurisdizione, giusto processo ed effettività della tutela. Domande connesse e derogabilità della giurisdizione*, cit..

problematiche concernenti il raccordo fra plessi giurisdizionali: da un lato, si rinvencono conflitti relativi all'interpretazione ed applicazione della disciplina in materia di riparto. Dall'altro, si registrano la presenza di possibili contrasti interpretativi, fra i due diversi ordini giurisdizionali, in riferimento alla risoluzione della medesima questione giuridica.

L'avvenuta istituzione del *Tribunal des conflits* francese e del *Gemeinsamer Senat* tedesco si è dimostrata una risposta legislativa idonea a garantire l'unità funzionale della giurisdizione, che risponde all'esigenza di *governare* la fisiologica pluralità ordinamentale, attraverso appositi meccanismi di raccordo e coordinamento.

In argomento, è però necessaria una precisazione: nell'ordinamento francese, il *Tribunal des conflits* ha la funzione precipua di risolvere i conflitti riguardanti l'applicazione della disciplina in materia di riparto fra «*l'ordre judiciaire et l'ordre administratif*»; nell'ordinamento tedesco, viceversa, il *Gemeinsamer Senat* è adibito alla risoluzione di quei contrasti interpretativi o applicativi che possano sorgere fra i cinque plessi giurisdizionali, in riferimento ad una data questione dal carattere sostanziale.

In sostanza, alla duplice problematica che investe il raccordo fra ordini giurisdizionali, gli ordinamenti analizzati rispondono, come visto, da un lato, con l'istituzione di apposite corti a composizione mista e paritetica, dall'altro, i problemi dei rapporti fra giurisdizioni vengono ad essere risolti sul piano della prassi giudiziale e del dialogo, anche in rapporto alla formazione ed alle occasioni di confronto dei vari plessi ordinamentali.

CAPITOLO QUINTO

ANALISI RICOSTRUTTIVA IN TEMA DI COORDINAMENTO TRA PLESSI GIURISDIZIONALI

SOMMARIO: 1. Problematiche sul coordinamento fra plessi giurisdizionali - 2. Strumenti ricostruttivi di matrice comparata per il raccordo istituzionale fra giurisdizioni interne e ordinamento nazionale - 3. Ripensamento degli equilibri ordinamentali fra pluralità istituzionale ed unità funzionale della giurisdizione - 4. L'apertura di canali di dialogo fra gli ordini giurisdizionali con funzioni di chiusura del sistema.

1. Problematiche sul coordinamento fra plessi giurisdizionali

Con riferimento all'attuale assetto della funzione giurisdizionale, nell'ambito di un ordinamento giuridico votato al dualismo della giurisdizione, nel corso della trattazione sono stati delineati due distinti ordini di problemi relativi alle modalità di raccordo fra le giurisdizioni apicali.

In primo luogo, dall'analisi del panorama giurisprudenziale si è fatto rilevare un forte contrasto interpretativo riguardante la disciplina del riparto, espressione, dunque, dell'esistenza d'incertezze sul piano interpretativo ed applicativo per l'individuazione del giudice giurisdizionalmente competente a conoscere di una data controversia.

In secondo luogo, si è evidenziata la presenza d'ipotesi in cui i giudici della nomofilachia finiscono per assestarsi su posizioni distoniche rispetto all'interpretazione di una medesima disposizione legislativa. È evidente che tale eventualità, ancorché limitata nel numero, non possa che risultare pregiudizievole, mettendo in discussione l'unità funzionale della giurisdizione.

Con riguardo alla prima problematica vale ancora precisare che, in considerazione delle ambiguità derivanti da un sistema di riparto regolato in base alla dicotomia tra interessi legittimi e diritti soggettivi, l'emersione di contrasti interpretativi in punto di giurisdizione fra i diversi ordini giurisdizionali risulta assai frequente. Un fenomeno particolarmente evidente in quei settori di confine - in via esemplificativa, il pubblico impiego, le società a partecipazione pubblica, le procedure espropriative, i contratti pubblici - che interessano tanto il sindacato del giudice ordinario quanto quello del giudice amministrativo.

Per quanto concerne la seconda problematica, invece, alla luce dell'incremento dei profili di possibile contatto fra i plessi giurisdizionali, si sono evidenziati diversi esempi di antinomie interpretative fra le pronunce dei giudici dotati di funzioni

nomofilattiche. E ciò anche per l'esponenziale aumento delle materie in cui il giudice amministrativo conosce, oltre che di interessi legittimi, anche dei diritti soggettivi. Circostanza enfatizzata dal declino della rigida separazione fra il settore pubblico e privato, a fronte di un generalizzato aumento delle fattispecie in cui si preferisce l'utilizzo di categorie proprie del diritto privato per disciplinare l'azione della pubblica amministrazione ⁽¹⁾.

A fronte di una tale ricostruzione, si è ritenuto utile procedere all'analisi delle risposte approntate dall'ordinamento nazionale a presidio della complessiva unità funzionale della giurisdizione.

Alla luce dell'attuale assetto ordinamentale, alla prima delineata problematica ha dato risposta la legge n. 3761 del 1877 e, successivamente, l'art. 111, co. 7 e 8 Cost. nella parte in cui ha attribuito alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione la competenza a dirimere i contrasti interpretativi fra ordini giurisdizionali sorti in riferimento alla materia di riparto, pertanto, limitata ai soli motivi inerenti la giurisdizione.

Dall'analisi delle principali pronunce in materia è stato fatto rilevare che il ruolo interpretato dal giudice del riparto non può considerarsi, nel concreto, circoscritto ad una asettica delimitazione delle competenze fra ordini giurisdizionali. Infatti, in assenza di una normativa chiara ed esplicita in tema di riparto, ed a fronte della dicotomia fra diritti soggettivi ed interessi legittimi, l'individuazione del giudice giurisdizionalmente competente impone la necessaria identificazione del diritto concretamente applicabile, delineandone caratteri e confini applicativi.

È stato evidenziato, con il richiamo a diverse pronunce della Corte di Cassazione, come frequentemente le Sezioni Unite, nello svolgimento delle funzioni di giudice della giurisdizione, finiscano per intervenire espressamente, o talvolta anche solo *obiter dicta*, in ambiti decisionali riservati alla cognizione del giudice

¹ Si è già evidenziato come il diritto amministrativo sia ormai costantemente interessato da istituti e da questioni tradizionalmente civilistiche, quali i contratti, la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, la disciplina delle obbligazioni o le garanzie nell'ambito delle procedure di gara. In argomento si veda la riflessione di L. MARUOTTI *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, cit..

amministrativo, incidendo concretamente sull'interpretazione di normative inerenti l'azione della pubblica amministrazione ⁽²⁾.

Si tratta di un rilievo che non è finalizzato a mettere in discussione il merito delle risultanze fatte proprie dalle Sezioni Unite o a vagheggiare ipotesi di interventi *eversivi* da parte del giudice della giurisdizione, con conseguente compressione di spazi riservati alle giurisdizioni speciali, ma a confermare l'inevitabile cognizione del giudice della giurisdizione di ambiti decisionali riservati alla competenza dei giudici speciali, così emergendo la collisione con le ragioni a sostegno del dualismo della giurisdizione.

Una volta acquisito il dato per cui le Sezioni Unite nel dirimere le controversie inerenti il riparto conoscono di questioni affidate alla cognizione dei giudici speciali, si è indicato come tale problematica risulti aggravata dall'esistenza di indirizzi interni alla giurisprudenza della Corte di Cassazione che, interpretando estensivamente il concetto di giurisdizione, ne ampliano il sindacato ⁽³⁾.

Tutto ciò posto, all'interno dell'ordinamento nazionale, non risulta reperibile un meccanismo istituzionale titolato ad intervenire efficacemente. Il mantenimento di un giudice della giurisdizione non rappresentativo delle diverse voci di cui una giurisdizione plurale si compone, si dimostra foriero di nuove e difficilmente compensabili criticità ordinamentali.

Sotto altro profilo è stato evidenziato come sia plausibile che il giudice ordinario ed il giudice amministrativo si trovino a pronunciarsi, in ragione delle rispettive competenze, sulla medesima fattispecie.

Questi contrasti interpretativi fra le pronunce della Corte di Cassazione e quelle del Consiglio di Stato, seppur rari, non trovano soluzione attraverso l'esercizio di funzioni di nomofilachia esterna, essendo il sindacato delle Sezioni Unite limitato ai soli motivi inerenti la giurisdizione, pertanto, non possono che rimanere irrisolti ⁽⁴⁾. Sovrapposizione che può essere correlata a diversi fattori, quali la materia oggetto della lite, la gerarchia delle fonti, l'applicazione della normativa europea o sovranazionale, ed in generale in tutte quelle ipotesi in cui le due giurisdizioni debbano dare applicazione ad un medesimo atto normativo.

² Per quanto concerne l'analisi della relativa casistica giurisprudenziale si rinvia *supra*, in particolare cap. III, par. 1.1., p. 71.

³ In tal senso, si rinvia *supra*, cap. III, par. 2 e 2.1.

⁴ In tal senso si rinvia A. BRIGUGLIO, *Appunti sulle sezioni unite civili*, cit., 28.

Si è avuto agio di precisare che fra le suddette antinomie non è possibile far rientrare quei contrasti interpretativi in cui le situazioni sostanziali coinvolte sono solo apparentemente assimilabili, ma, nel concreto, differenziate. Infatti, è possibile osservare che talvolta gli istituti propri del diritto civile una volta attratti nell'orbita del diritto amministrativo subiscono un'inevitabile mutazione, al fine di conciliare i diritti dei soggetti privati con le esigenze proprie dell'azione amministrativa, funzionalizzata alla cura di interessi pubblici e generali. È pertanto evidente che in tali circostanze non si delinea una semplice riproposizione all'interno dell'area di cognizione del giudice amministrativo di disposizioni e categorie giuridiche proprie del diritto civile, emergendo, in forza dell'applicazione fattane, autonomi profili di specialità ⁽⁵⁾. In tali ipotesi l'esistenza di approdi interpretativi antinomici in seno alle corti della nomofilachia non può intendersi, dunque, come una lesione della certezza del diritto e dell'unità funzionale della giurisdizione, bensì espressione della natura dualista dell'ordinamento giuridico nazionale.

Al di fuori delle fattispecie sopra menzionate, l'esistenza di un conflitto interpretativo, conclamato e perdurante, fra orientamenti giurisprudenziali consolidati della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato non può però considerarsi irrilevante, dando luogo ad una violazione del principio d'uguaglianza e mettendo in discussione il principio dell'unità della giurisdizione e della certezza del diritto. È da considerarsi inammissibile la convivenza, all'interno di un unico ordinamento giuridico, di due diritti viventi di matrice apicale, confliggenti e non giustificati ⁽⁶⁾.

Si è sottolineato come l'attuale assetto della funzione giurisdizionale non fornisce alcuno strumento volto alla risoluzione di questa tipologia di contrasti interpretativi, che, in assenza di ipotesi di spontaneo adattamento delle giurisdizioni apicali, rimangono insoluti ⁽⁷⁾.

⁵ In via esemplificativa, si può fare riferimento alla qualificazione ed identificazione dell'elemento soggettivo della colpa, quando parte in causa sia una pubblica amministrazione. In particolare, la giurisprudenza della Corte di Cassazione pretende dall'attore la prova che l'atto amministrativo causativo del danno sia stato adottato per inescusabile negligenza ed imperizia riconducibile alla pubblica amministrazione. Diversamente, la giurisprudenza del Consiglio di Stato è tendenzialmente orientata nel senso di considerare l'illegittimità dell'atto come presupposto sufficiente ai fini della prova dell'elemento soggettivo, così ponendo in capo all'amministrazione l'onere di provare la consequenzialità fra l'errata applicazione della disposizione normativa e l'esistenza d'incertezze di ordine interpretativo riferibili alla fattispecie concreta.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Per alcune pronunce della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato così orientate si veda *supra* capitolo III, par. 5, nt. (96).

È stato già evidenziato che la persistenza di tali contrasti interpretativi dà luogo a quei tentativi - a volte solo minacciati a volte concretamente attuati - operati dalla stessa Corte di Cassazione volti a forzare l'interpretazione di questioni sostanziali (circa l'effettività della tutela e le concrete modalità di esercizio della funzione giurisdizionale), tramutandole in questioni inerenti la giurisdizione, così da legittimare il proprio sindacato sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato quando ritenuta non condivisibile, attribuendosi funzioni di chiusura del sistema ⁽⁸⁾.

Come già in trattazione ricordato, tale indirizzo giurisprudenziale è stato espressamente censurato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 6 del 2018. La Consulta ha ribadito che fra i vizi denunciabili con un ricorso per «motivi inerenti la giurisdizione» non possono essere ricompresi il rispetto della primazia del diritto comunitario, del principio di effettività della tutela, del giusto processo, dell'unità funzionale della giurisdizione, così come le ipotesi di *errores in procedendo* ed *in iudicando*. Ciò posto, conclude il Giudice delle leggi, deve considerarsi inammissibile ogni interpretazione del concetto di giurisdizione, che, comportando una sostanziale assimilazione fra il settimo e l'ottavo comma dell'art. 111 Cost., sconfini l'ambito interpretativo tradizionale.

È pertanto evidente, che, a sistema normativo invariato, ed in presenza di un giudice della giurisdizione che non esorbiti dalle funzioni lui costituzionalmente attribuite, il coordinamento fra plessi giurisdizionali ci è apparso senza soluzione all'interno dell'ordinamento nazionale.

In sintesi, può affermarsi che l'applicazione della disciplina in materia di riparto trova risposta nelle attenuate funzioni di nomofilachia esterna attribuite alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (seppur con evidenti ricadute problematiche sul piano attuativo), mentre rispetto ai contrasti interpretativi fra i giudici delle diverse nomofilachie, che esulano dall'ambito dei motivi inerenti la giurisdizione, l'ordinamento nazionale non dispone di nessun meccanismo istituzionale con efficacia risolutiva.

⁸ cfr. F. LIGUORI, *La funzione nomofilattica nell'età dell'incertezza*, cit., 595.

2. *Strumenti ricostruttivi di matrice comparata per il raccordo istituzionale fra giurisdizioni interne e ordinamento nazionale.*

Alla luce delle problematiche emerse all'interno dell'ordinamento italiano - in tema di coordinamento fra giurisdizioni superiori - è sembrato utile procedere con un'analisi di natura comparata, finalizzata a rintracciare l'esistenza di analogie con altri ordinamenti giuridici europei o la presenza di eventuali meccanismi alternativi di risoluzione. In particolare si è ritenuto di soffermarsi sull'analisi di ordinamenti appartenenti alla cultura giuridica continentale ed accomunati da un impianto dualista della giurisdizione. In primo luogo, l'ordinamento francese e tedesco entrambi, sul punto, investiti dalle medesime problematiche italiane, ed accomunati dall'essere ordinamenti vocati al pluralismo strutturale ma non a quello funzionale della giurisdizione ⁽⁹⁾.

È stato così possibile rilevare che entrambi gli ordinamenti analizzati tendano a voler dirimere *ab origine* ogni contrasto in tema di riparto fra ordini giurisdizionali. Più in particolare, l'ordinamento francese, a seguito di specifici interventi legislativi di riforma, ha fissato dei criteri oggettivi per l'individuazione del giudice giurisdizionalmente competente, agevolando l'applicazione della disciplina in materia di riparto. Il legislatore tedesco, invece, si è premurato di introdurre uno specifico meccanismo processuale che si caratterizza per attribuire portata vincolante alle decisioni prese in punto di giurisdizione dal primo giudice adito.

Entrambi gli ordinamenti mirano ad evitare l'insorgere di conflitti interpretativi in tema di riparto, tuttavia, laddove si dovessero comunque manifestare delle incertezze interpretative rispetto alle questioni di giurisdizione, ambedue gli ordinamenti affidano la risoluzione dei dubbi interpretativi ad un giudice terzo, che si contraddistingue per composizione mista e paritetica.

In particolare, l'ordinamento francese attribuisce al *Tribunal des conflits* la funzione dirimente fra «*l'ordre judiciaire et l'ordre administratif*», e laddove nel decidere si rendesse necessario conoscere anche di questioni «*du fond*» ogni ricaduta dal carattere distorsivo è annichilita dalla partecipazione alla decisione di membri provenienti da entrambi gli ordini giurisdizionali.

⁹ Ai fini di una più precisa analisi in tema relativamente all'ordinamento francese e tedesco, si veda *infra* cap. IV, par. 2, p. 119 e par. 3, p. 134.

Analoghe funzioni sono attribuite dall'ordinamento tedesco ad una Plenaria delle Corti Supreme Federali in straordinaria composizione, specificamente adibita alla risoluzione di ogni contrasto interpretativo emergente fra i cinque plessi giurisdizionali. È stato così possibile affermare che il *Gemeinsamer Senat* sia sostanzialmente competente a conoscere anche degli eventuali contrasti interpretativi che possano sorgere intorno alla natura di diritto privato o di diritto pubblico di una data controversia, svolgendo, in via mediata, anche le funzioni di giudice del riparto tra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa generale.

In sintesi, la comparazione ha evidenziato che, tanto l'istituzione in Francia del *Tribunal des conflits*, quanto l'introduzione in Germania del *Gemeinsamer Senat*, sono idonei strumenti per rispondere al raccordo istituzionale in tema di giurisdizione, delineandosi quali meccanismi capaci di valorizzare, e allo stesso tempo *governare*, la pluralità interna, del tutto fisiologica in un ordinamento ad impianto dualista.

Rispetto ai contrasti interpretativi o applicativi che possono sorgere fra i cinque plessi giurisdizionali relativamente ad una data questione dal carattere sostanziale, l'ordinamento tedesco ne affida la risoluzione al *Gemeinsamer Senat*, in un'ottica di stretta cooperazione fra le Corti Supreme Federali. È stato fatto osservare che, benché le decisioni concretamente assunte dal *Gemeinsamer Senat* siano numericamente esigue, anche in quel sistema le antinomie interpretative sono effettive⁽¹⁰⁾.

Con riferimento all'ordinamento francese, benché si registrino ipotesi di contrasti interpretativi fra la giurisprudenza del «*juge administratif*» e quella del «*juge judiciaire*», non è rinvenibile un meccanismo utile alla risoluzione delle suddette antinomie ordinamentali. Ciò nonostante, si è sottolineato come sia di estremo interesse l'intendimento - evincibile dai lavori preparatori del progetto di riforma del *Tribunal des conflits* - di estenderne, a tal fine, la cognizione. Più in particolare, è stata ricordata la paventata possibilità che il *Tribunal des conflits* - in composizione solenne ed eventualmente allargata, su rinvio facoltativo del *Conseil d'État* o della *Cour de Cassation* - potesse conoscere delle divergenze interpretative insorte fra *l'ordre judiciaire et l'ordre administratif*, relativamente all'applicazione di una medesima disposizione di legge. Tuttavia, questo profilo di riforma è rimasto in effetti ineficace essendo stata rilevata la necessità di procedere, in tal caso, a modifiche istituzionali

¹⁰ Per la ricostruzione delle ragioni che possono avere contribuito - all'interno dell'ordinamento tedesco - ad un utilizzo assai parco del *Gemeinsamer Senat* si rinvia a quanto rilevato ai cap. IV, par. 3.2, p. 138.

particolarmente incisive, che non apparivano però giustificabili, in considerazione del numero limitato di casi in cui si veniva concretamente a configurare la problematica.

In sintesi, all'interno dell'ordinamento francese, successivamente all'apertura di uno specifico momento di riflessione sul tema, è stato considerato più funzionale che le dette antinomie interpretative trovassero composizione all'interno di apposite commissioni, volte ad agevolare il dialogo fra i due ordini giurisdizionali ⁽¹¹⁾.

Con un approccio tassonomico delle differenze fra i due ordinamenti si è osservato che quello tedesco per limitare i conflitti inerenti la giurisdizione privilegia un approccio di tipo decentralizzato, affidando il potere decisionale in materia di riparto al primo giudice adito, e così attribuendo al *Gemeinsamer Senat* una funzione sostanzialmente ancillare. In tal modo agevolando l'individuazione del giudice competente e facilitando l'accesso alla tutela giurisdizionale. Mentre l'ordinamento francese riconosce al *Tribunal des conflits* il potere di comporre la controversia, così assicurando un elevato grado di certezza circa la corretta applicazione della normativa in tema di riparto.

Per ciò che invece concerne la generalità dei conflitti interpretativi, l'ordinamento tedesco ne affida la soluzione al *Gemeinsamer Senat*, viceversa, quello francese privilegia l'utilizzo di canali istituzionali di dialogo.

In considerazione dei contributi della dottrina sul tema e del numero limitato di pronunce annualmente deliberate dal *Tribunal des conflits*, così come delle sporadiche sentenze deliberate dal *Gemeinsamer Senat*, si ritiene di potere ragionevolmente affermare, che, in riferimento agli ordinamenti giuridici analizzati, i meccanismi approntati al fine di favorire un coordinamento fra i diversi plessi giurisdizionali e garantire l'unità funzionale della giurisdizione, risultano complessivamente adeguati allo scopo cui gli stessi sono preposti.

3. Ripensamento degli equilibri ordinamentali fra pluralità istituzionale ed unità funzionale della giurisdizione

Due premesse. In trattazione si è fatto osservare come in Italia, per la complessità della disciplina, le controversie inerenti il riparto di giurisdizione risultano numericamente più elevate rispetto ad altri ordinamenti come la Francia o la Germania.

¹¹ In tal senso si rimanda al rapporto stilato da *groupe de travail* per il progetto di riforma del *Tribunal des conflits*, si veda cap. IV, par. 2.2, p. 124.

Un dato difficilmente eliminabile, essendo la dicotomia fra interesse legittimo e diritto soggettivo espressamente richiamata dal dettato costituzionale.

La maggioranza delle problematiche interne all'ordinamento nazionale in tema di coordinamento fra plessi giurisdizionali trova origine nel mantenimento del modello istituzionale introdotto con l'intervento legislativo n. 3761 del 1877. La perdurante attribuzione alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione delle vesti di giudice della nomofilachia con funzioni di chiusura del sistema si dimostra, da un lato, in contrasto con l'ormai consolidato impianto dualista della giurisdizione, dall'altro, non in grado di assicurare l'effettivo coordinamento fra le tre giurisdizioni superiori.

Quest'ultimo dato era stato già colto ed elaborato da Ludovico Mortara sul finire del diciannovesimo secolo. L'autore, nello scritto *«Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione»* rilevava che l'attribuzione alla Corte di Cassazione della funzione di giudice della giurisdizione, se trovava spiegazione in un sistema votato alla giurisdizione unica, una volta reintrodotta il dualismo giurisdizionale, non aveva più giustificazione alcuna, dovendosi piuttosto procedere all'introduzione di un apposito Tribunale dei conflitti a composizione mista, cui affidare tali funzioni, capace di garantire un effettivo equilibrio fra i diversi ordini giurisdizionali e la complessiva unità della funzione giurisdizionale ⁽¹²⁾. Considerazioni analoghe sono poi presenti negli scritti di molti autori che hanno nel tempo riproposto l'opportunità dell'istituzione di un «giudice dei conflitti», cui attribuire funzioni di sintesi rispetto all'inevitabile pluralità propria di un ordinamento ad impostazione duale, che non per questo non miri a garantire l'unità della funzione giurisdizionale ⁽¹³⁾.

¹² L. MORTARA, *Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, in *Mon. Trib.*, 1899.

¹³ In tal senso si rinvia ai più volte citati contributi di G. SAREDO, *Sui limiti rispettivi delle attribuzioni dell'autorità giudiziaria e dell'autorità amministrativa*, in *Legge*, 1897, II, 642; F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910, 369; F. LONGO, *Proposte per una riforma del supremo organo giurisdizionale regolatore del riparto di giurisdizione e delle questioni di attribuzione giurisdizionale*, in *Studi per il cento quinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, III, 1981, 1315 e ss.; G. ROEHRSEN, *Considerazioni sui conflitti di giurisdizione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1986, 1130; Così come ai più recenti contributi sul tema di P. DE LISE, *Unità d'Italia e 180 anni di storia del Consiglio di Stato*, dattiloscritto relazionale del Convegno *«Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di unità d'Italia»*, Napoli, 6 dicembre 2011; A. CALDARERA, *Sul ricorso per Cassazione nel processo amministrativo*, cit., 910; R. VACCARELLA, *I confini della giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo)*, cit.; L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, cit.; si rinvia poi ai molteplici contributi in argomento di R. VILLATA e G. VERDE vedi *supra* cap. III, par. 2.1, p. 89, nt. (64); ai recenti contributi di G. TROPEA, *Tra unità e specialità. Vincitori e vinti di un'eredità tuttora contesa*, cit.; M. MAZZAMUTO, *Motivi inerenti alla giurisdizione - il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni (nota a sentenza)*, in *Giur.*

Ciò posto. La recente proposta legislativa presentata alla Camera dei deputati con l'obiettivo di conferire al Governo una delega per l'istituzione di un «Tribunale superiore dei conflitti» presso la Corte di Cassazione, assume i tratti di un intervento con rilievo risolutivo in riferimento alle problematiche in esame ⁽¹⁴⁾. È stato già precedentemente evidenziato che la detta proposta legislativa si pone in evidente continuità con il contenuto del «Memorandum fra giurisdizioni» siglato dai vertici dei tre ordini giurisdizionali al fine di favorire il dialogo ed il coordinamento giurisdizionale. Infatti, il «Memorandum» avanzava la possibilità di promuovere l'introduzione di norme che consentissero l'integrazione degli organi collegiali di vertice dotati di attribuzioni nomofilattiche con magistrati di altre giurisdizioni, in particolare, qualora ci si trovasse a dover trattare «questioni di alto e comune rilievo nomofilattico, ivi comprese quelle attinenti alla giurisdizione».

In sostanza, la proposta di riforma contenuta all'interno del *Memorandum* si contraddistingue per dare piena e completa risposta istituzionale ad entrambe le problematiche riferibili al tema del coordinamento fra ordini giurisdizionali. Infatti un giudice della giurisdizione, a composizione integrata, che possa conoscere non solo delle controversie relative ai motivi inerenti la giurisdizione, ma anche di tutte quelle questioni che si contraddistinguono per un comune rilievo sul piano della nomofilachia, assicurerebbe una risposta istituzionale completa sotto il profilo del coordinamento fra ordini giurisdizionali. Le Sezioni Unite, in questa composizione allargata, potrebbero essere chiamate a decidere tutte quelle questioni di diritto, che, non inerendo la giurisdizione in senso stretto, pur potendo avere ricadute sotto il profilo dell'eccesso di potere giurisdizionale o del diniego di giustizia, si presentino in termini analoghi innanzi ai diversi ordini giurisdizionali. Al di fuori di questi casi eccezionali, le Sezioni Unite continuerebbero, invece, ad operare, nella loro composizione tradizionale, come giudice della nomofilachia all'interno della giurisdizione ordinaria ⁽¹⁵⁾.

È però evidente che un tale progetto di riforma abbia un carattere assai articolato, che, inevitabilmente, presuppone un intervento di revisione anche del testo

It., 3, 2018, 704; *Id.*, *Il tramonto dottrinario del mito della giurisdizione unica alla luce dell'esperienza tra Orlando e Mortara*, in *www.giustizia-amministrativa*, 2019; in argomento, si rinvia ulteriormente *supra* cap. III., par. 5, p. 110, nt. (120).

¹⁴ Per un'analisi più approfondita in merito alla recente proposta di riforma legislativa si rinvia *supra* cap. III., par. 6, p. 112.

¹⁵ G. AMOROSO, *Le sezioni unite civili della Corte di Cassazione a composizione allargata: considerazioni a margine del Memorandum sulle tre giurisdizioni*, cit..

costituzionale. Infatti, l'art. 111, co. 8 del dettato costituzionale indica espressamente che il giudizio delle Sezioni Unite sulle sentenze dei giudici speciali è limitato ai soli motivi inerenti la giurisdizione. Un'estensione del sindacato delle Sezioni Unite, seppur in una possibile composizione integrata, non può che implicare un intervento di formale revisione della Carta costituzionale.

La proposta legislativa, pur muovendosi in continuità con il contenuto del Memorandum ne restringe però la portata applicativa. Infatti, laddove il Memorandum prospettava l'assegnazione ad un collegio a composizione integrata la generalità di questioni di comune rilievo nomofilattico (ivi comprese le questioni di giurisdizione, ipotesi parzialmente assimilabile al modello tedesco dei *Gemeinsamer Senat*), la proposta legislativa, invece, individua l'integrazione delle Sezioni Unite con dei rappresentanti delle magistrature speciali, ma continuando a conoscere delle sole questioni di giurisdizione, con espresso richiamo al modello francese del *Tribunal des conflits*. In particolare, si prospetta una composizione integrata delle Sezioni Unite con tre giudici del Consiglio di Stato e tre giudici della Corte dei Conti ma mantenendone invariato l'ambito di cognizione ⁽¹⁶⁾.

L'introduzione di un tale meccanismo istituzionale potrebbe astrattamente dare soluzione ai problemi di coordinamento relativi all'applicazione della disciplina in materia di riparto, rimanendo, invece, irrisolti i contrasti interpretativi fra ordini giurisdizionali laddove esulino dall'ambito dei motivi inerenti la giurisdizione. D'altro canto, pur assicurando solo una soluzione parziale alle problematiche in esame, non richiederebbe un intervento di riforma della Carta Costituzionale rimanendo invariate le funzioni attribuite alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione come giudice della giurisdizione ⁽¹⁷⁾.

L'avanzata proposta di riforma appare, in concreto, adeguata a dare risposta al problema del coordinamento istituzionale, tanto alla luce dell'esame della giurisprudenza, quanto in considerazione delle risultanze di matrice comparata ⁽¹⁸⁾.

¹⁶ La proposta di riforma legislativa in commento, infatti, al fine di non alterare gli equilibri istituzionale e non sollevare dubbi circa un paventato contrasto con il dettato costituzionale prevede una maggioranza di giudici appartenenti alla giurisdizione ordinaria (per un totale di sei magistrati provenienti dalla Corte di Cassazione) e un rappresentanza minoritaria di esponenti appartenenti alle giurisdizioni speciali (e più in particolare, tre membri per la giurisdizione amministrativa e tre membri per la giurisdizione contabile).

¹⁷ In senso contrario, cfr. *supra* nt. (119), (120) e (121), cap. III, par. 5.

¹⁸ In argomento, inoltre, si segnala l'intervento del Presidente del Consiglio di Stato, Filippo Patroni Griffi, che in sede di audizione parlamentare presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati,

Dall'analisi della giurisprudenza emerge come il maggior numero di problemi legati al coordinamento istituzionale - in realtà - inerisce la disciplina del riparto. Come più volte evidenziato, nella risoluzione delle questioni legate ai motivi inerenti la giurisdizione si rende spesso imprescindibile per il giudice l'intervento o la presa di posizione su questioni di diritto sostanziale. Pertanto, un meccanismo processuale che assicuri che tali giudizi siano frutto di una decisione condivisa fra i plessi giurisdizionali garantisce il raggiungimento di una soluzione interpretativa che trovi piena legittimazione nell'ambito di entrambe le giurisdizioni.

Per ciò che concerne il profilo comparato emerge come un tale modello abbia avuto riscontri positivi all'interno dell'ordinamento francese rispetto al quale è diffusamente riconosciuta la funzionalità del *Tribunal des conflits* ai fini di garantire l'unità funzionale della giurisdizione, per la creazione di una cultura giuridica comune alle varie giurisdizioni, per coadiuvare un'evoluzione sotto il profilo dell'effettività della tutela, per il rispetto delle peculiarità proprie dei diversi ordini giurisdizionali.

La proposta di riforma, qualora accolta, lascerebbe però insolta la problematica relativa all'assenza di uno strumento di risoluzione delle antinomie interpretative che esulino dalla materia inerente il riparto di giurisdizione.

In argomento, l'esame della giurisprudenza e dei contributi in materia ha evidenziato che una tale problematica, seppur esistente, nel concreto si riduca ad un numero marginale di casi.

Si è già precisato come non si possa ragionevolmente affermare che tutte le divergenze interpretative siano espressione di un manifesto fallimento del dialogo fra ordini giurisdizionali. L'esistenza di alcune divergenze fra le pronunce dei giudici della nomofilachia trovano delle ragioni comprensibili e condivisibili.

Il manifestarsi di contrasti interpretativi è connaturato all'evoluzione del diritto, trattandosi di un fenomeno fisiologico all'interno del singolo plesso giurisdizionale, e che rimane tale anche in riferimento all'ordinamento nel suo complesso. Ma, come già precedentemente evidenziato, vi sono delle divergenze che non sempre possono essere

in data 5 febbraio 2019, ha espresso la propria preferenza circa un'integrazione della composizione delle Sezioni Unite piuttosto che l'istituzione di una apposita sezione specializzata presso la Corte di Cassazione. In argomento, ha altresì evidenziato la necessità di continuare a prestare la dovuta attenzione alla risoluzione di quelle questioni di confine fra le due giurisdizioni, che, tuttavia, non possono essere fatte rientrare fra i motivi inerenti la giurisdizione. Proponendo, a tal fine, una possibile parallela integrazione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con membri della Corte di Cassazione per l'individuazione di soluzioni a carattere condiviso per la risoluzione delle suddette controversie.

superate tramite un coordinamento fra i plessi giurisdizionali, trattandosi di differenze profonde, talvolta del tutto naturali, funzionali all'esistenza di una distinzione fra l'ordine amministrativo e l'ordine ordinario, connaturate all'esistenza stessa del dualismo giurisdizionale ⁽¹⁹⁾. Pertanto, il numero potenziale di tali contrasti interpretativi assume un carattere talmente modesto da non poter mettere in discussione, in definitiva, la complessiva tenuta del sistema ⁽²⁰⁾.

In ultimo, si vuole segnalare un ulteriore possibile rimedio per fronteggiare le residuali ipotesi di antinomie interpretative. In particolare, in dottrina si è evidenziato che laddove una norma conduca ad esiti divergenti, in circostanze applicative analoghe, è da considerarsi irragionevole e pertanto contrastante con il principio d'uguaglianza. In questa ipotesi la Corte Costituzionale, qualora investitane, potrebbe assumere funzioni di garanzia ai fini del mantenimento dell'unità funzionale della giurisdizione e comporre il conflitto interpretativo ⁽²¹⁾. La Corte Costituzionale, laddove vi fosse la

¹⁹ In tal senso, in via esemplificativa, si pensi alle controversie in tema di risarcimento del danno, che vengono decise tanto dal giudice ordinario, quanto dal giudice amministrativo. Tali decisioni, al fine di garantire una generale certezza del diritto ed un'unità funzionale della giurisdizione, dovrebbero dar luogo ad esiti applicativi analoghi, indipendentemente da quella che sia la situazione giuridica lesa o la giurisdizione innanzi alla quale il diritto al risarcimento viene ad essere azionato. Ciò posto, è possibile evidenziare come all'interno della giurisdizione amministrativa il Consiglio di Stato, anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 30 c.p.a., nel decidere le controversie in materia risarcitoria, interpretava l'art. 1227 c.c. diversamente da come interpretato dal giudice ordinario. In particolare, il giudice amministrativo, nel determinare il concorso di colpa del creditore, teneva già in considerazione il mancato esperimento degli opportuni mezzi di tutela, anche di tipo giurisdizionale. Una tale divergenza interpretativa non può però qualificarsi come un'antinomia di sistema, essendo espressione dello stesso dualismo della giurisdizione. Infatti, tale diversità di regime trova giustificazione nel perseguimento, nell'alveo del diritto amministrativo, di interessi sopra individuali quale il bene pubblico. Nonostante ciò, non si riscontra una disparità di trattamento fra parte pubblica e parte privata all'interno del processo amministrativo, comprovato dalla possibilità di accedere al gratuito patrocinio a spese dello stato anche per la proposizione di tutte quelle azioni volte ad evitare la determinazione o l'aggravarsi del danno secondo l'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato del 1227 c.c. e ad oggi dello stesso 30 c.p.a.. In tali circostanze lo Stato sostiene il cittadino anche rispetto ad un'azione contro se stesso, al fine di tutelare un più generale pubblico interesse. Ed allora, queste diversità di regime non sono qualificabili come una divergenza interpretativa da eliminare, ma strettamente connaturate all'esistenza stessa del pluralismo della giurisdizione che garantisce una massimizzazione dell'effettiva della tutela innanzi alle diverse giurisdizioni, ed in considerazione delle diversità di cui le stesse si fanno portatrici.

²⁰ Un tale dato, trova conferma anche all'interno dell'ordinamento francese che alla luce di analoghe considerazioni ha deciso di non avallare un potenziale ampliamento delle funzioni proprie del *Tribunal des conflits* [cfr. *supra* cap. IV, par. 2.2, p. 124].

²¹ In senso critico circa lo svolgimento da parte della Corte Costituzionale di funzioni assimilabili a quelle svolte dal *Tribunal des conflits* o *Gemeinsamer Senat*, si veda A. POLICE [«*I soli motivi inerenti alla giurisdizione*» nella *giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit.] laddove descrive criticamente la circostanza per cui «*quasi sistematicamente la Corte Costituzionale si eriga a Tribunale dei conflitti*». L'autore, infatti, evidenzia come la Corte Costituzionale, come ogni istituzione, non dovrebbe essere chiamata a svolgere un «mestiere» che non le è proprio. In particolare, è da considerare deprecabile - a parere dell'autore - il comportamento del giudice del rinvio a cui è imputabile l'aver indotto in tentazione la Corte Costituzionale nel trasformarsi da Giudice della legittimità costituzionale delle leggi a Giudice

possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata, potrebbe indicare fra le due soluzioni interpretative proposte quella che meglio si conformi al dettato costituzionale, e così delibere una sentenza interpretativa di rigetto risolutiva del conflitto intercorso fra i giudici della nomofilachia ⁽²²⁾.

In definitiva, posta l'urgenza di un intervento legislativo che intervenga per dare soluzione al problema del coordinamento fra le giurisdizioni di vertice, ormai difficilmente rinviabile anche alla luce delle sollecitazioni provenienti dal livello eurounitario ⁽²³⁾, la proposta legislativa in itinere appare in grado di approntare la necessaria risposta istituzionale.

4. L'apertura di canali di dialogo fra gli ordini giurisdizionali con funzioni di chiusura del sistema

Con riferimento a quelle antinomie interpretative che continuerebbero a non trovare risposta innanzi alle Sezioni Unite in composizione integrata, le stesse, abbiamo indicato in trattazione, potrebbero essere opportunamente governate a mezzo l'istituzione di appositi canali permanenti di dialogo.

Si è già evidenziato come lo strumento dialogico sia stato usato come strumento informale per il coordinamento fra gli ordini giurisdizionali, tramite sentenze di

dei conflitti. Si vuole però precisare che nel caso di specie non si immagina un intervento della Corte Costituzionale volto a risolvere i problemi di coordinamento legati al riparto ma quelli inerenti la risoluzione di antinomie interpretative fra plessi giurisdizionali, tali da determinare effetti diversi sul piano applicativo a seconda che la questione sia conosciuta dal giudice ordinario o dal giudice amministrativo.

²² Così A. BRIGUGLIO, *Appunti sulle Sezioni Unite Civili*, cit..

²³ La Corte di Giustizia e la Corte Europea per i diritti dell'uomo proprio sul tema della nomofilachia e della certezza del diritto suggeriscono, seppur con estrema cautela, l'adozione di strumenti normativi interni da parte dei singoli Stati - nell'esercizio del margine di apprezzamento loro riservato in forza dell'ancora vigente principio di autonomia procedurale - per attenuare eventuali diversità di trattamento in ragione dell'autorità nazionale chiamata a provvedere [cfr., Corte EDU, Carbonara e Ventura contro Italia, sentenza 11/2/2003; Corte EDU, Belvedere alberghiera s.r.l. contro Italia, sentenza 30/10/2003]. In particolare, la Corte EDU, che si è già espressa sull'argomento con più pronunzie, ha affermato come possa essere comprensibile che assicurare la coerenza del diritto sul piano nazionale ed anche rispetto al piano sovranazionale possa richiedere tempo, trattandosi di un percorso chiaramente complesso, per cui periodici contrasti giurisdizionali possono anche essere tollerati. Aggiungendo, poi però, che qualora le corti nazionali, ed in generale l'ordinamento giudiziario statale, non siano in grado di individuare delle modalità utili o meccanismi funzionali alla risoluzione del contrasto, la Corte EDU riconosce la propria legittimazione ad intervenire ove detti contrasti, irrisolti e perduranti nel tempo, mettano a repentaglio i principi di legalità, d'uguaglianza e certezza del diritto, contravvenendo espressamente con quelli che sono i dettami stabili dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

spontaneo adattamento, e, più recentemente, con la creazione di canali formali di dialogo⁽²⁴⁾.

È evidente che la creazione di una sede istituzionale di dialogo e confronto fra le giurisdizioni superiori in sede di risoluzione di questioni di giurisdizione avrebbe delle ricadute positive in termini di apertura al dialogo e di confronto fra le categorie rispettivamente utilizzate dalle tre giurisdizioni⁽²⁵⁾. Si è perciò evidenziata la necessità d'introdurre dei canali permanenti ed istituzionali di dialogo anche in costanza del suddetto auspicato intervento di riforma, ma soprattutto in assenza o nelle more dello stesso.

Si è sottolineato in trattazione la particolarità ed originalità dell'istituto spagnolo de *los plenos no jurisdiccionales* disciplinato all'art. 264 LOPJ, degli accordi formali ed istituzionalizzati che vengono presi fra i magistrati appartenenti ad una stessa *sala* del *Tribunal Supremo* per la risoluzione dei contrasti interpretativi. Ciò che rileva non è tanto il fine di questi accordi, ma la forma utilizzata: un accordo formale fra i magistrati, appartenenti ad una stessa giurisdizione, che però non presenta la forma di un atto o di un provvedimento giurisdizionale.

Tenuto conto delle necessarie peculiarità rispetto alle funzioni di un tale strumento all'interno dell'ordinamento giuridico spagnolo, è però possibile immaginarne l'introduzione anche all'interno dell'ordinamento italiano. Si tratterebbe di uno strumento da utilizzare non fra i magistrati delle distinte sezioni di una stessa giurisdizione, ma fra magistrati rispettivamente appartenenti alla giurisdizione ordinaria, amministrativa e contabile.

Si tratterebbe di accordi che non hanno i tratti di una sentenza, che non sono dotati di carattere vincolante ma basati sull'autorevolezza dei membri delle rispettive magistrature che li sottoscrivono, pur dotati di una propria veste formale ed istituzionale e di un'adequata pubblicità all'interno dell'ordinamento giuridico.

²⁴ Così in tema di abuso dello strumento processuale o di *compensatio lucri cum damno* [in argomento, cfr. *supra* cap. III, par. 5, p. 104 e p. 106].

²⁵ In tal senso, cfr. L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, cit.. In argomento, non sono però mancati anche i rilievi critici, in particolare, A. TRAVI [*Considerazioni sulla proposta di legge per l'istituzione del Tribunale dei conflitti*, cit.] afferma che cercare di agevolare la formazione di indirizzi giurisprudenziali unitari attraverso strumenti, come la richiesta reciproca di "pareri" su questioni di interesse comune non risolve i problemi, ma ne crea invece di nuovi. Infatti, secondo il pensiero dell'autore il parere dell'altro organo giurisdizionale finirebbe col preconstituire la decisione della vertenza e si tratterebbe di una decisione maturata, nella sostanza, in una sede diversa dal quella individuata per legge; con una netta e conseguente violazione dei principi del giusto processo.

Nel confronto con le esperienze straniere emerge come la creazione di una cultura giuridica comune a tutte le giurisdizioni assicuri la diminuzione dei contrasti interpretativi sia in punto di giurisdizione che nelle materie di confine.

Quale che sia il concreto abbrivio che sarà seguito in Italia, elemento indispensabile per garantire il necessario coordinamento istituzionale - sempre più impellente alla luce del nuovo ruolo rivestito dalle corti della nomofilachia nell'attuale contesto ordinamentale - è una cultura giuridica condivisa, una formazione comune che renda possibile per i vari appartenenti alle magistrature l'individuazione delle interconnessioni tra le istituzioni e le funzioni cui le stesse sono preposte.

Il raggiungimento della necessaria composizione tra unicità e pluralità delle giurisdizioni è un prodotto culturale che le supreme giurisdizioni devono perseguire non solo a vantaggio della razionalità degli indirizzi giurisprudenziali, ma anche, e soprattutto, del rispetto del principio di eguaglianza nella tutela dei diritti dei cittadini, come d'insegnamento di un grande Maestro delle tutele e delle libertà costituzionali ⁽²⁶⁾.

²⁶ G. SILVESTRI, *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori - la funzione unificante della cultura della giurisdizione ed il ruolo della formazione* in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2017, 679.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Giudici e legislatori*, in *dir. pubbl.*, 2, 2016, 483.
- AA. VV., *Il nuovo processo contabile*, in *L'amministrativista*, Milano, 2017.
- AA. VV., *Unitarietà della giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 3, 2015.
- AA. VV., *La nomofilachia nelle tre giurisdizioni. Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei Conti*, Bologna, 2019.
- ABIGNENTE A., *La dottrina del diritto tra dinamicità e purezza. Studio su Adolphe Julius Merkl*, Napoli, 1990, 19.
- ACIERNO M., *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 437.
- ALPA G., CARBONE V. (a cura di), *Giurisdizioni di legittimità e regole di accesso: esperienze europee a confronto*, Bologna, 2011.
- ALPA G., *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006.
- ALPA G., *La regola del precedente e i suoi falsi amici*, in *Contratto e Impr.*, 4, 2017, 1073.
- ÁLVAREZ GARCÍA F.J., *Reflexiones sobre el principio de legalidad*, in *Nuevas posiciones de la dogmática jurídico penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, 2006, CGPJ, Madrid, 299-358.
- AMOROSO G., *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: non condivisione da parte della Sezione del principio di diritto enunciato dalla Adunanza Plenaria (art. 99 c.p.a.)*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- AMOROSO G., *Le sezioni unite civili della Corte di cassazione a composizione allargata: considerazioni a margine del Memorandum sulle tre giurisdizioni*, in *Foro It.*, 2, V, 2018, col. 90.
- AMOROSO G., *Processo di cassazione e riflessi sulla funzione nomofilattica della Corte*, in "Tavola rotonda in ricordo di Sergio Mattone", Roma, 29 marzo 2017, 5.
- AMOROSO G., *Sindacato di legittimità e nomofilachia tra massime giurisprudenziali e principi di diritto*, in G. ALPA, A. SCHIESARO (a cura di), *Teoria e prassi della giustizia. Un dialogo tra accademia, magistratura e avvocatura*, Napoli, 2013, 274.
- ANDRIOLI V., *Le Giurisdizioni speciali nella Costituzione della Repubblica*, in *Le Giurisdizioni Speciali Amministrative*, Milano, 1956.

ANGIULI A., *L'adunanza plenaria e l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge*, in F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazza*, 2017, Napoli, 173.

ANGIULI A., *Unità della giurisdizione giustizia amministrativa e controllo del potere autoritativo*, contributo reso in occasione del Convegno "Crisi e riforma della giustizia amministrativa" (Bari, 23 maggio 2014 - Camera amministrativa).

APERIO BELLA F., *La motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 305.

APRATI R., *Le Sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge* (commi 66- 69 l. n. 103/2017), in AA.VV., *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario* (L.103/2017), Milano, 2017, 276.

ARRIGHI DE CASANOVA J., STAHL J.H., *Tribunal des conflits: l'âge de la maturité*, in *AJDA*, 2015, 575.

ASPRELLA C., *Abuso del processo, cumulo di diritti connessi e impugnazione di rito del soccombente di merito*, in *Corr. Giur.*, 2, 2017, 253.

AULETTA A., *La Corte di cassazione afferma il principio di coerenza della difesa della parte: non si può contestare il potere del giudice dal quale si è già preteso (invano) di ottenere ragione*, in *Foro it.*, 1, 2017, 986.

B. MARCHETTI, *Qualche nota di riflessione sulle prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La Giustizia Amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, in *Quad. dir. Proc. Amm.*, 2017.

BACCARINI S., *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, in *dir. proc. amm.*, 4, 2015, 1203.

BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella costituzione italiana*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1981, II, 451.

BACHELIER G., *Le Tribunal des conflits, juge administratif o juge judiciaire*, in A. VAN LANG (a cura di), *Le dualisme juridictionnel. Limites et mérites*, Paris, 2007, 67.

BARBERIS M., *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *quad. fior.*, 2015, 67.

BARBIERI E.M., *Il regolamento preventivo di giurisdizione, la rimessione del ricorso giurisdizionale amministrativo all'adunanza plenaria e il diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubb. Comunit.*, 6, 2011, 1365.

BARBIERI E.M., *La Corte di Giustizia interviene sul processo giurisdizionale amministrativo in tema di ricorsi reciprocamente escludenti e di potere nomofilattico dell'Adunanza Plenaria*, in *dir. proc. amm.*, 2016, 790.

BARGIS M., BELLUTA H. (a cura di), *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative (Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11)*, Torino, 2018;

BARLETTA M., *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, 2012, in *www.ildiritto.it*.

BARONE A., *Un caso "estremo" di diniego di giurisdizione per radicale stravolgimento del diritto dell'Unione Europea Corte di Cassazione*, in *Il processo*, 1, 2018.

BARONE C.M., PARDOLESI R., *Qualche minimale considerazione conclusiva*, in *Foro It.*, 2, V, 2018, col. 133.

BATTINI S., *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2013, 52.

BELLISARIO E., *Compensatio lucri cum damno: il responso delle sezioni unite, in danno e resp.*, 2018, 4, 410.

BELLISARIO E., *Divieto di cumulo fra equo indennizzo e risarcimento del danno*, in *Corr. Giur.*, 2018, 517.

BENEDETTI G., *Precedente giudiziale e tematizzazione del caso. Per una teoria della prassi*, in *Scintillae Iuris. Studi in onore di Gino Gorla*, Milano, 1994, 184.

BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 591.

BERTI G., *Commento art. 113*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1987.

BESSO C., CHIARLONI S. (a cura di), *Problemi e prospettive delle corti supreme. Esperienze a confronto*, Napoli, 2012.

BETZU M., *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *dir. pubbl.*, 1, 2017, 47.

BIAVATI P., *Brevi note sul nuovo procedimento in Cassazione*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, IV, 2017, 1209.

BIGOT G., *Les enjeux constitutionnels de la présidence du Tribunal des conflits*, in *Etudes à la mémoire de François Burdeau*, Paris, 2008.

BILE F., *Intorno all'unità della giurisdizione*, in *foro it.*, V, 2001, 93.

- BILE F., *Riforme costituzionali e corte di cassazione, foro it.*, V, 2011, 2013.
- BIN R., *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, Relazione alle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa “*Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*”, in www.federalismi.it, 17, 2018.
- BINDI E., PISANESCHI A., *La Corte costituzionale non consente la revocazione delle sentenze amministrative passate in giudicato per contrasto con la sentenza della Corte EDU*, in Giustamm.it.
- BOBBIO N., *La certezza del diritto è un mito?*, in *riv. int. fil. dir.*, 28, 1951, 146.
- BRANCA M., *La nomofilachia nella giurisdizione amministrativa*, in www.federalismi.it, 21 ottobre 2009.
- BRECCIA U., *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. e dir.*, 2006.
- BRIGUGLIO A., *"Creatività" della giurisprudenza, mutamento giurisprudenziale e giudizio di rinvio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 1381.
- BRIGUGLIO A., *Appunti sulle Sezioni Unite Civili*, in *riv. dir. proc.*, 1, 2015, 24.
- BRIGUGLIO A., *Ecco il «filtro»! (L'ultima riforma del giudizio di cassazione)*, in *riv. dir. proc.*, 2009, 1287.
- BROYELLE C., *La fin du dualisme juridictionnel: un point de vue universitaire*, in *L'avenir du dualisme juridictionnel: continuité ou rupture?*, in *Revue de droit d'Assas*, 18, 2019, 52.
- BUONFINO A., *Tra legislatore e vincoli euro-unitari. L'adunanza Plenaria e i «limiti esterni» alla funzione nomofilattica*, in *dir. proc. amm.*, 2017, 1047.
- BURDEAU F., *Les crises du principe de dualité de juridictions*, in *L'avenir du dualisme juridictionnel: continuité ou rupture?*, in *Revue de droit d'Assas*, 18, 2019, 36.
- CADOPPI A. (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017.
- CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 2014.
- CAIA G., *Eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo (configurabilità e confini in base all'art. 111 Cost.)*, relazione alle Giornate di studio sulla Giustizia amministrativa dell'Università di Siena “*La sentenza amministrativa ed i suoi rimedi*”, Castello di Mondanella - Siena, 19 e 20 maggio 2017.
- CAIANELLO V., *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1977, IV, 23.

- CALAMANDREI P., FURNO C., *Cassazione civile, in novis. dig. ital.*, II, Torino, 1958, 1055.
- CALAMANDREI P., *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Opere giuridiche*, Napoli, III, 1968, 3.
- CALAMANDREI P., *La Cassazione civile. II. Disegno generale dell'istituto*, ora in *Opere giuridiche*, VII, Napoli, 1976, 34.
- CALAMANDREI P., *La certezza del diritto le responsabilità della dottrina*, in *riv. dir. comm.*, I, 1942, 341-358, poi in *Opere giuridiche*, I, 1965, 504-511.
- CALAMANDREI P., *Non c'è libertà senza legalità*, Bari, 2013, 11.
- CALDARERA A., *Il principio dello stare decisis e la funzione nomofilattica dell'adunanza plenaria del Consiglio di stato al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in www.judicium.it.
- CALDARERA A., *Sul ricorso per Cassazione nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 873.
- CALIGARIS A., *Le modifiche all'art. 618 c.p.p.: verso un effettivo ed auspicato potenziamento della funzione nomofilattica*, in www.la legislazione penale.eu, 2018, 13.
- CANALE A., FRENI F., SMIROLO M. (a cura di), *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti, Commento sistematico al codice della giustizia contabile (D.Lgs. n. 174/2016)*, Milano, 2017.
- CANNADA BARTOLI E., *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 295.
- CANZIO G., *Calcolo giuridico e nomofilachia*, in A. CARLEO, (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, 169.
- CANZIO G., *Le buone ragioni di un Memorandum*, in *Foro It.*, 2, V, 2018, col. 66.
- CANZIO G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *dir. pubbl.*, 1, 2017.
- CAPACCIOLI E., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983.
- CAPOGRASSI G., *Il ritorno di S. Spaventa*, in *Opere*, Milano, VI, 1959, 17.
- CAPONI R., *Dialogo tra corti nazionali ed internazionali in Il libro dell'anno del diritto 2013*, in www.treccani.it.
- CAPONIGRO R., *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, in www.federalismi.it, 2, 2017.

- CAPORALE F., *Funzione nomofilattica e vincolo del precedente nella giustizia amministrativa*, in *giorn. dir. amm.*, 5, 2018, 629.
- CAPORALE F., *Le ambiguità della sentenza semplificata tra modello redazionale e strumento di accelerazione del processo amministrativo*, in *dir. proc. amm.*, 2, 2018, 606.
- CARANTA R., *La riforma della giustizia amministrativa. Rilievi comparatistici*, in S. CARLEO A., (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017.
- CARBONE A., BELLESINI C., *Riparto di giurisdizione e controversie di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La Giustizia Amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, in *Quad. dir. Proc. Amm.*, 2017.
- CARBONE A., *Nomofilachia dell'Adunanza Plenaria*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2019.
- CARNELUTTI F., *Irregolare composizione del collegio giudiziario*, in *riv. dir. proc.*, 1952, II, 1.
- CARNELUTTI F., *La certezza del diritto*, in *riv. dir. proc.*, 1943, 81.
- CARPI F., *Giustizia e processo. Una conversazione con Andrés De La Oliva Santos a cura di Vincenzo Varano*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 561.
- CARPI F., *Il tormentato filtro al ricorso in cassazione*, in *corr. giur.*, 2009, 1443.
- CARRÀ M., *Il processo amministrativo tedesco*, in D. SORACE (a cura), *Discipline processuali differenziate dei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2010, 29.
- CARRATTA A., COSTANTINO G., RUFFINI G., *Per la salvaguardia delle prerogative costituzionali della Corte di cassazione*, in *Foro It.*, 2, V, 2018, col. 71.
- CARRATTA A., *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1, 2010, 46.
- CARRATTA A., *Il «filtro» al ricorso per cassazione fra dubbi di costituzionalità e salvaguardia del controllo di legittimità*, in *giur. it.*, 2009, 1563.
- CARRATTA A., *Le nuove modifiche al giudizio in Cassazione ed il «filtro» di ammissibilità del ricorso*, in www.consiglionazionaleforense.it, 2009.
- CARRATTA A., *Il "filtro" al ricorso in Cassazione e la prima pronuncia delle Sezioni unite*, in www.treccani.it, 2011.
- CASSETTA E., (voce) *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 25.

CASSETTA E., *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, ora in ID., *Scritti scelti*, Napoli, 2015, 440.

CASSATELLA A., *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2016, 637.

CASSATELLA A., *Potestà di autotutela, risarcimento del danno e riparto di giurisdizione: vecchi temi e nuovi problemi*, in *dir. e form.*, 3, 2011, 387.

CASSESE S., *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *quad. fior.*, XIX, 1990, 5.

CASSESE S., *Consiglio di Stato e pubblica amministrazione da una costituzione all'altra*, in S. CASSESE, (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997.

CASSESE S., *Continuità e fratture nella storia del Consiglio di Stato*, Relazione svolta in occasione dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato per festeggiare i 180 anni del Consiglio, Roma, 16 marzo 2011.

CASSESE S., *I tribunali di babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009.

CASSESE S., *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001.

CASSESE S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, 25.

CASSESE S., *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 1992, 467.

CASSESE S., *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 609.

CASSESE S., *Le amministrazioni pubbliche in Europa. Per uno studio storico-comparato del diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di P. Virga*, Milano, I, 1994, 499.

CASSESE S., *Monismo e dualismo giudiziario. Storia e prospettive*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2017, 583.

CASSESE S., *Nuovi paradigmi per la giustizia amministrativa*, Introduzione alla prima sessione del convegno sulla giustizia amministrativa, Tar di Lecce, 16/10/2015, in www.irpa.eu.

CASSESE S., TORCHIA L., *La Costituzione dei diritti e la Costituzione delle prerogative*, in *Foro It.*, 2, V, 2018, col. 104.

CASSESE S., *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, in *giorn. dir. amm.*, 4, 2010, 319.

CASSESE S., *I giudici non siano torri d'avorio. Il diritto ha bisogno di armonia*, in *Corriere della sera*, 19 luglio 2017.

CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

CAVALLA F., CONSOLO C., DE CRISTOFARO M., *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*, in *corr. giur.*, 2011, 1397.

CAVALLO PERIN R., *I limiti ai poteri delle giurisdizioni nelle controversie contro gli atti della pubblica amministrazione*, in *dir. proc. amm.*, 4, 2016, 981.

CAVALLO PERIN R., *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano-D'Amelio*, in *dir. proc. amm.*, 2004, 18-25.

CAVALLO PERIN R., *Il riparto di giurisdizione*, in A. ROMANO [et al.], *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, 2004.

CELLINI M.M., *Ancora sulla rilevabilità in appello del difetto di giurisdizione nel processo amministrativo*, in *dir. proc. amm.*, 4, 2018, 132.

CERRETO A., *Il riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo nella sua evoluzione. Punti fermi e problematiche aperte*, in www.giustizia-amministrativa.it.

CERULLI IRELLI V. (a cura di), *La Giustizia Amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, in *Quad. dir. Proc. Amm.*, 2017.

CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in *giur. cost.*, 4, 2004, 3032.

CHAPUS R., *Droit administratif général*, 15 ed., Paris, 2001.

CHIARLONI S., *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in G. VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1988, 75.

CHIARLONI S., *Nomofilachia e garanzia costituzionale*, in C. BESSO, S. CHIARLONI (a cura di), *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*, Napoli, 2012.

CHIARLONI S., *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in *riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, 10.

CHIEPPA R., *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2018, 549-552.

CHIODI G.M., *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa*, Bari, 1969.

CHITI M.P., *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012.

CHITI M.P., *La messa in discussione del riparto di giurisdizione attraverso il "Cavallo di Troia" della riforma della responsabilità civile dei giudici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012.

CHITI M.P., *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2000, 312.

CIRILLO G.P., *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2001.

CIRILLO G.P., *La frammentazione della funzione nomofilattica*, in LexItalia.it, 11, 2013.

CIRILLO G.P., *La nozione di nomofilachia*, in www.giustizia-amministrativa.it.

CIVITARESE MATTEUCCI S., *Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2014, 1175.

COHEN D., *La protection des libertés individuelles et le dualisme juridictionnel*, in *L'avenir du dualisme juridictionnel: continuité ou rupture?*, in *Revue de droit d'Assas*, 18, 2019, 59.

COMMANDATORE C., *La compensatio lucri cum damno nel sistema delle responsabilità*, in *resp. civ. e prev.*, 4, 2018, 1260.

COMPORITI G.D., *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in ID., (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze, 2016.

CONSOLO C., *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori - il "Memorandum" del 15 maggio 2017: ragionevole sogno o vere linee effettive?*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2017, 679.

CONSOLO C., *Il valore del precedente fra interpretazione giuridica e scandaglio del fatto del caso concreto*, in *dir. proc. amm.*, 1, 2018, 25.

CONSOLO C., *La base partecipativa e l'aspirazione alla nomofilachia*, in *Foro It.*, 2, V, 2018, col. 111.

CONSOLO C., *Osservazione sistematica sulla n. 21260. Il "vecchio" rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiari e non tutti antichi) corollari: inter multos l'inammissibilità per carenza di legittimazione ad impugnare e la inattività dell'inerziale richiamo della figura dell'abuso del processo*, in *Corr. Giur.*, 2, 2017, 253.

CONTI R., *Il mutamento del ruolo della Corte di Cassazione fra unità della giurisdizione ed unità delle interpretazioni*, in *Consulta online*, III, 2015, 807.

CONTI R., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte UE: risorsa, problema e principio fondamentale di cooperazione al servizio di una nomofilachia europea*, in www.cortedicassazione.it, 2014.

CONTI R., *L'esecuzione delle sentenze della Corte EDU nei processi penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, in *Consulta online*, 2, 2017, 79.

CONTI R., *La giurisdizione del giudice ordinario e il diritto UE*, in www.questionegiustizia.it, 14.

CORPACI A., *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2013, 341.

CORSALE M., *Certezza del diritto: I) Profili teorici*, in *enc. giur.*, Roma, VI, 1988, 5.

CORSO G., *Abuso del processo amministrativo?*, in *dir. proc. amm.*, 2016, 8.

CORSO G., *Il principio di legalità* in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 40.

CORSO G., *L'Adunanza plenaria e la funzione nomofilattica*, in *Rass. for.*, 2014, 633.

CORTESE F., CARUSO C., ROSSI S. (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente. 70 anni dell'Assemblea Costituente e della Costituzione*, Napoli, 2018.

CORTESE F., *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.

COSENTINO A., *Brevi considerazioni a proposito del Memorandum sulle giurisdizioni*, in *Foro It.*, 2, V, 2018, col. 117.

COSENTINO A., *Note critiche sull'ipotizzato "Tribunale Superiore dei Conflitti"*, in www.giustiziainsieme.it, 2019.

COSIO R., *Il pluralismo ermeneutico nell'ordinamento complesso*, nell'ambito del convegno "L'interpretazione del diritto del lavoro fra ermeneutica giuridica e pluralismo culturale. Giudici e avvocati nel processo", 2013.

COSTANTINO G., *Appunti sulla nomofilachia e sulle «nomofilachie di settore»*, in *riv. dir. proc.*, 6, 2018, 1443.

COSTANTINO G., *Il diritto all'immagine delle pubbliche amministrazioni, poteri di avocazione e nomofilachia contabile* in *Foro it.*, 2011, 664.

COSTANTINO G., *La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza*, in *riv. dir. proc.*, 2015, 646.

COSTANTINO G., *La riforma del giudizio di legittimità: la Cassazione con filtro*, in *giur. it.*, 2009, 1562.

CUDIA C., *Appunti per un dibattito su Cassazione e pubblica amministrazione*, in *dir. pubbl.*, 1, 2015, 127.

CURZIO P., GIUSTI A., ACIERNO M. (a cura di), *La Cassazione civile: lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, Bari, 2015.

D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato. Trasformazione dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992.

D'ALBERTI M., PAJNO A., *Il giudice amministrativo tra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996.

D'ALTERIO E., *La funzione di regolazione delle corti nello spazio amministrativo globale*, Milano, 2010.

D'AMELIO M., ROMANO S., *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, 181.

D'AURIA G., *Memorandum sulle giurisdizioni e Corte dei conti*, in *Foro It.*, 2, V, 2018, col. 125.

D'AURIA G., *Sulla nomofilachia delle sezioni riunite della corte dei conti*, *foro it.*, 2009, I, 1076.

DAL CANTO F., *Il ricorso in cassazione per motivi inerenti la giurisdizione dinanzi alla corte costituzionale*, in *giur. cost.*, 3, 2018, 1544.

DAVID R., *Les grands systèmes de droit contemporains*, II ed., Paris, 1978, trad. It., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, a cura di R. SACCO, II ed., Padova, 1973.

DE AMICIS G., *La formulazione del principio di diritto e i rapporti tra sezioni semplici e sezioni unite penali della corte di cassazione*, 4 febbraio 2019, in www.penalecontemporaneo.it.

DE AMICIS G., VINCENTI R., ACIERNO M., *Il ruolo della cassazione: tradizione e mutamenti*, Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo presso la Corte Suprema di Cassazione, in www.penalecontemporaneo.it.

DE FELICE M., *Su probabilità, «precedente» e calcolabilità giuridica*, in *riv. dir. proc.*, 6, 2017, 1546.

DE LA OLIVA SANTOS A., *Gobierno de Poder Judicial y valor de la Jurisprudencia: un intento de dosi cambios sustanciales*, in *Tribunales de Justicia, revista española de derecho processual*, 10, 2002, 1.

DE LISE P., *L'organizzazione e le funzioni del Consiglio di Stato italiano*, in www.giustizia-amministrativa.it.

DE LISE P., *Unità d'Italia e 180 anni di storia del Consiglio di Stato*, Bologna, 2011.

DE NICTOLIS R., *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per i "soli motivi inerenti la giurisdizione" e ricorso per violazione di legge)*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017.

DE ROBERTO A., *Metamorfosi di giustizia amministrativa a Costituzione invariata*, in P. AIMO [et al.], *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, 2011.

DE SIANO A., *Precedente giudiziario - il principio di diritto espresso dall'adunanza plenaria quale norma giuridica*, in *Giur. It.*, 2018, 7, 1687.

DE STEFANO F., *I discutibili presupposti del Tribunale dei Conflitti*, in *Quest. giust.*, 2, 2019.

DELGADO SUÁREZ C., *Sui modelli di Corti supreme e la revoca dei precedenti*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2018, 689.

DELLA CANANEA G., *L'unione europea. Un ordinamento composito*, Bari, 2003.

DENNIGERE E., *Judicial review revisited: the german experience*, in *Tulane law review*, 1985, 1013.

DEODATO F., *Nota a Corte Costituzionale sentenza 24 gennaio 2018, n. 6 e Corte di Cassazione - S.U. sentenza 29 dicembre 2017, n. 31226*, in www.ildirittoamministrativo.it.

DEUMIER P., *Le Tribunal des conflits nouvelle génération*, in *Procédures*, 2015, alerte 26.

DI AMATO S., *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 2013.

DI MARZIO M., *I tacchini, il pranzo di natale e il Tribunale dei conflitti*, in www.ilprocessocivile.it, 2019.

DI MARZO F., *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in *Giust. civ.*, 2, 2014, 339.

BIBLIOGRAFIA

- DI MODUGNO N., *Silvio Spaventa e la giurisdizione amministrativa in un discorso mai pronunciato*, in *dir. proc. amm.*, 1991, 375.
- DI PACE R., *L'eccesso di potere giurisdizionale*, in *Il libro dell'anno del Diritto*, in www.treccani.it, 2013.
- DI PALMA S., *Un tribunale illegittimo e non necessario*, 4, 2018, in www.giudicedonna.it.
- DÍEZ-PICAZO L., *Jurisprudencia y seguridad jurídica*, in *Diario ABC*, 31 luglio 2002.
- DOMENICHELLI V., *Alcune note sul ricorso per Cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 607.
- DOMENICHELLI V., *Il ruolo normativo del giudice nella formazione e nello sviluppo del diritto amministrativo*, in *dir. proc. amm.*, 2016, 385.
- DOMENICHELLI V., *Regolazione e interpretazione nel cambiamento del diritto amministrativo: verso un nuovo feudalesimo giuridico?*, in *dir. proc. amm.*, 1, 2004, 1.
- ELISINO T., *Mansioni superiori nel pubblico impiego, reggenza e demansionamento. Chiarimenti da Piazza Cavour* in *Dir. Giust.*, 2010, 103.
- FALCO F., *Mansioni superiori del dipendente pubblico: Il contrasto giurisprudenziale tra la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato*, in *Gazzetta Amministrativa*, 2, 2011, 152.
- FALCON G., *Gli sperati progressi (e i temuti regressi) nella giustizia amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997, 73.
- FALZONE V., PALERMO F., COSENTINO F., (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana. Illustrata con i lavori preparatori*, Milano, 1976.
- FANTI V., *Eccesso di potere giurisdizionale e principio di proporzionalità amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 876.
- FANTINI S., *La pregiudiziale amministrativa come motivo inerente alla giurisdizione*, in *Urb. e app.*, 2009, 548.
- FERRAJOLI L., *Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità*, in *giust. civ.*, 2014, 27.
- FERRAJOLI L., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. Giust.*, 2016.
- FERRARA L., *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *dir. pubbl.*, 2014, 561.
- FERRI C., *Limiti del controllo in Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in *riv. dir. proc.*, 1968, 356.

FERRONI M.V., *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005.

FERRUSA P., *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *dir. pen. proc.*, 2017, 1273.

FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2018, 144.

FIOCIELLO E., *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, 17 luglio 2017, in www.iusinitinere.it.

FIDELBO G., *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in www.penalecontemporaneo.it, 2018.

FILICI M., ROLLI R., *C'era una volta il potere giurisdizionale italiano*, in *riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 541.

FIORITTO A., *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003.

FLORA G., *La corte di Cassazione e la Costituzione*, in *Giust. civ.*, 2, 1965, 105.

FOLLIERI E., *Effettività della tutela e nomofilachia*, in www.giustamm.it, 6, 2018.

FOLLIERI E., *Gli effetti retroattivi del principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato tra certezza del giudicato e effettività dell'ordinamento giuridico*, in www.siaaitalia.it.

FOLLIERI E., *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it, 2014.

FOLLIERI E., *La giustizia amministrativa nella Costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *riv. trim. dir. proc. amm.*, 2001, 911.

FOLLIERI E., *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in E. FOLLIERI, A. BARONE, *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Milano, 2015, 74.

FOLLIERI E., *L'adunanza plenaria, "sovrano illuminato", prende coscienza che i principi enunciati nelle sue pronunzie sono fonti del diritto*, in *urb. app.*, 3, 2018, 373.

FOLLIERI E., *Le garanzie d'indipendenza del Consiglio di Stato*, in *dir. proc. amm.*, 2016, 1234.

FOLLIERI E., *L'insegnamento globale del diritto amministrativo (jus et remedium)*, in *Studium iuris*, 2004, 713.

FOLLIERI E., *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *dir. proc. amm.*, 2012, 1246.

FOLLIERI E., *Lo stare decisis nel processo amministrativo*, in *dir. e proc. amm.*, 2015, 20.

FOLLIERI E., *La nomofilachia del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*, 5, 2015, 2.

FOLLIERI E., *Per l'indipendenza del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*, 2016.

FOLLIERI E., *Rimedi avverso la violazione dell'art. 99, terzo comma, del codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 9, 2013.

FOLLIERI F., *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *www.federalismi.it*, 2017.

FONTANELLI F., MARTINICO G., *La ricerca della coerenza: le tecniche del «dialogo nascosto» fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multilivello*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 351.

FORIGLIO G., *Trasformazioni del diritto. Alla ricerca di nuovi equilibri nell'esperienza giuridica contemporanea*, Torino, 2017.

FORNACIARI M., *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c.*, in *riv. dir. proc.*, 2013, 32 ss.].

FRANCARIO F., *Diniago di giurisdizione*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2019, 639.

FRANCARIO F., *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato*, in *www.federalismi.it*.

FRANCESCHELLI M., *Nomofilachia e Corte di Cassazione*, in *Giustizia e Costituzione*, 1986, 36.

FRANZONI M., *La compensatio lucri cum damno secondo la Cassazione*, in *Resp. Civ. prev.*, 4, 2018, 1092.

FRANZONI M., *La compensatio lucri cum damno secondo il Consiglio di Stato*, in *Danno e Resp.*, 2018, 2, 163.

FROMONT M., *La convergence des systèmes de justice administrative en Europe*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2001, 144-145.

GALGANO F., *Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana*, in *Contr. e impr.*, 2004, 1.

GALLI L., *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: uno sguardo oltre confine. Fundamental rights and administrative judge: a look beyond the border*, in *dir. proc. amm.*, 3, 2018, 978.

GALLO C.E., *Il controllo della Corte di Cassazione sul rifiuto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017, 2.

GALLO C.E., *L'impugnazione in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 553.

GALLO P., *Compensatio lucri cum damno - la compensatio lucri cum damno ed i suoi confini*, in *Giur. It.*, 2018, 6, 1343.

GARCÍA DE ENTERRÍA E., *¿Cambio radical del sistema jurídico español?*, in *Diario ABC*, 6 julio de 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, 2010.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA A., *Relevancia de los cambios de criterio de la doctrina jurisprudencial y los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*, in *Nuevas posiciones de la dogmática jurídico penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, 2006, CGPJ, Madrid, 211.

GAROFALI R., *Il giudice tra creatività interpretativa e esigenze di legalità e prevedibilità*, 2019, in www.giustizia-amministrativa.it.

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

GATTAMELATA S., *Il ricorso in Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, *Dir. e proc. amm.*, 2014, 1055.

GATTAMELATA S., POLICE A., *«Contatti» tra giurisdizioni nella repubblica federale tedesca (a commento della legge per la garanzia dell'unità della giurisprudenza delle Supreme Corti federali - 19 giugno 1968)*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 1995, 367.

GAVERINI F., *Il controllo della Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato ex art. 111 Cost. ed il principio di effettività della tutela, tra limite interno ed esterno della giurisdizione*, in *Foro amm. CdS*, 2007, 82.

GIACCHETTI S., *La risarcibilità degli interessi legittimi è "in coltivazione"*, in www.lexitalia.it, 1999.

GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, III, 1964, 226-227.

GIANNINI M.S., PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione.*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 231.

GIOIA G., *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, 2009.

- GOMETZ G., *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005.
- GONOD P., CADIET L., *Le Tribunal des conflits. Bilan et perspectives*, Paris, 2009.
- GONOD P., *La réforme réalisée. La modification de la loi du 24 mai 1872*, in *Rfda*, mars-avril, 2015, 331.
- GORLA G., *La motivation des jugements*, in *Foro It.*, V, 1979, 1.
- GORLA G., *Formazione e strutture fondamentali della “Common Law”: le “forms of action”*, in *riv. trim. dir. proc.*, 1965, 1646.
- GORLA G., *L’uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi*, in *Diritto comparato e Diritto comune europeo*, Milano, 1981, 512-517.
- GORLA G., *Postilla su “l’uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi”*, in *foro it.*, V, 1976, c. 134.
- GORLA G., *Studio storico comparativo della “common law” e scienza del diritto (le forme d’azione)*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 25.
- GOSSEL M., *Mot d’accueil*, in *L’avenir du dualisme juridictionnel: continuité ou rupture?*, in *Revue de droit d’Assas*, 18, 2019, 31.
- GOTTI P., *Gli atti amministrativi dichiarativi. Aspetti sostanziali e profili di tutela*, Milano, 1996.
- GRANADOS PÉREZ C., *Acuerdo de plenos de la penal del Tribunal supremo para la unificación de la jurisprudencia 2ª*, Valencia, 2017.
- GRAZIOSI A., *Riflessioni in ordine sparso sulla riforma del giudizio di Cassazione*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 37.
- GRECO G., *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell’interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 460.
- GROSSI P., *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2017, 831.
- GROSSI P., *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, in *ID.*, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2015, 68.
- GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994.
- GUASTINI R., *Art. 101*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. La magistratura*, I, 1994, 191.

- GUASTINI R., *Il giudice e la legge*, Torino, 1994.
- GUICCIARDI E., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 469.
- GUMMER P., commento al § 17 GVG in R. ZÖLLER, *Zivilprozessordnung*, 2009, 2564.
- HÄBERLE P., *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milano, 2000, 42 - 77.
- HUGLO C., GUERIN M., *Comprendre les perspectives de la réforme issue du décret du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles*, in *dr. adm.*, 2015, comm., 28.
- IANNIRUBERTO G., *Le attribuzioni delle Sezioni unite civili e l'efficacia del principio di diritto*, in *corr. giur.*, 2008, 725.
- IANNIRUBERTO G., MORCAVALLO U. (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*, Milano, 2007.
- IANNOTTA R., *Le condizioni politiche e sociali coeve all'istituzione della sez. IV del Consiglio di Stato e le prospettive attuali*, in *Studi per il centenario della Quarta Sezione*, Roma, I, 1989, 117.
- IELO F., *Il rapporto tra indennizzo e risarcimento del danno*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2018, 4, 502.
- IMPERIALI S., *Appunti sulla nomofilachia delle Sezioni Riunite della Corte dei conti in sede giurisdizionale*, in www.giuristidiamministrazione.com.
- IÑIGO CORROZA M.E., RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE E., *Los Acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido (1991-2007)*, Barcelona, 2007, 62.
- IRTI N., "Calcolabilità" weberiana e crisi della fattispecie, *riv. dir. civ.*, 5, 2014, 36-44.
- IRTI N., *I "cancelli delle parole"*, Napoli, 2015.
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1999.
- IRTI N., *La crisi della fattispecie*, *riv. dir. proc.*, 1, 2014, 36.
- IRTI N., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005.
- IRTI N., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *riv. dir. proc.*, 4-5, 2016, 917.
- IRTI N., *Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente)*, in *riv. dir. proc.*, 6, 2017, 1539.

IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

JOBERT S., *Propos introductifs*, in *L'avenir du dualisme juridictionnel: continuité ou rupture?*, in *Revue de droit d'Assas*, 18, 2019, 32.

LABETOULLE D., STAHL J.H., *Pour un Tribunal des conflits sans garde des Sceaux*, in *Rfda*, 2012, 1173; in *AJDA*, 2013, 21; in *D.*, 2013, 98.

LAFERRIERE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, II, Berger-Levrault, 1896.

LAMBERTI C., *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, in *giur. it.*, 2013, 4;

LAMORGESE A., *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti*, in *www.federalismi.it*, 1, 2018.

LAMORGESE A., *L'eccesso di potere giurisdizionale e il diritto eurounitario* in *www.questionegiustizia.it*.

LAMORGESE A., *La giurisdizione contesa. Cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 2014.

LAMORGESE A., *Note in margine al Memorandum sulle giurisdizioni*, in *Foro It.*, 2, V, 2018, col. 80.

LANGLOIS F., *Discours de clôture*, in *L'avenir du dualisme juridictionnel: continuité ou rupture?*, in *Revue de droit d'Assas*, 18, 2019.

LE MONNIER DE GOUVILLE P., *Le dualisme juridictionnel: l'expérience de l'hospitalisation sans consentement*, *L'avenir du dualisme juridictionnel: continuité ou rupture?*, in *Revue de droit d'Assas*, 18, 2019, 75.

LECUYER H., *Les autorités administratives indépendantes et le dualisme juridictionnel*, in *L'avenir du dualisme juridictionnel: continuité ou rupture?*, in *Revue de droit d'Assas*, 18, 2019, 70.

LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *dir. proc. amm.*, 1983, 376.

LEVI SANDRI L., *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in AA.VV., *Studi per il centocinquantesimo anniversario del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1311.

LIBERTINI M., *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *www.orizzontideldirittocommerciale.it*, 2011.

LIGUORI F., *La funzione nomofilattica nell'età dell'incertezza*, in *dir. e proc. amm.*, 2, 2017, 595.

LIPARI N., *Giudice legislatore*, in *foro It*, 2017, 492.

LONGAVITA F.M., *La nomofilachia nelle SS. RR. della Corte dei Conti in sede giurisdizionale*, in www.amcorteconti.it.

LONGHI N., *Verso una giurisdizione specializzata. I convergenti percorsi dei sistemi europei di giustizia amministrativa*, Roma, 2017.

LONGO F., *Proposte per una riforma del supremo organo giurisdizionale regolatore del riparto di giurisdizione e delle questioni di attribuzione giurisdizionale*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma 1981, 111, 1315.

LOPEZ DE OÑATE F., *La certezza del diritto*, Roma, 1942.

LUCIANI M., *Il Memorandum delle giurisdizioni superiori e la discussione (mancata) sulla certezza del diritto*, in *Foro It.*, 2, V, 2018, col. 100.

LUCIANI M., *Le istituzioni e la certezza del diritto*, in www.italiadecide.it.

LUCIFREDI P.G., *Appunti di diritto costituzionale comparato. IV. Il sistema tedesco (La Repubblica Federale)*, IV ed., Milano, 2001, 85 - 103.

LUDOVICI L., *Il giudizio in cassazione dopo la cd. Riforma Orlando*, in AA.VV. (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Milano, 2017, 447.

LUISO V., *Il vincolo delle sezioni semplici al precedente delle SS.UU.*, in *Giur. It.*, 2003, 821.

LUPO E., *Il funzionamento della Cassazione civile*, in *foro it.*, V, 1999, 193.

MAGNARELLI M., *L'overruling tra teoria generale e diritto amministrativo*, in www.ildirittoamministrativo.it, 2017, 4-5.

MAGNI F.A., *Le sezioni unite confermano il divieto di cumulo di indennizzo assicurativo e risarcimento del danno*, in *Corr. Giur.*, 8-9, 2018, 1043.

MALTONI A., *«Il vincolo» al precedente dell'Adunanza plenaria ex art. 99, comma 3 c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali*, in *foro amm.*, 2015, 137.

MAMMONE G., *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2018*, in www.cortedicassazione.it, 2019, 55.

MANES V., *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"* in www.penalecontemporaneo.it.

MANGANARO F., *Compensatio lucri cum damno - nuovi orientamenti in materia di responsabilità civile nel dialogo tra le corti*, in *Giur. It.*, 2018, 6, 1488.

MANGANARO F., *Il giudizio di Cassazione nel sistema delle impugnazioni nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA A., *¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del acuerdo de 18 de julio de 2006)*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10, 2008.

MANNA A., *Aspetti problematici della vincolatività relativa del precedente giurisprudenziale in materia penale in rapporto a talune norme costituzionali*, in E. M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di M. Ronco*, Torino, 2017, 184.

MANTINI P., *Profili critici e di riforma delle responsabilità disciplinare della magistratura amministrativa*, 25 ottobre 2017, in www.federalismi.it.

MARI G., *Osservazioni alla sentenza della Cassazione, Sezioni Unite, 9 novembre 2011, n. 23302: sindacato della Suprema Corte sulle sentenze del giudice amministrativo rese in sede di ottemperanza e rilevanza di sopravvenienze fattuali successive al giudicato a giustificare un sostanziale vuoto di tutela*, in *dir. proc. amm.*, 2012, 127.

MARINO M., *Corte di Cassazione e giudici «speciali»*, in *Studi in onore di Vittorio Ottoviano*, Milano, II, 1993, 139.

MARSHALL J., *Trentatre cose che si possono fare con i precedenti*, in *Ragion pratica*, VI, 1996, 29.

MARTINEZ FRANCISCO N., *Los Plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*, Valencia, 2013.

MARTINUZZI A., *Le conseguenze giuridiche dell'inosservanza del precedente giudiziario in ambito processuale*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2016, 1345.

MARUOTTI L., *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in www.giustizia-amministrativa.it. ora in *riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2012, 705.

MASUCCI A., *Le cassazioni amministrative. Le esperienze tedesca e francese*, in *dir. proc. amm.*, 2016.

MATTARELLA B.G., *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011.

MATTEI U., *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Torino, 2004.

MATTEI U., *Il modello di common law*, Torino, 1996.

MAZARS M.F., *Nous ne sommes pas un «monument historique»!* del 13 luglio 2006, in *Les Echos*.

MAZZAMUTO M., *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *dir. proc. amm.*, 1, 2012, 46.

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

MAZZAMUTO M., *Il tramonto dottrinario del mito della giurisdizione unica alla luce dell'esperienza tra Orlando e Mortara*, in *www.giustizia-amministrativa*, 2019.

MAZZAMUTO M., *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2012, 1695.

MAZZAMUTO M., *L'incertezza del diritto amministrativo tra norme scritte e giurisprudenza pretoria: per un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata*, in *L'incertezza delle regole*, Napoli, 2015.

MAZZAMUTO M., *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 27.

MAZZAMUTO M., *Motivi inerenti alla giurisdizione - Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. It.* 3, 2018, 704.

MAZZAMUTO S., *Certezza e prevedibilità: nuove frontiere della nomofilachia e tentativi di "enforcement" del precedente*, in *Pol. dir.*, 2, 2003, 158.

MAZZAMUTO S., *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *europa e dir. priv.*, 3, 2018, 845.

MAZZAMUTO S., *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Spunti di politica del diritto*, in *europa e dir. priv.*, 1999, 747.

MECCARELLI M., *Le Corti di Cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano, 2005.

MELIS G., *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano*, relazione al convegno su "Il Consiglio di Stato durante la presidenza di Santi Romano", Consiglio di Stato, Roma, 6 febbraio 2003.

MELIS G., *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997, 6.

MENZIONI L., CASTRONOVO C., *Profili della secolarizzazione nel diritto privato*, AA. VV., *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, Milano, 1981, 1171.

MENZIONI L., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 11.

- MENGONI L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996.
- MENGONI L., MODUGNO F., RIMOLI F., *Problema e sistema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2017.
- MENGONI L., *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico, Jus*, 1976, 3.
- MÉNY Y. (a cura di), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, Bologna, 1994.
- MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all' "alternanza"*, Milano, 2001.
- MERUSI F., FREDIANI E., *Il processo amministrativo dalla Costituente al codice*, in *Amministrare*, 1, 2017, 139.
- MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.
- MERUSI F., *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *dir. amm.*, 2002, 527.
- MERUSI F., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012.
- MERUSI F., *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007.
- MERUSI F., *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in AA. VV., *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana ed inglese a confronto*, Milano, 1983, 119.
- MIEBACH K., *Der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes. Geschichte, Probleme und die Stellung des Gemeinsamen Senats zum Bundesverfassungsgericht*, Berlino, 1971.
- MIELE G., *Passato e presente nella giustizia amministrativa in Italia*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, II, 1987, 1031.
- MOCCIA L., *Common Law*, in *dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1988, 17.
- MONETA G., *I mutamenti della giurisprudenza della Cassazione civile*, Padova, 1993.
- MONTELEONE G., *Il nuovo volto della Cassazione civile*, in *riv. dir. proc.*, 2006, 951.
- MONTESANO L., *Ricondurre la Cassazione al giudizio di legittimità?*, in *riv. dir. proc.*, 1966, 623.
- MONTESANO L., *Su alcune funzioni della Cassazione civile secondo la costituzione della Repubblica italiana*, in *Scintillae Iuris. Studi in onore di Gino Gorla*, Milano, 1994, 294.

MONTI S., *Il Consiglio di Stato e la c.d. compensatio lucri cum damno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 7-8, 2018, 1071.

MONTI S., *La compensatio lucri cum damno e il “compromesso innovativo” delle Sezioni Unite*, in *danno e resp.*, 2018, 4, 410.

MORBIDELLI G., *Il contributo del giudice amministrativo*, in M. SPASIANO (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Napoli, 2012, 310.

MORBIDELLI G., PEGORARO L., RINELLA A., VOLPI M., *Diritto pubblico comparato*, V ed., Torino, 2016, 578.

MORETTI M., *Continua il dialogo tra Corte di giustizia e Giudice amministrativo sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale nel contenzioso appalti*, in *Osservatorio Costituzionale*, 3, 2016, 22.

MORTARA L., *Ancora sui limiti rispettivi delle attribuzioni dell'autorità giudiziaria e della autorità amministrativa*, in *Giur. it.*, I, 1, 1034.

MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, I. Teoria e sistema della giurisdizione civile*, Milano, 1923.

MORTARA L., *Conflitto e questioni di competenza fra un organo di giurisdizione speciale e l'autorità amministrativa*, in *Giur. it.*, 1898, I, 1, 223.

MORTARA L., *Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, in *mon. trib.*, 1899, 245.

MORTARA L., *Sindacato delle Sezioni unite sull'eccesso di potere*, in *Giur. it.*, I, 1, 495.

NICOLA P., *L'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati*, in *foro it.*, III, 2012, 350.

NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976.

NIGRO M., *Il Consiglio di Stato Giudice d'appello*, in *foro it.*, V, 1982, 10.

NIGRO M., *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, in *riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, 1371.

NIGRO M., *L'art. 113 della Costituzione ed alcuni problemi della giustizia amministrativa*, in *Scritti Giuridici*, Milano, 1996, 29.

NIGRO M., *L'ordinamento della giurisdizione amministrativa e l'istituzione dei tribunali amministrativi locali in Consiglio di Stato*, in *Scritti Giuridici*, Milano, 1996, 743.

NIGRO M., *La legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali (prime considerazioni con particolare riguardo alle norme sulla procedura)*, in *Scritti Giuridici*, Milano, 1996, 913.

NIGRO M., *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 763, ora in M. NIGRO, *Scritti giuridici*, Milano, 1996, 895.

NIGRO M., *Questione di giurisdizione in tema di legittimità di atti amministrativi di annullamento ex officio*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, 116.

NIVARRA L., *Le Sezioni Unite restituiscono un ordine auspicabilmente definitivo al discorso sulla compensatio lucri cum damno*, in *Resp. Civ. prev.*, 4, 2018, 1160.

NIVERT N., *Une réforme à faire? Plaidoyer pour l'extension de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Tribunal des conflits*, in *Rfda*, mars-avril, 2015, 343.

OGGIANU S., *Giurisdizione amministrative e funzione nomofilattica*, Milano, 2011.

OLIVIERI L., *Breve addenda alla questione della retribuità delle mansioni superiori*, in www.lexitalia.it.

OLLA F., *Il sindacato della Corte di Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa e l'interpretazione della legge*, in *Giust. civ.*, 2008, 1548.

ORLANDI R., *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione "politica" delle corti di legittimità*, in *cass. penale*, 7-8, 2017, 2596.

ORLANDO V.E., *Contenzioso amministrativo*, in *dig. it.*, Torino, VIII, 2, 849.

ORLANDO V.E., *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Torino, III, 1901, 633.

ORLANDO V.E., *Un caso di conflitto tra Cassazione e Consiglio di Stato*, 1936, ora in V.E. ORLANDO, *Scritti varii di diritto pubblico e scienza politica*, Milano, 1940, 355.

ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, Milano 2005.

ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2007, 1249.

ORSI BATTAGLINI A., *Autorizzazione amministrativa*, in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2007, 1198.

PAJNO A., *Appello nel processo amministrativo e funzione di nomofilachia*, in *riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 552.

- PAJNO A., *Il giudice amministrativo italiano come giudice europeo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2018, 585.
- PAJNO A., *L'effettività della tutela*, in A. ROMANO [et al.], *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, 2004, 225;
- PAJNO A., *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *dir. proc. amm.*, I, 2010, 119.
- PAJNO A., *La giustizia amministrativa nel 2018*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2018, 1, 9.
- PAJNO A., *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *dir. proc. amm.*, 3, 1994, 419.
- PAJNO A., *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 345.
- PAJNO A., *Trasformazioni della giustizia amministrativa*, *Giorn. dir. amm.*, 4, 2017, 419.
- PAJNO A., *Trasformazioni della giustizia amministrativa*, in G. CANZIO, P. GROSSI, A. PAJNO, *Corte Costituzionale, Corte di cassazione, Consiglio di Stato. Tre giurisdizioni apicali*, Bologna, 2017, 71.
- PAJNO A., *Un Memorandum virtuoso*, in *Foro It.*, 2, V, 2018, col. 122.
- PALEOLOGO G., *Silvio Spaventa e la Quarta Sezione del Consiglio di Stato*, in *Cons. St.*, II, 1990, 1215.
- PALLIGGIANO G., *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo in Francia e sue differenze rispetto all'Italia*, Incontro di studio "La giustizia amministrativa in Europa: Francia, Germania, Austria, Spagna", Roma, 20 Ottobre 2013.
- PALMIERI A., *Responsabilità per omessa o insufficiente vigilanza: si affievolisce l'immunità della pubblica amministrazione*, in *foro it.*, 2001, I, 1141.
- PANZAROLA A., *Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2018, 587.
- PANZAROLA A., *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in *dir. proc. amm.*, 1, 2016, 23.
- PAOLANTONIO N., *Linee evolutive della figura dell'abuso processuale in diritto amministrativo*, in www.giustamm.it.
- PARDOLESI R., GRANIERI M., *Dottrina delle corti e disimpegno dei giuristi*, in *foro it.*, 2013, 187.

PARDOLESI R., SANTORO P., *Sul nuovo corso della compensatio*, in *danno e resp.*, 2018, 4, 410.

PAROLA F., *Le sezioni unite della corte di cassazione si pronunciano sul tema della compensatio lucri cum damno*, in *Contratti*, 2018, 4, 381.

PATRITO P., *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli, 2016.

PATRITO P., *Pregiudiziale amministrativa: il primo passo verso un concordato giurisprudenziale?*, in *Resp. civ. prev.*, II, 2009, 1310.

PATRONI GRIFFI F., *Eccesso o rifiuto di giurisdizione e sindacato della Corte di Cassazione ex articolo 111 della Costituzione*, Roma, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017.

PATRONI GRIFFI F., intervento al Convegno di Castello di Modanella, 8 e 9 giugno 2018, sul "Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica", in www.giustizi-amministrativa.it.

PATRONI GRIFFI F., *La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017.

PATRONI GRIFFI F., *Per un «dialogo tra le corti» al servizio del cittadino e non di giudici e giuristi*, in *foro It.*, 2, V, 2018, col. 96.

PATRONI GRIFFI F., *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico - evolutivi e prospettive*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2016, 115.

PATRONI GRIFFI F., *Valore del precedente e nomofilachia*, intervento alla tavola rotonda nell'ambito del Convegno organizzato dal Consiglio Nazionale Forense "Il valore del precedente nel sistema ordinamentale", Roma, 13 ottobre 2017.

PATRONI GRIFFI F., "Usi e consuetudini giudiziari" e diritto giurisprudenziale, in www.astrid-online.it, 2017.

PAULIAT H., *La modernisation des procédures devant le Tribunal des conflits*, in *JCP*, G, 2015, 300.

PENTA A., *L'Istituto della compensatio lucri cum damno: il punto di vista del giudice amministrativo*, in www.ridare.it, 21, 2018.

PERA G., *Noterelle. Diario di un ventennio*, in V.A. POSIO (a cura di), *Diritto e Rovescio*, Milano, 2014, 20.

PESCE G., *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, 2012.

- PESCE G., *L'Adunanza plenaria del consiglio di stato diventa giudice di common law?*, in www.ius-publicum.com.
- PICARDI N., *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1, 2004, 42.
- PICOZZA E., *La tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa*, *Corr. giur.*, 647.
- PINO G., *La certezza del diritto nello stato costituzionale* in www.gruppodipisa.it.
- PINO G., VILLA V., (a cura di), *“Rule of Law”. L’ideale della legalità*, Bologna, 2016.
- PISTORIO G., *Un dubbio, tre soluzioni. Un caso esemplare di incertezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 3, 2016, 1217.
- PIZZORUSSO A., *Cassazione e diritto vivente*, in L. LANFRANCHI (a cura di) *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, 376.
- PIZZORUSSO A., voce *Corte di Cassazione. Postilla di aggiornamento*, in *enc. giur.*, IX, 1998, 2.
- POGGI A., *Il sistema giurisdizionale tra «Attuazione» e «Adeguamento» della Costituzione*, Napoli, 1995.
- POLI G.G., *Ancora limiti al difetto di giurisdizione: le Sezioni Unite dall’abuso del processo al difetto d’interesse ad appellare dell’attore soccombente nel merito*, in *Foro it.*, 2017, 1, 977.
- POLI R., *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione*, in *riv. dir. proc.* 2010, 365.
- POLI R., *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, in *riv. dir. proc.*, 2007, 9.
- POLICE A., *«I soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il Processo*, 1, 2019, 113.
- POLICE A., *La mitologia della “specialità” e i problemi reali della giustizia amministrativa*, in P.L. PORTALURI (a cura di), *L’amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, Napoli, 2016, 179.
- PROSPERI F., *Prefazione*, in P. RESCIGNO, S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, 21.
- PROTO PISANI A., *Chiosa ad una recente «conferenza» tenutasi a Roma il 18 dicembre 2017, presso il parlamento, in tema di giustizia con la partecipazione di autorevolissime personalità*, in *Foro It.*, 2, V, 2018, col. 69.

PROTO PISANI A., *Crisi della Cassazione: la (non più rinviabile) necessità di una scelta*, in *Foro It.*, V, 2007, 126.

PROTO PISANI A., *L'art. 113, 3° comma, Cost.: una norma, troppo spesso dimenticata, fondamentale per la tutela effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione*, in *foro it.*, V, 2015, 186.

PROTO PISANI A., SCARSELLI G., *La strana idea di consentire ai giudici amministrativi di comporre i collegi delle sezioni unite*, in *foro it.*, 2, V, 2018, col. 62.

PROTO PISANI A., *Schede per una relazione s giurisdizione e pubblica amministrazione*, *foro it.*, V, 2016, 6.

PROTO PISANI A., *Sulla garanzia costituzionale del ricorso per cassazione sistematicamente interpretata*, in *foro it.*, V, 2009, c. 80.

PUGLIATTI S., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978.

QUERALT JIMÉNEZ J.J., *El derecho a la legalidad penal y los acuerdos no jurisdiccionales*, in *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, (a cura di) C. GARCÍA VALDÉS, 1, 2008, 599-622.

RAMAJOLI M., *Il declino della decisione motivata*, in *dir. proc. amm.*, 2017, 894.

RANDAZZO A., *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*, 3, 2017.

RAZZOLINI O., *Azione sindacale e tutela giurisdizionale. Studio preliminare a partire da un'analisi comparata*, Milano, 2018.

REDENTI E., *Vizi di costituzione o di composizione del giudice e difetto di giurisdizione*, in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, Milano, I, 1962, 689.

RESCIGNO G.U., *Sul principio di legalità*, in *dir. pubbl.*, 1995, 247.

RICCI G.F., *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013.

RODOTÀ S., *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in A. ORESTANO (a cura di), *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009.

ROEHRSEN G., *Considerazioni sul conflitto di attribuzioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 1211.

ROLLI R., *La giustizia amministrativa nella Costituzione del 1948*, in *www.nomos.it*, 2, 2017, 1-10.

ROMANO A., *I caratteri propri della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *dir. proc. amm.*, 1994, 635.

ROMANO M.C., *Il processo amministrativo in Germania: pluralità delle azioni ed effettività della tutela*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La Giustizia Amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, in *Quad. dir. Proc. Amm.*, 2017.

ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1917.

ROMANO S., *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in onore del centenario*, Roma, I, 1932.

RORDORF R., *Giudizio di cassazione. Nomofilachia e motivazione*, in *Libro dell'anno del Diritto*, Roma, 2012.

RORDORF R., *Pluralità della giurisdizione e unitarietà del diritto vivente: una proposta*, in *foro it.*, V, 2017, 123.

ROSELLI F., *La motivazione della sentenza di cassazione*, in M. ACIERNO, P. CURZIO, A. GIUSTI (a cura di), *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, Bari, 2011, 267.

ROSELLI F., *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici*, in *Scintillae Iuris. Studi in memoria di G. Gorla*, Milano, 1996, 319.

ROSSI G., *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *dir. pubbl.*, 2004, 9.

ROUSSEAU J., *Le dualisme juridictionnel: le point de vue d'un praticien*, in *L'avenir du dualisme juridictionnel: continuité ou rupture?*, in *Revue de droit d'Assas*, 18, 2019, 55.

ROVELLI L., *I processi di adeguamento giurisprudenziale alla complessità assunta dal sistema delle fonti; la funzione nomofilattica della giurisdizione come momento di sintesi ordinatrice*, in www.italiadecide.it.

ROVELLI L., *La nomofilachia è la funzione istituzionale della Cassazione*, in *rass. forense*, 3-4, 2014, 660.

RUFFINI G., *Interesse ad impugnare, soccombenza ed acquiescenza*, in *riv. dir. proc.*, 2017, 793.

RUGGERI A., *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale ("a prima lettura") di Corte Costituzionale n. 230 del 2012*, in www.consultaonline.it.

RUGGERI A., SALAZAR C., *Certezza del diritto*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 847.

RUSCIANO S., *Nomofilachia e ricorso in Cassazione*, Torino, 2012.

RUSSO R., *Un memorandum immemore della Costituzione?*, in www.judicium.it.

SAITTA F., *Prevedibilità delle decisioni del giudice amministrativo e prospettive overruling*, intervento alle Giornate di studio in onore di Enrico Follieri, 22-23 giugno 2018.

SAITTA F., *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, in *dir. amm.*, 3, 2005, 585.

SALVATORE P., *L'Adunanza plenaria nel Codice del processo amministrativo*, in *giurisdiz. amm.*, IV, 2012, 1237.

SALVI C., *Diritto postmoderno o regressione premoderna?*, in *Europa dir. priv.*, 3, 2018, 865.

SANDULLI A., *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 1363.

SANDULLI A., *La Corte di Giustizia europea e il dialogo competitivo tra le Corti*, in AA. VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008.

SANDULLI M.A., *“Principi e regole dell’azione amministrativa”*: riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale in www.federalismi.it.

SANDULLI M.A., *A proposito del sindacato sulla Corte di cassazione sulle decisioni dei giudici amministrativi*, in www.giustizi-amministrativa.it, 2017.

SANDULLI M.A., *Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all'incertezza del diritto*, in *Rass. parl.*, 2003, 127.

SANDULLI M.A., *I giudici amministrativi valorizzano il diritto alla sicurezza giuridica*, in www.federalismi.it.

SANDULLI M.A., *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in www.federalismi.it.

SANDULLI M.A., intervento alla Tavola Rotonda su *Attualità e prospettive del riparto di giurisdizione*, nell’ambito dell’incontro di studi su *Riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: i settori controversi e l’esigenza di speditezza del giudizio civile*, svoltosi al TAR del Lazio il 16 e 17 marzo 2017.

SANDULLI M.A., *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, in www.federalismi.it.

SANDULLI M.A., *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il processo*, 3, 2018, 45.

SANINO M., *Funzione pretoria della giurisprudenza amministrativa: la nuova collocazione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *giurisdiz. amm.*, IV, 2011, 49.

SANINO M., *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 108.

SAREDO G., *Sui limiti rispettivi delle attribuzioni dell'autorità giudiziaria e dell'autorità amministrativa*, in *Legge*, 1897, II, 642.

SASSANI B., *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *riv. dir. proc.*, 2006, 217.

SASSANI B., *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la traslatio, le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della Costituzione*, in *dir. proc. amm.*, 2012, 1583.

SATTA F., *Un problema irrisolto: la Cassazione ed i giudici speciali* in www.apertacontrada.it.

SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959, 177.

SATTA S., *L'appello nel processo amministrativo*, in *Studi per il centenario della Quarta Sezione del Consiglio di Stato*, Roma, II, 1989, 818.

SAVAGNONE L., *La funzione nomofilattica nelle supreme magistrature*, in *Riv. Corte conti*, 6, 2007.

SBRESCIA V.M., *Le posizioni di Piero Calamandrei sull'unicità della giurisdizione nel dibattito in Assemblea costituente*, in *riv. giur. mezz.*, 2, 2016, 551.

SCARSELLI G., *Note sulla crisi della cassazione (civile) e sui possibili rimedi*, in www.judicium.it.

SCHMIDT-ABMANN E., DE LUCIA L., ROMANO M.C., *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2016, 711-769.

SCHULTE M., *Rechtsprechungseinheit als Verfassungsauftrag: dargestellt am Beispiel des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes*, Berlino, 1986.

SCOCA F.G., *Atto e provvedimento: elementi essenziali e situazioni giuridiche*, in www.aipda.it, 2019.

SCOCA F.G., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *dir. proc. amm.*, 2, 2012.

SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995.

SCOCA F.G., *Sezioni Unite e Presidente della Corte dei conti*, in *Giur. cost.*, 2011, 356.

SCODITTI E., *Il mutamento costituzionale materiale su diritti soggettivi e giudice amministrativo e il sindacato della Corte di cassazione*, in *foro it.*, 2, V, 2018, col. 84.

SCODITTI E., *Ricorribilità in Cassazione per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato su diritti soggettivi: una questione aperta*, in *foro it.*, V, 2014, 157.

SEILLER B., *La dualité fonctionnelle du Conseil d'État et le débat sur la dualité juridictionnelle, L'avenir du dualisme juridictionnel: continuité ou rupture?*, in *Revue de droit d'Assas*, 18, 2019, 87.

SEILLER B., *Le Tribunal des conflits et les questions préjudicielles*, in *JCP, E*, 2015, 189.

SEILLER B., *Le Tribunal des conflits renforcé*, in *JCP, A*, 2015, 2082.

SEILLER B., *Les grands conflits entre le Conseil d'État et de la Cour de cassation aspects contemporains*, in *Le Juge Judiciaire*, in *AFDA*, 2016, 63.

SEILLER B., *Modernisation des procédures devant le Tribunal des conflits et du traitement des questions préjudicielles*, in *Dr. fisc.*, 13, 2015, 188.

SEILLER B., *Modernisation des procédures suivies devant le Tribunal des conflits et création d'une procédure de questions préjudicielles*, in *Procédures*, 2015, alerte 21.

SERRA G., *Intangibilità della giurisdizione, giusto processo ed effettività della tutela. Domande connesse e derogabilità della giurisdizione*, in *quest. giust.*, 19 giugno 2018.

SEVERINI G., *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrativa in Italia*, in *www.federalismi.it*, 2017.

SEVERINI G., *La sicurezza giuridica e le nuove implicazioni della nomofilachia*, in *www.federalismi.it*, 19, 2018.

SIGISMONDI G., *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giur. Cost.*, 1, 2018, 122.

SILVESTRI G., *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, 716.

SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997.

SILVESTRI G., *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori - la funzione unificante della cultura della giurisdizione ed il ruolo della formazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2017, 679.

SIMEOLI D., *“Vincolo” del precedente e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE: brevi note*, in *forum quad. cost.*, 24 giugno 2016.

SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, V ed., 2010, 469.

SORDI B., *Giustizia amministrativa nell'età liberale. La formazione della nozione d'interesse legittimo*, Milano, 1985.

SORICELLI G., *Il processo amministrativo ovvero il problema del complesso equilibrio tra il potere dell'amministrazione e la tutela del privato*, in www.gazzettamministrativa.it.

SORRENTINO F., *Il doppio grado nel giudizio amministrativo*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, Milano, 1996, II, 1390.

SPÄTH W., *Der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes: seine Stellung und Aufgabe - Umgehungstendenzen in der Rechtsprechung*, in *Betriebs-Berater*, 4, 1977, 153.

SPAVENTA S., *La politica della Destra. Scritti e discorsi*, Bari, 1909, 53-105.

SPUNTARELLI S., *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisprudenza amministrativa*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2018, 985.

SPUNTARELLI S., *Sentenze interpretative dell'adunanza plenaria del consiglio di stato e argomentazione dell'interpretazione*, Roma, 2018.

SPUNTARELLI S., *Tecniche di interpretazione dell'Adunanza Plenaria e valore del precedente*, Napoli, 2019.

SQUAZZONI A., *Sul necessario esame delle censure escludenti incrociate a prescindere dal numero dei ricorrenti e dalla differenza tra motivi ad effetto escludente. Il monito (forse tardivo?) della Corte di Giustizia*, in *Urb. app.*, 2016, 1080.

STECCANELLA M., *Il giudice amministrativo, nella materia degli appalti, estende la propria giurisdizione alle controversie che insorgono dopo che il rapporto contrattuale sinallagmatico è sorto? Aperture indirette ed implicite del Consiglio di Stato*, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2001, 471.

STICCHI DAMIANI E., *Efficacia nel tempo delle pronunce nomofilattiche dell'Adunanza plenaria*, in *dir. e proc. amm.*, 4, 2012, 1143.

STORTO A., *Decisione della Plenaria e vincolo di conformazione*, testo della relazione tenuta nel convegno su “L’attività nomofilattica delle Magistrature Superiori”, in www.giustizia-amministrativa.it.

STORTO A., *I TAR dinanzi ai contrasti giurisprudenziali e alle pronunce dell’Adunanza Plenaria*, in *Funzione nomofilattica e integrazione delle fonti*, Trento, 2016, 51.

TANDA P., *Contributo allo studio sul dualismo giurisdizionale*, Napoli, 2017.

TARUFFO M., *Il giudice e la “Rule of Law”*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 1999, 931.

TARUFFO M., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991.

TARUFFO M., *La corte di Cassazione e la legge*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 350.

TARUFFO M., *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2014, 35.

TARUFFO M., *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2001, 11.

TARUFFO M., *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 111.

TARUFFO M., *Per un’analisi comparata del precedente giudiziario*, in *Ragion pratica*, VI, 1996, 57.

TARUFFO M., *Precedente e giurisprudenza*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, III, 2007, 709.

TARUFFO M., *Una riforma della Cassazione civile?*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2006, 755.

TISCINI R., *Il difetto di giurisdizione è l’art. 37 c.p.c.*, in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, Pisa, III, 2016, 2421.

TISCINI R., *Il ricorso straordinario per cassazione*, Torino, 2005, 292.

TOMAIUOLI P., *L’altolà della Corte Costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in *Consulta Online*, I, 2018.

TONOLETTI B., *Il sindacato della Cassazione su i limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *foro it.*, 1998, I, 1567.

TONOLETTI B., *L’accertamento amministrativo*, Padova, 2001.

TORCHIA L., *La giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo alla prova dell’evoluzione*, in P.L. PORTALURI (a cura di), *L’amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, Napoli, 2016, 133.

TOSCHEI S., *L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato. Commentario alle sentenze dell'adunanza plenaria pubblicate nel 2011*, Roma, 2012.

TRAVI A., *Abuso del processo e questione di giurisdizione: una soluzione conclusiva?*, in *Foro it.*, 2017, 1, 983.

TRAVI A., *Considerazioni sulla proposta di legge per l'istituzione del Tribunale dei conflitti*, in *quest. giust.*, 2, 2019.

TRAVI A., *Il Consiglio di Stato tra giurisdizione ed amministrazione*, in *dir. pubbl.*, 2011, 505.

TRAVI A., *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2019.

TRAVI A., *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 380.

TRAVI A., *Rapporti fra le giurisdizioni e interpretazione della Costituzione: osservazioni sul Memorandum dei presidenti delle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro It.*, 2, V, 2018, col. 109.

TRAVI A., *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, in *dir. pubbl.*, 1, 2006, 97.

TRAVI A., *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1111.

TREMOLIERE A., *Détention et dualisme juridictionnel - Conditions de détention: quel(s) juge(s) pour quelle(s) garantie(s)?*, in *L'avenir du dualisme juridictionnel: continuité ou rupture?*, *Revue de droit d'Assas*, 18, 2019, 63.

TRIMARCHI M., *Principio della domanda e natura del processo secondo l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *dir. proc. amm.*, 4, 2016, 1101.

TROPEA G., *Abuso del processo nella forma del venire contra factum proprium in tema di giurisdizione. Note critiche*, in *dir. proc. amm.*, 2015, 685.

TROPEA G., *L'abuso del processo amministrativo*, Napoli, 2015.

TROPEA G., *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *dir. proc. amm.*, 3, 2018.

TROPEA G., *La translatio iudicii si "schiude", ma l'abuso "per omissione" di attività processuale paralizza la pretesa risarcitoria*, in *dir. proc. amm.*, 2015, 1416.

- TROPEA G., *Spigolature in tema di abuso del processo*, in *dir. proc. amm.*, 4, 2015, 1262.
- TRUCHET D., *Réflexions sur la contestation actuelle du dualisme juridictionnel*, in *L'avenir du dualisme juridictionnel: continuité ou rupture?*, in *Revue de droit d'Assas*, 18, 2019, 46.
- UBALDI A., *Revoca e istituti di confine in materia di contratti pubblici: tra limiti e conseguenze economiche*, in *Resp. Civ. Prev.*, 5, 2014, 1650.
- VACCARELLA R., *I confini della giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo)* in www.judicium.it.
- VARRONE C., *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 384.
- VATTIMO G., *Fare giustizia del diritto. Annuario filosofico europeo*, in J. DERRIGA, G. VATTIMO, (a cura di), *Diritto giustizia e interpretazione*, Roma-Bari, 1998, 289.
- VERDE G., *Il riparto di giurisdizione secondo Riccardo Villata*, in *dir. proc. amm.*, 3, 2016, 708.
- VERDE G., *Abuso del processo e giurisdizione*, in *dir. proc. amm.*, 3, 2015, 1138.
- VERDE G., *Discorrendo con B. Sassani di S.U. n. 2312/2012*, in www.judicium.it, 2012, 8.
- VERDE G., *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012.
- VERDE G., *In difesa dello jus litigatoris (sulla Cassazione come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *riv. dir. proc.*, 2008.
- VERDE G., *Jus litigatoris e jus constitutionis*, in G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012.
- VERDE G., *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. Proc. amm.*, 2013, 367.
- VERDE G., *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del costituente*, in *dir. proc. amm.*, 2, 2003, 343.
- VERDE G., *Ma che cos'è questa giustizia amministrativa?*, in *dir. proc. amm.*, 1993, 603.
- VERDE G., *Mutamento di Giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *riv. dir. proc.*, 1, 2012, 9.
- VERDE G., *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *riv. dir. proc.*, 4-5, 2014, 827.

VERDE G., *Ancora su pregiudizialità amministrativa e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 449.

VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, 19 dicembre 2016, in www.penalecontemporaneo.it.

VILLA G., *La tecnica della compensatio lucri cum damno e i limiti all'autonomia privata*, in *Corr. Giur.*, 2018, 8-9, 1043.

VILLATA R., *Sui "motivi inerenti la giurisdizione"*, in *Riv. dir. proc.*, 3, 2015, 632.

VILLATA R., *"Lunga marcia" della Cassazione verso la giurisdizione unica (dimenticando l'articolo 103 della Costituzione)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 324.

VILLATA R., *Ancora in tema di inammissibilità dell'appello al Consiglio di Stato promosso dal ricorrente soccombente in primo grado*, in *riv. dir. proc.*, 4-5, 2017, 1093.

VILLATA R., *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2014, 285.

VILLATA R., *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2018, 325.

VILLATA R., *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravvivranno ai «cavalieri dell'apocalisse?»*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2017, 106.

VIPIANA P.M., *Venire contra factum proprium in tema di giurisdizione: il nodo della soccombenza*, in *Giur. it.*, 2017, 461.

VIRGA G., *La remissione "per saltum" delle questioni controverse nel decreto legge 31 agosto 2016, n. 98*, in www.lexitalia.it, 2016.

VIRGA G., *La retribuibilità delle mansioni superiori svolte dai pubblici dipendenti: una vicenda ancora non del tutto conclusa*, in www.lexitalia.it.

VITTORIA P., *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in M. ACIERNO, P. CURZIO, A. GIUSTI (a cura di), *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, Bari, 2011, 275.

VOLPE F., *I 'costi' del mantenimento del sistema dualistico*, in G.D. COMPORTEI (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze, 2016, 217.

VOLPE F., *Sulla ipotesi di riforma del sistema di giustizia amministrativa*, in *Forum A.L.P.H.A.*.

WEBER M., *Economia e società. Diritto*, 1922, ed. it., M. PALMA (a cura di), Roma, 2016.

BIBLIOGRAFIA

ZAGREBELSKY V., *Dalla varietà delle opinioni alla unità della giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 8-9, 1988, 1576.

ZANON N., PANZERI L., *Art. 101*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, 2006, 1962.

ZINGALES I., *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, 2007, 250.

ZWEIGERT K., KÖTZ H., *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, Milano, I, 1998.