

Dipartimento di

GIURISPRUDENZA

Dottorato di Ricerca in Scienze giuridiche - Ciclo XXXIII

Curriculum in Diritto pubblico, diritto pubblico dell'economia e filosofia del diritto

S.S.D. IUS/10 - Diritto amministrativo

L'ECCESSO DI POTERE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

Tutor:

Chiar.ma Prof.ssa Margherita Ramajoli

Coordinatore:

Chiar.ma Prof.ssa Stefania Ninatti

Annamaria Briamonte

Matricola 835529

ANNO ACCADEMICO 2019-2020

A zia Rosa, accanto a me, nella sua grandiosa semplicità.
A zio Alfredo, doppiamente custode della mia riconoscenza.

INDICE

PREMESSA	1
----------------	---

CAPITOLO I

IL GIUDIZIO SULL'ECCESSO DI POTERE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

1. L'eccesso di potere del giudice amministrativo e il ruolo della Cassazione come giudice dei conflitti. Inquadramento storico dell'istituto. Precisazioni terminologiche (e ragioni di una necessità in tal senso). Prospettive ermeneutiche di ricerca.....	4
2. L'istituto nella prassi: l'evoluzione dell'eccesso di potere del giudice <i>sub specie</i> di sconfinamento nel merito amministrativo. Perimetrazione del campo di indagine.....	36
2.1. (<i>Segue</i>) L'impostazione originaria. La tendenza interventista della Cassazione. Ragioni giuridiche (e pre-giuridiche)	43
2.2. (<i>Segue</i>) L'elaborazione successiva. In particolare: il sindacato sugli <i>errores in iudicando e in procedendo</i>	58
2.3. (<i>Segue</i>) L'eccesso di potere del giudice amministrativo nel panorama giuridico attuale.....	66
3. Il tentativo di riconduzione a sistema della figura e la dogmatica del giudizio come campo elettivo di indagine. La definizione di una netta linea di demarcazione tra l'eccesso di potere dell'amministrazione e l'eccesso di potere del giudice amministrativo per scongiurare il rischio di un eccesso di potere della Corte regolatrice della giurisdizione	79

CAPITOLO II

LA DOGMATICA DEL GIUDIZIO

1. L'eccesso di potere: vizio dell'atto amministrativo e vizio dell'atto giurisdizionale93
2. Il campo di elezione del vizio di eccesso di potere: la discrezionalità amministrativa. Sintesi ed evoluzione del concetto.....113
 - 2.1 (*Segue*) Il controllo (generale) di legittimità sulla discrezionalità amministrativa125
 - 2.2 (*Segue*) Il merito amministrativo.....133
 - 2.3 Precisazioni in punto di discrezionalità tecnica.....157
3. La dogmatica del giudizio sull'eccesso di potere del giudice amministrativo. Conclusioni. Rinvio.....173
4. L'eccesso di potere come sconfinamento del giudice amministrativo nelle prerogative del legislatore.....177

CAPITOLO III

L'ESSENZA DEL GIUDIZIO

1. Il sindacato sull'eccesso di potere del giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità. Profili generali208
 - 1.1 (*Segue*) Lo sconfinamento nel merito amministrativo. Esegesi del vizio225
 - 1.2 In particolare: il controllo sulla discrezionalità tecnica tra tradizione e innovazione e i riflessi in punto di eccesso di potere del giudice amministrativo250

2. Il sindacato sull'eccesso di potere del giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione di merito: il ricorso "improprio" al giudizio di ottemperanza	278
3. Il sindacato sull'eccesso di potere del giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione esclusiva	301
CONCLUSIONI	317
POSTILLA - Prospettive <i>de iure condendo</i> . La proposta legislativa di istituire un Tribunale superiore dei conflitti a composizione mista presso la Corte di Cassazione	330
BIBLIOGRAFIA	339

PREMESSA

L'imponenza di uno studio sull'eccesso di potere del giudice amministrativo riflette la complessità delle questioni sottese all'esegesi di tale figura.

Le coordinate fondamentali del sistema di giustizia amministrativa rivendicano, per tale via, il ruolo di capisaldi concettuali intorno ai quali erigere l'impianto contenutistico della presente analisi; dal canto loro, gli stessi connotati dogmatici della funzione giurisdizionale, come delineata nell'ordinamento costituzionale, assurgono a punti critici su cui innestare il tracciato dell'intera trattazione.

Alla tortuosità della relativa direzione di ricerca, di per sé collegata (già soltanto) alle implicazioni derivanti dalle considerazioni che precedono, deve, perciò, fare da contrappeso l'apporto ermeneutico costante, e rintracciabile sin dalle prime battute del lavoro, di uno strumentario d'indagine rigoroso, fondato essenzialmente su due ordini di valori: la sistematicità del metodo e la dinamicità dell'analisi.

Il primo di tali parametri inerisce alla struttura che si intende imprimere allo scritto.

La costruzione di una 'teoria' dell'eccesso di potere giudiziario passa, a parere di chi scrive, necessariamente dal vaglio di tre linee direttrici: definizione della categoria (operazione di per sé ardua, come si avrà modo di evidenziare compiutamente nella sede opportuna), sua elaborazione nel pensiero scientifico e nell'applicazione giurisprudenziale, ruolo della Corte regolatrice della giurisdizione, nonché 'stato dell'arte' del dibattito in materia, nell'iniziale disamina intorno al *giudizio sull'eccesso di potere del giudice amministrativo*; studio dei fondamenti teoretici su cui si erge la costruzione dell'istituto nel sistema ordinamentale sin dagli albori della sua comparsa nel diritto positivo, nella

sezione icasticamente rappresentata in termini di *dogmatica del giudizio*; esegesi del vizio nella prospettiva del suo sindacato con riguardo ai vari momenti in cui la funzione del giudice amministrativo è suscettibile di dispiegarsi in concreto (i.e. giurisdizione generale di legittimità, di merito, esclusiva), nell'ultima parte del lavoro, recante l'*essenza del giudizio*.

La graduale espansione del tessuto argomentativo alla base dei 'punti fermi' che saranno rappresentati in corso di trattazione dovrà riflettere lo spirito sistematico innanzi accennato. In tal senso, l'approccio all'analisi delle varie tematiche di volta in volta affrontate sarà condotto secondo un principio di circolarità: ogni dissertazione non sarà fine a se stessa, ma costituirà il necessario (ed opportuno) appiglio per lo sviluppo della questione logicamente consequenziale o alla prima intimamente connessa.

La continuità nell'analisi costituisce, invero, requisito imprescindibile perché una trattazione possa (quanto meno sperare di) fregiarsi del crisma della validità scientifica; allo stesso tempo, la complessità del tema *de quo*, in uno con la molteplicità dei relativi piani di indagine, impone che la riflessione sia condotta in un'ottica di assidua interrelazione tra gli istituti e i principi rilevanti in materia, quest'ultima ponendosi quale freno inibitore del rischio di dispersioni contenutistiche e, più in generale, di una disgregazione finale dei risultati della ricerca.

Il secondo elemento, quello della dinamicità dell'analisi, si correla perspicuamente all'obiettivo che mediante la stessa si vuole perseguire: valorizzare la *funzione* (e, dunque, il ruolo) dell'eccesso di potere del giudice amministrativo nel contesto ordinamentale di riferimento.

Si ritiene, in tal senso, che una prospettiva di studio di tipo 'statico', formale, improntata al vaglio del solo giudizio del giudice della giurisdizione possa non risultare sufficiente ad illuminare la vera essenza, e, per tale via, la predetta funzione della figura in esame, a tal fine occorrendo, piuttosto,

un'indagine 'dinamica', che sappia (e possa) cogliere l'autonomia concettuale della predetta categoria mediante un'operazione di esclusione di tutto ciò che non può (e non deve) condizionare il giudizio sulla sussistenza del vizio nell'ambito del sindacato sul relativo accertamento.

In tale prospettiva, la consistenza (e la validità) dell'indagine non avrebbe potuto non risentire, sempre ad avviso di chi scrive, degli influssi benefici della *scelta* di condurre il cuore della ricerca in una direzione che esplorasse i punti di contatto tra l'eccesso di potere *amministrativo* e l'eccesso di potere *giurisdizionale*, e che ad esito di una tale analisi valorizzasse l'*essenza* - unica, incomparabile, inconfondibile, esclusiva - del giudizio del giudice dei conflitti.

CAPITOLO I

IL GIUDIZIO SULL'ECCESSO DI POTERE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. L'eccesso di potere del giudice amministrativo e il ruolo della Cassazione come giudice dei conflitti. Inquadramento storico dell'istituto. Precisazioni terminologiche (e ragioni di una necessità in tal senso). Prospettive ermeneutiche di ricerca. – 2. L'istituto nella prassi: l'evoluzione dell'eccesso di potere del giudice *sub specie* di sconfinamento nel merito amministrativo. Perimetrazione del campo di indagine. – 2.1. (*Segue*) L'impostazione originaria. La tendenza interventista della Cassazione. Ragioni giuridiche (e pre-giuridiche). 2.2. (*Segue*) L'elaborazione successiva. In particolare: il sindacato sugli *errores in iudicando* e *in procedendo*. – 2.3. (*Segue*) L'eccesso di potere del giudice amministrativo nel panorama giuridico attuale. 3. Il tentativo di riconduzione a sistema della figura e la dogmatica del giudizio come campo elettivo di indagine. La definizione di una netta linea di demarcazione tra l'eccesso di potere dell'amministrazione e l'eccesso di potere del giudice amministrativo per scongiurare il rischio di un eccesso di potere della Corte regolatrice della giurisdizione.

1. *L'eccesso di potere del giudice amministrativo e il ruolo della Cassazione come giudice dei conflitti. Inquadramento storico dell'istituto. Precisazioni terminologiche (e ragioni di una necessità in tal senso). Prospettive ermeneutiche di ricerca.*

«Si pena poco a dire: al magistrato il *giudizio*, l'*azione* al ministro; ma il distinguere le sentenze delegate ai magistrati dagli atti amministrativi attribuiti ai ministri, il segnare i limiti nei quali le due Autorità, amministrativa e giudiziaria, svolgono la loro indipendenza, senza urti, non è riuscito così piano quanto il distinguere la legge o la funzione del legislatore dalla sentenza, o dalla funzione del giudice, come anche del ministro»¹.

¹ G. MANTELLINI, *I conflitti d'attribuzione in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, Firenze, 1878, 16.

Le parole di Mantellini risuonano senza tempo a dar la prova di quanto il rischio di un eccesso si annidi nella logica stessa del (conferimento di un) potere.

Ed è del pari noto che «[P]erché non si possa abusare del potere, bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere freni il potere»².

L'azione riequilibratrice del sistema promana, in tal senso, dalla Suprema Corte di Cassazione nell'ambito dello scrutinio sul superamento dei cd. limiti esterni³ alla giurisdizione amministrativa, in cui rileva quel particolare abuso di

² C. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, trad. it. di S. Cotta, I, Torino, 1996, Libro XI, cap. IV, 274. Interessante, in un'ottica di rilettura sistematica dell'opera di Montesquieu, il contributo di G. TARELLO, *Per una interpretazione sistematica de «L'Esprit des Lois»*, in Id. (raccolti da), *Materiali per una storia della cultura giuridica*, I, Bologna, 1971, 11 ss. Sul tema della separazione dei poteri, cfr. L. ROSSI, *Analisi della divisione dei poteri*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1939, e in *Nuovo dig. it.*, v. *Poteri (divisione dei)*, anche in Id., *Scritti vari di diritto pubblico*, V, Milano, 1939, 45 ss.; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 17 ss.; F. MODUGNO, v. *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 472 ss.; anche a fini bibliografici, G. SILVESTRI, v. *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985. Cfr., sulla «forza molto minore di quanto appare» del principio della divisione dei poteri, che di per sé «non conduce direttamente all'esistenza di un diritto amministrativo», M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi Sarsaresi*, XVIII, 1940, anche in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II, Milano, 1973, 192-193, secondo cui «l'essere il potere esecutivo separato dagli altri, o meglio il fatto che la funzione esecutiva sia attribuita, istituzionalmente e in via principale, a un gruppo determinato di organi, costituisce uno dei presupposti fondamentali per l'esistenza di un diritto della amministrazione il quale abbia propria fisionomia e individualità. Presupposto necessario, ma sempre *presupposto*, ossia non *causa determinante*. [...] se l'amministrazione non fosse distinta dagli altri poteri dello Stato, non potrebbe esistere un diritto di lei proprio; non è detto peraltro che, una volta tale distinzione attuata, necessariamente sorga un diritto amministrativo: esso può anche non sorgere, e l'amministrazione restar regolata da altro diritto, privato o pubblico».

³ In dottrina non è mancato chi ha evidenziato l'equivocità della contrapposizione tra limite esterno e limite interno, «dato che un limite, se è tale, non può che indicare la linea di demarcazione tra due sfere autonome di attribuzioni e, quindi, non può che rappresentare il confine tra ciò che è interno e ciò che è esterno alla singola giurisdizione»: così G. VERDE, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, 375. Sul significato del lessema 'limite esterno', cfr. P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, in *Opere giuridiche*, IV, ried. RomaTre-Press, Roma, 2019, consultabile sul sito web <http://romatrepress.uniroma3.it>, 284 ss., spec. 294 ss.; in generale, sui limiti della giurisdizione, cfr.

montesquieuana memoria che annovera nelle sue maglie l'eccesso di potere del giudice amministrativo.

Codesta tipologia di vizio, censurabile dinanzi alle Sezioni unite della Cassazione nell'ambito dei *motivi inerenti alla giurisdizione*⁴ di cui all'art. 111, comma 8, Cost., si realizza in ipotesi di 'sconfinamento' da parte del giudice amministrativo nelle prerogative riservate al legislatore o all'amministrazione, in quest'ultima evenienza venendo principalmente in rilievo il caso in cui il predetto giudice compia un sindacato di merito laddove allo stesso sia attribuita la sola giurisdizione di legittimità⁵.

G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, 291 ss. Per una specifica delimitazione dei limiti esterni alla giurisdizione amministrativa, cfr. A. POLICE, F. CHIRICO, «*I soli motivi inerenti la giurisdizione*» nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in *Il Processo*, 2019, 1, 113 ss., che sottolineano come nessuna norma di diritto positivo definisca in concreto in cosa consistano tali limiti (121); A. PANZAROLA, *Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 2, 587 ss.; V. CAIANIELLO, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1977, IV, 23 ss.; A. BERLATI, «*Limiti esterni*» della giurisdizione amministrativa e ricorso in Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato, in *Arch. civ.*, 1997, 241 ss.; B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1998, I, 1567 ss.; F. GAVERINI, *Il controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato ex 111 cost. ed il principio di effettività della tutela, tra limite interno ed esterno della giurisdizione*, in *Foro amm. CdS*, 2007, 1, 82 ss.; F. OLLA, *Il sindacato della Corte di cassazione sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa e la interpretazione della legge*, in *Giust. civ.*, 2008, 6, 1548 ss.

⁴ Per una analisi maggiormente puntuale del significato delle locuzioni 'eccesso di potere giurisdizionale', 'motivi inerenti alla giurisdizione' e 'limiti esterni', cfr. *infra*. In tale sede è opportuno anticipare una essenziale coincidenza tra la categoria dei motivi di giurisdizione sindacabili dinanzi alla Cassazione e quella afferente ai vizi in cui si sostanzia il superamento dei limiti esterni alla giurisdizione amministrativa (pur se non sono mancate opinioni contrarie in dottrina e in giurisprudenza, come si evidenzierà in seguito). In quest'ottica, dunque, l'eccesso di potere giurisdizionale, che rientra tra i predetti 'motivi inerenti alla giurisdizione', costituisce altresì una delle figure tipiche di superamento dei limiti esterni alla giurisdizione da parte del Consiglio di Stato.

⁵ Anche se rappresentata in via di prima approssimazione, una tale definizione compendia i principali approdi dottrinali e giurisprudenziali in materia, come si avrà modo di specificare nel prosieguo della trattazione.

In una siffatta accezione sarà analizzata la figura nel presente lavoro, con particolare riguardo all'ambito dei rapporti tra giurisdizione e amministrazione⁶.

In senso pressoché analogo è stata elaborata in Francia la categoria dell'*excès de pouvoir*.

Tale figura appariva originariamente collegata alla idea del *pouvoir* come apparato costituzionale, separato ed indipendente, in conformità alla teoria montesquieuana della separazione dei poteri⁷.

Il lessema, presente in alcune sentenze della Cassazione francese nel periodo successivo alla Rivoluzione, veniva dapprima riferito agli atti dell'autorità giudiziaria usurpatori del campo di azione riservato agli organi legislativi o afferenti al potere esecutivo, per poi estendersi alle ipotesi di invasione da parte di un'autorità giudiziaria del campo di azione di una autorità giudiziaria diversa o superiore, ovvero a quelle in cui l'autorità giudiziaria si pronunciava in difetto di osservanza delle regole sostanziali volte a garantire la correttezza dal punto di vista giuridico dei giudizi⁸, secondo la logica del *débordement* o *empiètement de pouvoir* (straripamento di potere)⁹.

⁶ Sarà altresì trattata la fattispecie dello sconfinamento del giudice amministrativo nei poteri legislativi, anche se in una cornice specifica (cfr. *infra*, cap. 2, par. 4). E ciò non soltanto al fine di approntare un'analisi quanto più completa possibile della categoria dell'eccesso di potere giudiziario nell'accezione 'in senso stretto' richiamata in trattazione (sul punto cfr. approfonditamente *infra*), ma anche in considerazione dell'unitarietà dogmatica, sotto molteplici profili, delle varie declinazioni in cui l'istituto si sostanzia.

⁷ I rilievi sono di P. GASPARRI, v. *Eccesso di potere (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965. Per un inquadramento storico della figura dell'eccesso di potere, cfr. altresì A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giust. amm.*, 1892-1893, IV, 1 ss., poi in Id., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 249 ss., ripubbl. in *Foro amm.*, 1989, 2563 ss. (I parte) e 2927 ss. (II parte).

⁸ Così (ancora) P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, cit.

⁹ Cfr. A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, cit., 2564: «[...] l'idea di eccesso di potere apparve nelle leggi costituzionali del 1791, dell'anno III e dell'anno VIII [...] come sconfinamento o invasione (*empiètement*) dell'autorità giudiziaria a danno della legislativa o dell'esecutiva. Il concetto originario d'eccesso di potere fu quindi, nel diritto moderno, quello di straripamento di uno dei poteri, che le teorie e le leggi del tempo volevano

Prima, dunque, che vizio dell'atto amministrativo¹⁰, la figura dell'eccesso di potere si atteggiava - nella originaria elaborazione dogmatica - quale vizio dell'atto giurisdizionale. E senza indugio alcuno si comprende come una tale categoria rinvenga il suo fondamento nel concetto di «conflitto»¹¹.

distinti e separati, nel campo dell'altro». Cfr. altresì (di nuovo) P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, cit.: «[...] all'*excès de pouvoir*, nella sua configurazione originaria di invasione da parte di un apparato costituzionale del campo di azione riservato ad un altro apparato costituzionale, veniva riservata la denominazione di *débordement* o *empiètement de pouvoir*, che la dottrina italiana ha poi tradotto con «straripamento di potere»».

¹⁰ Cfr. la disamina di P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, cit., il quale analizza l'evoluzione francese dell'*excès de pouvoir* sotto forma di *détournement de pouvoir*. L'Autore evidenzia in tal senso come la giurisprudenza del *Conseil d'État* avesse man mano ampliato e articolato il significato dell'espressione *excès de pouvoir*: in tale categoria furono compresi dapprima «tutti gli sconfinamenti da parte degli organi amministrativi dalla propria sfera di attribuzione, anche quando ciò avveniva a spese di un altro organo amministrativo; poi tutte le violazioni delle norme regolanti la forma e la procedura delle operazioni amministrative, cioè le garanzie esteriori di giustizia e di opportunità delle scelte affidate agli organi; ed infine [...] certi difetti che, pur inerendo a scelte discrezionali, come tali insindacabili, e pur non essendo configurabili come difetti di competenza, di forma e di procedura, intaccavano tuttavia dette scelte nella loro legittimità». In questo modo, evidenzia lo Studioso, si venne enucleando, nell'ambito della generica figura dell'*excès de pouvoir*, la specifica nozione di *détournement de pouvoir*. Cfr. la fondamentale teorizzazione di E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Paris-Nancy, 1896, 548 ss., che intende il *détournement de pouvoir* (sviamento di potere) come uso del potere discrezionale per uno scopo diverso da quello al quale era destinato: «[L]'expression «de détournement de pouvoir» s'est introduite, à une époque relativement récente, dans la langue du contentieux administratif. Le vice qu'elle désigne consiste à détourner un pouvoir légal du but pour lequel il a été institué, à le faire servir à des fins auxquelles il n'est pas destiné» (548).

¹¹ Ciò per una ragione squisitamente collegata allo sviluppo storico della legislazione in materia. Cfr. il pensiero di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, VI ed., a cura di E. CARDI e A. NIGRO, Bologna, 2002, 169, con riguardo al tema dei conflitti (di attribuzione) tra giudice ordinario e amministrazione nel sistema rinveniente dalla legge del 1865 di abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo: secondo l'esimio Studioso «[...] parlare di conflitti a proposito di questi contrasti era giustificato solo se si lasciava prevalere la visione ideologico-politica di un'amministrazione «separata» dall'apparato giudiziario e pari ordinata nella sua complessa organizzazione rispetto a questo. Giuridicamente, il conflitto era un assurdo, perché, come in ogni altra controversia, nelle controversie contro la pubblica amministrazione spetta al giudice (in quel caso, al giudice ordinario) stabilire se vi è pretesa tutelabile oppure no, e nei casi

Già la legge francese del 14 ottobre 1790 disciplinava il conflitto tra giudice e potere amministrativo, con attribuzione della decisione al Re, in qualità di autorità superiore a quelle in causa¹².

L'accento al concetto di eccesso di potere veniva, poi, sancito dall'art. 27 della Costituzione francese del 3 settembre 1791¹³, secondo cui erano denunciabili al tribunale di Cassazione - che li avrebbe annullati - gli atti *par lesquels les juges auraient excédé les bornes de leur pouvoir*.

L'istituto fu richiamato dalla L. 20 novembre 1859, n. 3780 del Regno di Sardegna. Tale legge disciplinava i conflitti (qualificati in termini di *giurisdizione*¹⁴)

in cui il giudice (qualunque giudice) è carente di giurisdizione, ciò accade non perché «competente» sia l'amministrazione, ma perché non vi è né diritto né azione da far valere». Più in generale, propende per un superamento dell'«ottocentesco tema dei conflitti», con l'auspicio che la risoluzione delle relative tematiche possa compendiarsi nella «teoria del processo», E. CANNADA-BARTOLI, v. *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, il quale evidenzia che i «limiti fra legittimità e merito, fra situazioni protette e situazioni non protette, possono essere conosciuti e valgono solo mediante l'esercizio della giurisdizione». Potrà con un tale *caveat* - di conseguenza - giustificarsi la scelta dell'utilizzo, nel corso della trattazione, della qualifica di 'giudice dei conflitti' a proposito della Corte di Cassazione a Sezioni unite.

¹²Tanto evidenzia G. TRISORIO LIUZZI, v. *Regolamento di giurisdizione*, agg. 2017, in *Dig. civ.*, XVI, Torino, 1997, il quale sottolinea come in tale legge francese trovasse «le sue lontane origini» il regolamento di giurisdizione. Al riguardo, l'Autore puntualizza che «[L]'istituto nacque con lo scopo di evitare gli sconfinamenti del potere giudiziario nel campo del potere esecutivo e di tutelare la p.a. [...]».

¹³E poi dalla Costituzione del 5 fruttidoro, a. III, e dalla legge del 27 ventoso, a. VIII: cfr. l'analisi della categoria dell'eccesso di potere nel diritto francese condotta da F. BASSI, *Lo straripamento di potere (Profilo storico)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, spec. 249 ss. e 253 ss. Al riguardo, cfr. altresì A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, cit., 2564 ss.

¹⁴La legge, tuttavia, prevedeva sostanzialmente sia conflitti di attribuzione che conflitti di giurisdizione. Per una definizione puntuale delle varie tipologie di conflitti cfr. F. BENVENUTI, *Conflitto di attribuzione e regolamento di giurisdizione nel giudizio amministrativo*, in *Giur. it.*, 1950, IV, 1 ss., anche in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 1037 ss., 1039-1040, che spiega la distinzione tra conflitti di giurisdizione e conflitti di attribuzione prendendo le mosse dal principio della divisione dei poteri e delle funzioni: «[...] le varie funzioni statuali che si esplicano nelle attività legislativa, giurisdizionale e amministrativa, pur essendo coordinate fra loro, attraverso la subordinazione, attuata secondo un preciso rapporto di valore formale, tra i loro atti [...], sono esercitate però ciascuna in linea di principio separatamente ed esclusivamente da un

positivi tra l'autorità giudiziaria da un lato, e i tribunali del contenzioso amministrativo o l'autorità amministrativa dall'altro (artt. 1, 2 e 13)¹⁵, nonché i conflitti negativi tra i tribunali ordinari e i tribunali del contenzioso amministrativo ovvero tra l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa (art. 16).

complesso omogeneo di organi (potere), denominato dalla funzione che è chiamato ad esercitare in via principale, il quale è in un rapporto di separazione nei confronti di ciascuno degli altri, mentre solo in via di eccezione ogni funzione può essere esercitata anche da organi appartenenti ad un potere diverso da quello cui essa spetta in linea generale [...]; R. LUCIFREDI, v. *Attribuzioni (conflitto di)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, che evidenzia come la differenza tra i conflitti di attribuzione e quelli di giurisdizione sia in ciò, che i primi si verificano tra organi appartenenti a poteri diversi nell'esercizio di funzioni diverse, mentre i secondi insorgono tra organi appartenenti ad ordini diversi ma nell'esplicazione di funzioni giurisdizionali; G. TRISORIO LIUZZI, *Regolamento di giurisdizione*, cit., il quale, proprio con riguardo alla disciplina dei conflitti di cui alla legge piemontese 20 novembre 1859, n. 3780, distingue il conflitto di attribuzione, operante «[Q]uando erano in discussione davanti ad un giudice ordinario o del contenzioso amministrativo questioni riservate alla cognizione dell'amministrazione oppure quando sia l'autorità giudiziaria sia l'autorità amministrativa si dichiaravano incompetenti a conoscere il ricorso» (nota n. 5), dal conflitto di giurisdizione, operante «[Q]uando il giudice ordinario si occupava di una materia riservata al tribunale del contenzioso amministrativo oppure quando l'uno e l'altro si dichiaravano sforniti di competenza a conoscere la causa» (nota n. 6). Cfr. altresì Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 167-168, che distingue tra i conflitti di giurisdizione «che si aprono fra due organi giurisdizionali, e nei quali si disputa o si dubita se la controversia spetti alla giurisdizione dell'uno o dell'altro [...]», e i conflitti di attribuzione, che «si aprono fra un organo giurisdizionale e un organo amministrativo e nei quali si disputa o si dubita se vi sia materia di giurisdizione o si tratti di materia rimessa ai poteri insindacabili dell'amministrazione».

¹⁵ Il conflitto rilevava, tuttavia, a senso unico, ovvero solo qualora l'autorità giudiziaria si fosse occupata di questioni riservate alle determinazioni dell'autorità amministrativa o dei tribunali del contenzioso amministrativo: cfr. L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di procedura civile*, Milano, I, 1923, 166 ss. Cfr. altresì E. CANNADA-BARTOLI, *Note preliminari sulla verifica della giurisdizione nella giustizia amministrativa*, in *Jus*, 1963, 343 ss.; Id., *Giurisdizione*, cit., secondo cui «palese era l'influsso della concezione francese sulla separazione dei poteri, intesa à sens unique, contro l'autorità giudiziaria». Cfr. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 168-169, il quale evidenzia che «[L]a disciplina dei conflitti non lascia dubbi sul fatto che si trattasse di uno strumento ordinato, soprattutto, non a verificare la giurisdizione o le attribuzioni ma ad impedire alla autorità giudiziaria di giudicare nelle materie sulle quali l'amministrazione intendeva esercitare un insindacabile potere».

La stessa legge prevedeva altresì i conflitti positivi tra i tribunali del contenzioso amministrativo e l'autorità amministrativa (art. 14). Ecco, allora, un primo addentellato normativo della figura dell'eccesso di potere del giudice amministrativo, seppur in una forma 'embrionale', considerata la mancata indipendenza dei predetti tribunali nei confronti della stessa amministrazione¹⁶.

Come noto, i tribunali del contenzioso amministrativo furono aboliti dalla L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E. Con essa vennero conseguentemente meno i conflitti tra questi ultimi e l'autorità giudiziaria ordinaria e l'autorità amministrativa. L'art. 13 della legge sul contenzioso amministrativo estendeva l'ambito di applicazione della legge sarda del 1859 a tutto il Regno "fino a ulteriori provvedimenti", facendo tuttavia salva la giurisdizione (da quel momento in poi) attribuita al Consiglio di Stato per pronunciare sui conflitti di cui all'art. 10 della contemporanea legge sull'istituzione del Consiglio di Stato (L. n. 2248/1865, all. D): tale ultima disposizione attribuiva, infatti, le controversie sui conflitti tra l'autorità amministrativa e quella giudiziaria, prima decise con decreto reale, alla competenza del Consiglio di Stato, organo puramente amministrativo (art. 10 n. 1)¹⁷.

¹⁶ Cfr. F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1988, 10-11, il quale, nel dar atto della previsione legislativa di una ipotesi di conflitto tra pubblica amministrazione e tribunali del contenzioso, evidenzia come ciò apparisse «pretestuoso [...] in un ordinamento in cui i tribunali amministrativi (non) erano (in)dipendenti dalla pubblica amministrazione», concludendo che «evidentemente il potere esecutivo intendeva evitare anche il teorico rischio di improbabili «ribellioni» dei tribunali del contenzioso, assicurandosi uno strumento per fermare pure il corso della giustizia amministrativa». Cfr. E. CANNADA-BARTOLI, *Giurisdizione*, cit., secondo cui il tribunale del contenzioso era «la stessa autorità deliberante in contenzioso». Più in generale, per M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 168, il cuore del sistema, nell'ambito della materia dei conflitti di cui alla legge sarda del 1859, era rappresentato dal regolamento dei contrasti tra l'apparato giudiziario ordinario e l'apparato amministrativo, al quale appartenevano i tribunali del contenzioso amministrativo.

¹⁷ La ricostruzione del quadro del tempo, come rappresentata in trattazione, è ben tracciata da L. VERRIENI, v. *Conflitti di attribuzione e di giurisdizione (giustizia amministrativa)*, agg. 2011 (a cura di P. Patrito), in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989.

Le criticità di un sistema imperniato sul principio - rinveniente dall'art. 2 della legge sul contenzioso amministrativo - della tutela (quanto più penetrante possibile) di fronte al giudice ordinario nei confronti dell'amministrazione¹⁸ erano, per tale via, alquanto evidenti, tanto più in considerazione del fatto che, con la abolizione dei tribunali del contenzioso, il Consiglio di Stato - come appena ricordato, organo amministrativo - diventava il giudice dei conflitti tra autorità giudiziaria ordinaria e amministrazione¹⁹.

La dottrina non ha mancato di rilevare che «sotto veste di risolvere una questione di competenza, l'organo risolutore dei conflitti decideva il merito della controversia, e anzi risolveva la questione di competenza in funzione della

¹⁸ Cfr. (ancora) L. VERRIENTI, *Conflitti di attribuzione e di giurisdizione*, cit., dove si legge che la devoluzione al Consiglio di Stato del potere di risolvere i conflitti tra giudice ordinario e amministrazione «era in stridente contrasto con il contenuto della norma dell'art. 2, legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, che intendeva affermare sia il principio della giurisdizione unica, sia il principio della massima ampiezza di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione dinanzi al giudice ordinario».

¹⁹ Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 169: «[L]'incoerenza era tanto più vistosa, in quanto, con la soppressione dei tribunali del contenzioso amministrativo, era venuta meno la possibilità di conflitti di giurisdizione (o, per meglio dire, essi si riducevano ai casi, assolutamente marginali, di conflitti fra il giudice ordinario e i pochi residui giudici speciali del contenzioso amministrativo) e i soli, o quasi, conflitti possibili erano quelli fra il giudice ordinario e l'amministrazione (cosiddetti conflitti di attribuzione)». L'analisi è ripresa da L. VERRIENTI, *Conflitti di attribuzione e di giurisdizione*, cit.: «[L]a contraddizione era tanto più grave se vista in relazione al fatto, originato anche dall'abolizione dei tribunali del contenzioso, che il Consiglio di Stato, in quel tempo organo puramente amministrativo, diveniva effettivo giudice dell'unico vero caso di conflitto di giurisdizione, quello intercorrente tra giudice ordinario e pubblica amministrazione». Dopo aver sottolineato che «[L]'istituto del conflitto sopravvisse alla abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo ed alla istituzione della giurisdizione unica [...]», evidenzia che «i conflitti di giurisdizione e di attribuzione divennero allora soltanto conflitti di attribuzione fra i giudici ordinari e la pubblica amministrazione» G. TRISORIO LIUZZI, *Regolamento di giurisdizione*, cit. Rimarca che «il combinato disposto degli artt. 13 all. E e 10 all. D impediva di attribuire una qualsiasi efficacia all'art. 2, All. E, che legittimava i giudici ordinari ad intervenire, in tema di diritti soggettivi, anche nei riguardi della pubblica amministrazione» G. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, 2009, 10.

decisione della questione di merito («tu hai torto, quindi ti nego il giudice»^[20]) e che la possibilità di elevare il conflitto era una vera e propria «arma di guerra»^[21] che il legislatore metteva nelle mani dell'amministrazione per consentirle di difendere il suo territorio sottraendo la controversia al giudice che la stava esaminando e dirottandola verso l'organo solutore dei conflitti»²².

Il riordino del sistema avvenne ad opera della L. 31 marzo 1877, n. 3761, che, oltre a trasferire la competenza in materia dal Consiglio di Stato alle Sezioni unite della Corte di Cassazione di Roma²³, espressamente conteneva il riferimento alla figura dell'eccesso di potere del giudice (speciale).

²⁰ Cfr. G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, III, Firenze, 1882, 82, che contiene il riferimento a tale espressione, richiamata - nel passaggio riportato testualmente nel testo - da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 170 (cfr. la successiva nota n. 22).

²¹ Cfr. P.S. MANCINI, Relazione alla Camera (1875), in G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Comentario del codice di procedura civile* (coordinato e ridotto da D. Galdi), IV, Napoli, 1877, 514, che utilizza tale formula nella sua disamina del sistema francese. L'espressione è richiamata - nel passaggio riportato testualmente nel testo - da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 170 (cfr. la nota successiva).

²² Così M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 170, che evidenzia come di tali considerazioni fossero consapevoli Mantellini e Mancini. Dalla proposta di quest'ultimo che i conflitti fossero decisi dalla Corte di Cassazione, derivò l'originario progetto di legge (Mancini-Peruzzi) del 1873, presentato nuovamente nel 1875 e confluito nella legge n. 3761/1877: dà atto di ciò (ancora) M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 170. Con riguardo all'opera di Mantellini, fondamentale risultò la monografia Id., *I conflitti d'attribuzioni fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, Firenze, 1871, che, secondo lo stesso Autore, in *I conflitti d'attribuzione in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, cit., 34, «[A]ttaccò il fuoco della riforma».

²³ La legge 12 dicembre 1875, n. 2837 istituì due sezioni temporanee di Corte di cassazione a Roma (l'una per gli affari civili, l'altra per gli affari penali). Prima di allora, vi erano quattro Corti regionali di cassazione: a Firenze, Napoli, Palermo e Torino. Queste ultime furono soppresse con il R.D. 24 marzo 1923, n. 601 e le relative attribuzioni confluirono nella competenza della Cassazione romana, da quel momento 'Corte di cassazione del Regno'. Per approfondimenti al riguardo cfr. N. PICARDI, *L'unificazione della Corte di cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 3, 721 ss. Per un inquadramento storico della cornice riformatoria che ha demandato alla Cassazione il ruolo di giudice dei conflitti cfr. M.P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002, 20 ss. Sull'influenza del potere esecutivo sulle sezioni unite della Cassazione romana cfr. F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, cit., 24.

Nell'impianto disegnato dalla suddetta legge²⁴, alle Sezioni unite della Cassazione romana venivano, infatti, attribuite le seguenti funzioni: (i) giudicare sulla competenza dell'autorità giudiziaria ogni qual volta l'amministrazione si avvalsesse del «mezzo straordinario»²⁵ (artt. 1, comma 1, e 3, comma 1, n. 1); (ii) regolare la competenza tra l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa quando entrambe si fossero dichiarate incompetenti (art. 3, comma 1, n. 2); (iii) conoscere delle sentenze in grado di appello sulla questione se sia competente l'autorità giudiziaria o l'autorità amministrativa (art. 5, comma 1); (iv) giudicare dei conflitti di giurisdizione²⁶ positivi o negativi tra i tribunali ordinari ed altre

²⁴ La stessa legge (art. 6) aveva provveduto ad abrogare l'art. 10 n. 1 della legge sull'istituzione del Consiglio di Stato, l'art. 13 della legge sul contenzioso amministrativo, la legge sarda del 1859 ed ogni altra disposizione sulla materia.

²⁵ Si trattava della facoltà da parte dell'amministrazione di promuovere direttamente la decisione delle Sezioni unite della Cassazione romana per far valere l'incompetenza dell'autorità giudiziaria. Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 170-171, che sottolinea il dato secondo cui tale strumento non veniva previsto per accertare la competenza dell'amministrazione, bensì per accertare l'incompetenza dell'autorità giudiziaria; per l'Autore «[N]on si può [...] non riconoscere [...] che la legge del 1877 in qualche misura attenuò la crudezza dell'impostazione conflittuale propria delle leggi anteriori» (170).

²⁶ Naturalmente, con riguardo ai conflitti di giurisdizione, l'impianto della legge del 1877 cominciò ad operare effettivamente da quando, con la L. 31 marzo 1889, n. 5992, fu introdotta la giustizia amministrativa, ovvero, per alcuni, da quando la L. 7 marzo 1907, n. 62 riconobbe formalmente la natura giurisdizionale della IV Sezione del Consiglio di Stato. Per una analisi puntuale delle questioni dogmatiche sottese alla legge del 1889 istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, cfr. L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891 (II), IV, 1 ss. Sul tema della natura della IV Sezione del Consiglio di Stato all'atto della sua costituzione nel 1889, cfr. il fondamentale contributo di S. ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, 1167 ss., il quale propende per quella 'amministrativa'. Cfr. la disamina della posizione di Santi Romano sul punto delineata da A. ROMANO, *La giustizia amministrativa nel pensiero del professor Santi Romano*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato* [Atti del Convegno svoltosi a Roma il 6 febbraio 2003], Torino, 2004, 9 ss., spec. 15 ss. Per una analisi del pensiero della scuola palermitana sulla natura dell'allora appena istituita IV Sezione del Consiglio di Stato, cfr. M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 30 ss. Per una analisi di alcune posizioni dottrinali sul ruolo della Cassazione come giudice

giurisdizioni speciali (art. 3, comma 1, n. 3, prima parte), ovvero della nullità delle sentenze di tali giurisdizioni per incompetenza o *eccesso di potere* (art. 3, comma 1, n. 3, seconda parte)²⁷.

La legge del 1865 aveva, invero, abolito i soli giudici ordinari del contenzioso amministrativo (nonostante la formula legislativa si riferisse ai *tribunali speciali* del contenzioso), non anche i giudici speciali del medesimo contenzioso e le relative competenze (artt. 6, comma 1, 12, 13 e 16 all. E)²⁸.

L'ambito di applicazione dell'art. 3, comma 1, n. 3, seconda parte, della legge sui conflitti risultava, peraltro, dilatato in considerazione del fatto che la Corte di Cassazione ricomprendeva tra le giurisdizioni speciali altresì il Consiglio di Stato²⁹, in questo modo sindacandone le decisioni per incompetenza ed eccesso di potere³⁰.

Nel testo della legge del 1877, l'incompetenza era concepita come difetto di giurisdizione, mentre la figura dell'eccesso di potere intendeva aver riguardo a quei casi in cui la decisione esorbitasse dall'ambito di attribuzione di qualsiasi giudice³¹, come quando, a voler utilizzare una esemplificazione del Mantellini,

dei conflitti a seguito dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, cfr. (ancora) M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, spec. 1681 ss.

²⁷ Per una ricostruzione dell'istituto, fondamentale resta l'opera di S. LESSONA, *Il vizio di eccesso di potere nelle sentenze delle giurisdizioni speciali. Contributo all'interpretazione dell'art. 3, n. 3 della legge 31 marzo 1877*, Torino, 1925.

²⁸ Dà atto di ciò M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 66.

²⁹ Cfr. sul tema A. CODACCI PISANELLI, *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, in *Giur. it.*, 1893, IV, 241 ss.

³⁰ Tale ricorso fu ammesso inizialmente da Cass. civ. s.u. 21 marzo 1893, n. 177, in *Giur. it.*, 1893, IV, 277.

³¹ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019, 27. Cfr. sul punto altresì M. BRACCI, *Le questioni e i conflitti di giurisdizione e di attribuzione nel nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, 169, che riferisce i concetti di incompetenza e eccesso di potere di cui alla legge del 1877 alle figure, rispettivamente, dell'incompetenza relativa (invasione della sfera di competenza di altro giudice ordinario o speciale) e dell'incompetenza assoluta (invasione della sfera di competenza di un diverso potere dello Stato). Cfr. L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto*

«[...] s'irrompa in atti che non sieno di giurisdizione, o i quali sconfinino affatto dal potere giudiziario d'ogni ordine»³².

Più nello specifico, veniva rilevato come la nozione di incompetenza fosse ivi riferita alle usurpazioni di potere dell'autorità giudiziaria ordinaria o di altra giurisdizione speciale nei confronti di un'altra autorità giudiziaria ovvero giurisdizione speciale, laddove l'eccesso di potere piuttosto denotava «l'usurpazione dei vari corpi giurisdizionali di fronte alle attribuzioni del potere legislativo e dei vari organi del potere esecutivo od amministrativo»³³.

Non è mancata una voce autorevole che ha evidenziato come in un tale significato lo stesso legislatore avesse approntato una definizione dell'eccesso di potere negli artt. 524, n. 2, e 539, n. 3, del codice di procedura penale del 1930: la prima disposizione, infatti, prevedeva, quale motivo di ricorso in Cassazione, l'esercizio da parte del giudice di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi o amministrativi, ovvero non consentita ai pubblici poteri;

amministrativo, Torino, 1892, 76, secondo cui: «[...] la mancanza di legittimità relativamente alla persona che non aveva il potere di compiere un atto dicesi incompetenza; la mancanza di legittimità relativamente alle condizioni, limiti e forme dicesi più propriamente eccesso di potere». Per Cass. civ. s.u. 10 dicembre 1925, in *Foro it.*, 1926, I, 75 ss., lo scopo del sindacato ai sensi dell'art. 3, n. 3 (ult. parte) è quello di «[...] mantenere le giurisdizioni speciali nei limiti ad esse assegnati, evitando che esse invadano il campo di altre giurisdizioni (incompetenza) o decidano su obbietti sottratti a qualsiasi giurisdizione (eccesso di potere)».

³² G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, cit., 308. Lo stesso Autore, in *I conflitti d'attribuzione in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, cit., 224-225, così si esprime: «[A]l primo proporsi che si deferissero alla Cassazione di Roma i giudizi sulle nullità delle sentenze anche delle giurisdizioni speciali, per incompetenza od eccesso di potere, s'incarcarono le ciglia quasi allo scandalo, di spalancare la porta per le denunce d'ogni sentenza della Corte dei conti o del Consiglio di stato che fosse per non garbare al soccombente. Ma l'eccesso di potere non è il mal uso di chi offenda il rito, violi la legge, pronunci extra o ultra petita. Eccesso di potere rincara sulla incompetenza, in quanto esce fuori da ogni limite che contiene la giurisdizione e dentro cui la si distribuisce fra più giudici. Si eccede con irrompere in atti che non sono affatto di giurisdizione, o di sua pertinenza».

³³ L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione (A proposito di recenti sentenze della Corte Suprema)*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, III e app., Roma, 1932, 230.

la seconda disposizione, nell'elencare i casi di annullamento senza rinvio da parte della Cassazione, prevedeva quello in cui il provvedimento impugnato contenesse disposizioni eccedenti i poteri della giurisdizione³⁴.

La locuzione 'eccesso di potere' otteneva, dunque, la consacrazione del diritto positivo (post-unitario) proprio nella legge dei conflitti del 1877³⁵, in una accezione, come detto, oltremodo diversa da quella che oggi le si attribuisce, e con riguardo non all'atto amministrativo, ma alle decisioni dei giudici (speciali)³⁶. Ed è evidente, per come *supra* ricostruita, l'assonanza (*rectius*, la coincidenza) dell'istituto previsto nel 1877 con la figura dell'eccesso di potere del giudice amministrativo di cui in questa trattazione si va discorrendo³⁷.

³⁴ M. D'AMELIO, *L'eccesso di potere giurisdizionale definito dal legislatore*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, I, 577. L'Autore evidenzia, in tal senso, che «il concetto dell'eccesso di potere è unitario e [...] si applica uniformemente tanto alla giurisdizione civile quanto a quella penale e a qualunque altra forma di giurisdizione [...]. Ond'è che, sebbene la definizione dell'eccesso di potere sia stata data dal legislatore nel codice di procedura penale per i giudizi penali, esso ha portata generale», e che occorre «prendere atto con compiacimento che il legislatore ci ha dato finalmente una definizione dell'eccesso di potere, che pone termine ad una lunga discussione dottrinale» (578). In giurisprudenza, cfr. Cass. civ. s.u. 17 luglio 1954, n. 2543, in *Foro it.*, 1955, I, 688 ss., in cui si legge che «[D]ell'eccesso di potere giurisdizionale sotto il profilo della invasione da parte del giudice della potestà legislativa [...] l'ordinamento positivo offre la nozione nell'art. 524, n. 2, cod. proc. pen. che, sanzionando legislativamente l'elaborazione giurisprudenziale in proposito, lo definisce come «l'esercizio da parte del giudice della potestà riservata ad organi legislativi...». Il concetto è unitario, ed è quindi ovvio che si applichi a qualsiasi forma di giurisdizione, ordinaria o speciale».

³⁵ L'espressione comparve per la prima volta nella L. 14 agosto 1812, n. 800, che introdusse il ricorso al Consiglio di Stato contro le sentenze della Corte dei conti per incompetenza ed eccesso di potere: cfr. M. D'AMELIO, A. AZARA, v. *Eccesso di potere*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 344. Per una disamina della legislazione *pre* e *post*-unitaria recante la formula dell'eccesso di potere, cfr. F. BASSI, *Lo straripamento di potere*, cit., 281 ss.

³⁶ O. ABBAMONTE, *L'eccesso di potere. Origine giurisdizionale del concetto nell'ordinamento italiano (1877-1892)*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 1, 75. L'Autore sottolinea, in tal senso, che «[I]l significato attribuito all'eccesso di potere era, difatti, quello d'incompetenza assoluta, che nulla ha a che vedere con l'attuale, di sviamento dell'atto amministrativo dalla sua causa tipica [...]».

³⁷ Oltre ai rilievi degli Autori contemplati nelle note nn. 31, 32 e 33 *supra*, cfr. S. LESSONA, *Il vizio di eccesso di potere nelle sentenze delle giurisdizioni speciali*, cit., 3, che evidenzia come per l'art. 3, n. 3, della legge del 1877 l'incompetenza fosse la violazione dei limiti delle attribuzioni

Sotto il profilo sistematico, i principi della legge del 1877 furono adattati al sistema delle giurisdizioni, ordinaria ed amministrativa, ed al sistema di riparto delle giurisdizioni dalla legge 7 marzo 1907, n. 62³⁸ (oggi abrogata). Quest'ultima

dell'organo di giurisdizione speciale con invasione nel campo proprio di altro organo giurisdizionale (di giurisdizione speciale o ordinaria), laddove l'eccesso di potere si sostanziasse nella violazione dei limiti di quanto attribuito al potere giurisdizionale con usurpazione delle funzioni riservate al potere legislativo ovvero esecutivo. Cfr. altresì O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, 488-489, secondo cui «[I]ncompetenza è lo sconfinamento di una giurisdizione nella materia attribuita ad altra giurisdizione, sia ordinaria, sia speciale, cioè ad altro organo dello stesso ordine (giurisdizionale). *Eccesso di potere* è lo sconfinamento di una giurisdizione nella materia attribuita ad organi di altro ordine (cioè potere: amministrativo o legislativo)». L'Autore puntualizza, in tal senso, che la decisione del Consiglio di Stato è viziata da *incompetenza*, se ha pronunciato su una materia spettante all'autorità giudiziaria ordinaria ovvero ad una giurisdizione speciale, laddove è viziata da *eccesso di potere*, se ha pronunciato su una materia non attribuita a nessun organo giurisdizionale (sottratta, quindi, ad ogni sindacato giurisdizionale, come quando si giudichi nel merito un provvedimento contro cui il ricorso era ammesso per sola legittimità). Per Ranelletti, nell'uno come nell'altro caso si ha un difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato, «[...] vale a dire una incompetenza per materia, che è *relativa* nella incompetenza in senso proprio, è *assoluta* nell'eccesso di potere [...]». Cfr., ancora, L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, cit., 252, che, riferendosi all'istituto del difetto assoluto di giurisdizione di cui alla legge del 1907 (cfr. *infra* in trattazione), sottolineava come dagli atti parlamentari della riforma del 1907 risultasse chiaro che alla Corte di Cassazione si intese bensì conferire potestà di sindacare la competenza del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale in relazione alle attribuzioni spettanti all'autorità amministrativa. Cfr., anche a fini bibliografici, F. BASSI, *Lo straripamento di potere*, cit., 292 ss.: l'Autore dà atto delle due opinioni emerse in dottrina con riguardo all'interpretazione della formula dell'eccesso di potere di cui all'art. 3 n. 3 della legge del 1877: la prima «[...] di formulazione tendenzialmente più antica e nettamente prevalente [...]», secondo cui la predetta formula «[...] starebbe ad indicare lo straripamento di potere delle giurisdizioni speciali, inteso in senso rigorosamente restrittivo e cioè ai danni dei poteri legislativo e amministrativo [...]», la seconda «espressa da autori non meno autorevoli», secondo cui l'espressione «[...] sarebbe stata usata dal legislatore con un significato molto più ampio idoneo ad abbracciare i casi più gravi di degenerazione della funzione giurisdizionale [...]», per poi propendere per una tesi mediana: «[C]i pare invero indubbio che per l'art. 3 n. 3 l'eccesso di potere, oltre i casi di grave degenerazione della funzione giurisdizionale (comprensivi dell'inosservanza delle forme processuali essenziali), comprenda ancora la figura classica dello straripamento di potere [...]» (298).

³⁸ Così L. VERRIENTI, v. *Ricorso per cassazione (decisione giurisdizionale amministrativa)*, agg. 2011 (a cura di P. Patrìto), in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997. Si ricordi come la stessa legge n. 62,

aveva previsto, all'art. 6, comma 2, la possibilità di impugnare con ricorso per Cassazione, (proprio) “agli effetti della legge 31 marzo 1877, n. 3761”, le decisioni pronunciate in sede giurisdizionale, statuendo che tale ricorso fosse proponibile “soltanto per assoluto difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato”³⁹.

La disposizione confluì successivamente nell'art. 48 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 (Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato), ancora vigente.

Con la surriferita formula del difetto assoluto di giurisdizione⁴⁰, il legislatore del 1907 aveva, dunque, canonizzato il principio giurisdizionale della impugnabilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 3, comma 1, n. 3, seconda parte, della legge del 1877⁴¹.

che aveva istituito un'altra sezione del Consiglio di Stato, la V, avesse riconosciuto formalmente la natura giurisdizionale della IV (cfr. nota n. 26), mettendo fine alle questioni fino ad allora sorte in dottrina. Con particolare riguardo al problema della natura giurisdizionale della appena istituita V sezione, investita di una giurisdizione di merito, cfr. F. ROVELLI, *Sul carattere delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1914, I, 208 ss., spec. 244 ss. Cfr. sul punto altresì O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit., 404 ss.

³⁹ Cfr. ancora L. VERRIENTI, v. *Ricorso per cassazione*, cit., che evidenzia come, sotto il profilo tecnico, l'art. 6, comma 2, della legge del 1907 avesse sostituito l'art. 41 del r.d. n. 6166/1899, n. 6166 (Testo unico della legge sul Consiglio di Stato). Il predetto art. 6, comma 2, della legge del 1907 divenne, poi, l'art. 40 del r.d. n. 638/1907, contenente il nuovo Testo unico della legge sul Consiglio di Stato.

⁴⁰ Cfr., per una ricostruzione dell'istituto, L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, cit., spec. 253 ss., che rileva come la scelta della formula del 'difetto assoluto di giurisdizione' fosse da attribuirsi alla influenza di Giorgio Giorgi, allora Presidente del Consiglio di Stato: tale formula, «[...] se anche potesse apparire men che propria da un punto di vista astratto della tecnica giuridica, scolpiva in modo chiaro e preciso ciò che era autorizzata, non oltre, a sindacare la Corte regolatrice» (253).

⁴¹ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 173. Sull'equivalenza tra le formule del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato, da un lato, e di incompetenza ed eccesso di potere di cui alla legge del 1877, dall'altro, cfr. altresì G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 360. Cfr. anche L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, cit., 243-244, che concordava con il Mortara «[...] e con moltissimi altri che lo han preceduto o seguito [...]» sul fatto che il difetto assoluto di giurisdizione in oggetto comprendesse tanto la incompetenza quanto l'eccesso di potere di cui

Scriveva, in tal senso, Ranelletti: «[U]na giurisdizione speciale può aver decisa una controversia non di sua competenza, e quindi invadendo la sfera di competenza o della giurisdizione ordinaria o di un'altra giurisdizione speciale, o giudicando su materia sottratta a qualsiasi giurisdizione. In questi casi la sentenza è viziata [...] per *incompetenza* o per *eccesso di potere*. E per tali motivi, la legge ammette contro la sentenza il ricorso per *nullità*, dinanzi alla Cassazione del Regno a Sezioni unite. [...] Contro le decisioni del Consiglio di Stato, in

alla legge sui conflitti del 1877. L'Autore evidenzia come «[...] l'aver cambiata la formula della legge del 1877 sui conflitti, a cui la legge di riforma del Consiglio di Stato del 1889 aveva fatto tassativo richiamo (art. 40 T.U. 2 giugno 1889) e l'aver detto a proposito della giurisdizione della IV e V Sezione, quest'ultima allora istituita, che il ricorso alla Sezioni Unite della Corte di Cassazione è dato *solamente per assoluto* difetto di giurisdizione, tendesse a impedire invasioni ed eventuali esorbitanze o, con espressione più moderata, *penetrazioni* eccessive della Corte in un campo che leggi speciali ed organiche, non a torto dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale e in sede consultiva qualificate come leggi costituzionali [...] hanno voluto riservare esclusivamente ai collegi giudicanti della giustizia amministrativa». Cfr., poi, F. BASSI, *Lo straripamento di potere*, cit., 332-333, il quale, dopo aver dato atto del fatto che ad imporsi in tal senso fu la tesi secondo cui il difetto assoluto di giurisdizione *de quo* corrispondesse alla categoria dell'eccesso di potere nel suo originario significato di straripamento di potere, puntualizza che la ragione per cui il legislatore del 1907 ha preferito usare l'espressione «difetto assoluto di giurisdizione» e non quella di «eccesso di potere» era in ciò che quest'ultimo si stava avviando a divenire una forma di incompetenza assoluta. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ. s.u. 26 febbraio 1910, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, 544 ss., con nota di L. RAGGI, *A proposito dell'articolo 40 della legge 17 agosto 1907 sul Consiglio di Stato*. Nell'occasione la Cassazione ha confermato come la formula dell'assoluto difetto di giurisdizione avesse la medesima portata del ricorso previsto dall'art. 3 della legge del 1877 sui conflitti. Cfr. in tal senso (sotto la vigenza dell'art. 48 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, in cui è confluito il disposto di cui alla legge del 1907, come specificato in trattazione) Cass. civ. s.u. 18 dicembre 1930, in *Foro it.*, 1931, I, 20 ss., in cui si legge che «[È] noto [...] che l'espressione «per assoluto difetto di giurisdizione», che condiziona la impugnativa della decisione del Consiglio di Stato, equivale all'altra «per incompetenza od eccesso di potere» usata in altre leggi e specie in quella fondamentale del 31 marzo 1877 n. 3761». Cfr. altresì Cass. civ. s.u. 24 aprile 1931, in *Foro amm.*, 1931, II, 198; Cass. civ. s.u. 24 febbraio 1938, in *Foro amm.*, 1938, II, 55. *Contra* l'equiparazione tra la formula del 'difetto assoluto di giurisdizione' e quella di 'incompetenza ed eccesso di potere' cfr., tra gli altri, U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1930, 340, secondo cui è ammesso il ricorso in Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato nel caso in cui quest'ultimo pronunci in una materia sottratta per qualsiasi motivo alla sua cognizione, sotto ogni aspetto e in ogni momento e grado.

sede giurisdizionale, vedemmo ammesso il ricorso alla Cassazione, a Sezioni unite, solo per *difetto assoluto di giurisdizione*; e notammo come questa espressione sia equipollente all'altra, usata dalla legge del 1877: «per incompetenza o eccesso di potere» [...]»⁴².

L'elaborazione dogmatica dell'eccesso di potere giurisdizionale, per come ancora oggi concepito⁴³, prendeva le mosse proprio dalla categoria dell'assoluto difetto di giurisdizione. Quest'ultimo, infatti, si riteneva integrato non solo nei casi in cui la materia in alcun modo rientrasse nella giurisdizione dell'organo, ma anche quando il giudice, nell'indagare la legittimità dell'atto o del provvedimento amministrativo, avesse trasceso i limiti consentiti alla sua potestà giurisdizionale⁴⁴.

In un tale contesto storico, la stessa giurisprudenza della Cassazione iniziò ad affermare il principio secondo cui «il difetto di giurisdizione che importa, ai sensi dell'art. 48 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, l'annullamento di una decisione del Consiglio di Stato, si verifica non soltanto quando la materia che forma oggetto di tale decisione non rientri nella sua giurisdizione, ma anche

⁴² O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit., 525. L'Autore, dopo aver altresì ricordato il «[...] rimedio straordinario del ricorso per annullamento alla Cassazione, Sezioni unite, solo per motivi di eccesso di potere o di incompetenza per ragioni di materia», previsto contro le decisioni della Corte dei conti in sede giurisdizionale, evidenzia come tali disposizioni siano «[...] l'applicazione della norma generale, applicabile a tutte le giurisdizioni speciali, dell'art. 3, n. 3, della legge del 1877 [...]».

⁴³ Cfr. *infra*, par. 2.3.

⁴⁴ M. D'AMELIO, S. ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, 183, che danno atto di quanto in tal senso recepito dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione. Per L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, cit., 300, con la formula 'difetto assoluto di giurisdizione' «[S]i intese impedire che il Consiglio di Stato *usurpasse* la sfera di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, delle giurisdizioni speciali (esempio: Corte dei conti) o che giudicasse su atti del Governo esplicitamente sottratti, a qualsiasi controllo giurisdizionale amministrativo[,] (es.; atti politici in sè o determinati da alte ragioni politiche), o che sotto forma di decisione emettesse un nuovo provvedimento (giudizio di merito) in luogo di un semplice annullamento del provvedimento impugnato (giudizio di illegittimità)».

quando, pur potendo da parte del detto Consiglio venire esercitato sulla materia in esame un sindacato di legittimità, esso abbia invece esercitato un sindacato di merito, invadendo così il campo proprio dell'attività amministrativa»⁴⁵.

La disciplina dei conflitti contenuta nella legge del 1877 fu sostanzialmente recepita nel codice di procedura civile del 1940⁴⁶ (artt. 37, 41, 360, comma 1, 362, 368, 382, 386⁴⁷). In particolare, ai sensi dell'art. 362, comma 1, c.p.c. possono essere impugnate con ricorso per Cassazione, nel termine di sessanta giorni, le decisioni in grado d'appello o in unico grado di un giudice speciale, per *motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso*⁴⁸.

⁴⁵ Cass. civ. s.u. 21 gennaio 1928, in *La Corte di Cassazione. Raccolta della giurisprudenza delle Sezioni civili e delle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione del Regno*, Milano-Roma, 1928, 785 ss.

⁴⁶ Secondo M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 173, la sola vera novità del codice rinvie dal fatto che, se da un lato il mezzo straordinario a disposizione della amministrazione è stato limitato al caso in cui quest'ultima non sia parte in causa (art. 41, comma 2, c.p.c.), qualora, invece, l'amministrazione sia parte in causa, tale mezzo è stato assorbito in un nuovo strumento messo a disposizione di tutte le parti - il regolamento preventivo di giurisdizione - ed esercitabile solo finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado (art. 41, comma 1, c.p.c.). Cfr. L. VERRIENTI, *Ricorso per cassazione*, cit., secondo cui «[L]a legge n. 3761 del 1877 venne praticamente trasferita nel vigente c.p.c., sia pure con qualche modificazione tecnica: l'art. 1, 1° co., legge n. 3671 del 1877 nell'art. 41, 1° co., c.p.c.; l'art. 2 legge n. 3761 del 1877 in parte nell'art. 367 e in parte nell'art. 368 c.p.c.; gli artt. 3 e 5 legge n. 3761 del 1877 nell'art. 362 c.p.c.; l'art. 4 legge n. 3761 del 1877 nell'art. 386 c.p.c.».

⁴⁷ Per una disamina puntuale della disciplina delle questioni di giurisdizioni, cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 176 ss., che analizza specificamente, nell'ambito dei singoli metodi di verifica della giurisdizione, le questioni di giurisdizione sollevate con i mezzi di impugnazione propri del grado della sentenza di cui si tratta (180-181), il regolamento di giurisdizione ex art. 41 c.p.c. (181 ss.), nonché i conflitti di giurisdizione e di attribuzione ex art. 362, comma 2, c.p.c. (185-186). Per una analisi specifica dell'istituto del regolamento di giurisdizione, cfr. F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, cit., spec. 110 ss. Cfr., poi, con riguardo al ruolo e alla portata dell'art. 37 c.p.c., recante "Difetto di giurisdizione" (del giudice ordinario nei confronti della p.a. o dei giudici speciali), la cui centralità «[...] è testimoniata dalla constatazione che esso costituisce la base sia per l'art. 41, che lo richiama espressamente e integralmente [...], sia per l'art. 360, n. 1, c.p.c., ed è tale anche rispetto all'art. 362 c.p.c. e all'art. 111, ultimo comma, Cost.», G. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., spec. 57 ss.

⁴⁸ Lo stesso art. 362 c.p.c. prevede, al comma 2, che possono essere denunciati in ogni tempo in Cassazione i conflitti positivi o negativi di giurisdizione tra giudici speciali, o tra questi

In tale norma è stata, quindi, cristallizzata l'originaria previsione di cui all'art. 3, comma 1, n. 3, seconda parte, della legge dei conflitti del 1877⁴⁹ (a sua volta poi confluita, come detto, nell'art. 48 del Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, e prima ancora, nell'art. 6 della legge n. 62/1907).

Il principio del ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti⁵⁰) per i *soli motivi inerenti alla giurisdizione* ha avuto copertura costituzionale nell'art. 111, comma 8 (originariamente comma 3), della Carta fondamentale⁵¹.

Analoga previsione è contenuta negli artt. 91 e 110 del D. lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo)⁵², nonché nell'art. 10, comma 2, del D. lgs. 24 dicembre 2003, n. 373 con riguardo al Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana.

È fondamentale sottolineare come i lavori preparatori della Carta costituzionale mostrino inconfutabilmente una logica di assoluta continuità, alla base della formulazione della predetta previsione, tra le nozioni di 'eccesso di potere del giudice', 'difetto assoluto di giurisdizione' e 'motivi inerenti alla giurisdizione'.

e i giudici ordinari, e i conflitti negativi di attribuzione tra la pubblica amministrazione e il giudice ordinario.

⁴⁹ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 180. Nello stesso senso, V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1960, 519.

⁵⁰ Il ricorso per Cassazione avverso le decisioni della Corte dei conti per i soli motivi inerenti alla giurisdizione è altresì previsto dall'art. 177, comma 1, del D. lgs. 26 agosto 2016, n. 174 (Codice della giustizia contabile).

⁵¹ Secondo M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 181, l'art. 111 Cost. ha assorbito l'art. 48 del Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato e ha abrogato l'art. 362, comma 1, c.p.c., «in quanto concorreva a limitare l'impugnazione delle sentenze dei giudici speciali al caso della denuncia di vizi attinenti alla decisione sulla giurisdizione». L'Autore richiama il rilievo di S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 2, Milano, 1962, 223 ss., secondo cui il valore di tale norma è in ciò che i ricorsi inerenti alla giurisdizione non vengono considerati nell'alveo della violazione di legge, essendo quindi decisi dalla Cassazione a Sezioni unite.

⁵² E prima ancora nell'art. 36 L. 6 dicembre 1971, n. 1034 (legge TAR).

Così osservava, in sede di Assemblea costituente, l'on. Costantino Mortati: «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 debba limitare soltanto all'eccesso di potere giudiziario, cioè alla mancanza o difetto assoluto di giurisdizione»⁵³.

A sua volta, affermava l'onorevole Paolo Rossi: «[...] Abbiamo voluto poi precisare, in un capoverso della nuova formulazione, che contro le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, ed eventualmente di altri organi di questo genere [...], è ammesso ricorso per soli motivi inerenti alla giurisdizione [...]. Secondo la formulazione antica era sempre ammesso il ricorso per cassazione, secondo le norme di legge. Quindi si poteva anche concepire un ricorso contro le decisioni del Consiglio di Stato o della Corte dei conti per violazione di legge. Invece si è voluto stabilire che contro le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti si può ricorrere soltanto per eccesso di potere [...]. Comunque, anche questa garanzia è stata introdotta, senza che sia violata la giurisdizione speciale del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, perchè è stabilito che il ricorso è ammesso soltanto per motivi inerenti alla giurisdizione»⁵⁴.

D'altro canto, una tale constatazione apre la stura ad un rilievo altrettanto centrale nell'ambito degli studi in materia.

⁵³ A.C., pag. 2562, in V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori da Vittorio Falzone, Filippo Palermo, Francesco Cosentino del Segretariato generale della Camera dei deputati, con prefazione di Vittorio Emanuele Orlando*, Roma, 1948, 206.

⁵⁴ A.C., pagg. 2586-2587, *ivi*, 206-207.

Da un lato, l'utilizzo di terminologie affatto diverse (i.e. limiti esterni alla giurisdizione, difetto assoluto di giurisdizione, difetto di attribuzione, motivi di giurisdizione, eccesso di potere giudiziario, invasione, sconfinamento, arretramento) con riguardo a fattispecie molto spesso sovrapponibili tra loro non può che contribuire a generare confusione tra gli interpreti; dall'altro, è ormai assodato che il vizio della decisione del giudice amministrativo consistente nella invasione (o, a dir si voglia, nello sconfinamento, nella usurpazione, nell'ingerenza) di prerogative proprie del legislatore o dell'amministrazione pubblica è stato, ed è, oggetto di sindacato giurisdizionale, e che questo sia di esclusivo appannaggio della Corte di Cassazione. E ciò, dal 1877⁵⁵, come ipotesi di nullità delle decisioni giurisdizionali viziate da 'eccesso di potere'; dal 1907, come ipotesi di 'assoluto difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato'; dal 1940 (e con l'avallo della Costituzione del 1948), nell'ambito dei 'motivi inerenti alla giurisdizione'⁵⁶.

⁵⁵ Nonostante una forma embrionale di tale figura fosse da rinvenire, come analizzato, nella legge sarda del 1859.

⁵⁶ Tale assetto è stato confermato dall'art. 37 L. 11 marzo 1953, n. 87, che, in tema di conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, risolti dalla Corte costituzionale (art. 134 Cost.), statuisce che "[R]estano ferme le norme vigenti per le questioni di giurisdizione". Per M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 187, «ci si deve domandare se, in presenza dell'art. 37 ricordato e, più in generale, in relazione alle caratteristiche della funzione giurisdizionale e alla stessa struttura del processo costituzionale di risoluzione dei conflitti fra poteri dello stato, sia configurabile un intervento della Corte costituzionale per la risoluzione di un conflitto fra «potere giurisdizionale» e amministrazione (governo)». L'Autore dà quindi atto del dibattito in materia: da una parte, gli autori favorevoli all'applicazione dell'art. 134 (in ciò Nigro richiama A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1989, 1555) affermano che la disposizione predetta pone un principio applicabile altresì in caso di contrasto tra organi giurisdizionali e amministrazione in ordine all'ammissibilità di un sindacato giurisdizionale, anche in tale evenienza venendo in rilievo un conflitto tra poteri, l'intervento della Corte costituzionale essendo, tuttavia, ammissibile solo una volta esauriti i metodi ordinari di soluzione dei conflitti (successivamente, dunque, alla decisione della Cassazione o comunque a seguito di un giudicato sul punto); *contra* (Nigro richiama E. REDENTI, *Il «conflitto di attribuzioni» nella Costituzione e nel codice di procedura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, 247; P. VIRGA, *I conflitti di attribuzione*, in *Foro pad.*, 1949, IV, 1; L. MONTESANO, *Processo civile e pubblica amministrazione*, Napoli, 1960, 230), si è fatto leva sulla

Non è, tuttavia, operazione meramente qualificatoria quella in cui si sostanzia l'individuazione dell'esatta portata della figura dell'eccesso di potere del giudice amministrativo⁵⁷.

Nello specifico, occorre comprendere se la relazione tra i concetti di 'eccesso di potere del giudice amministrativo' e 'motivi inerenti alla giurisdizione' configuri una *sineddoche* (e, dunque, se le due figure si pongano sostanzialmente in un rapporto di *continenza specie-genere*), ovvero vengano in rilievo *fattispecie* pressoché coincidenti.

inconfigurabilità, accentuata dalla Costituzione, di un conflitto tra giudice e amministrazione, considerando peraltro la struttura del processo costituzionale di risoluzione dei conflitti, che mal si attaglierebbe ad un contrasto tra di essi, risultando difficile parlare per gli organi della giurisdizione di una "volontà del potere" e tracciare un momento in cui tale volontà sia dichiarata così come un organo competente a dichiararla. Tali ultimi argomenti sono ritenuti da Nigro «difficilmente confutabili». L'Autore conclude assumendo che l'applicabilità in materia dell'art. 134 Cost. passa necessariamente per una configurazione del "conflitto" in termini di «contrasto sulla possibilità in astratto del sindacato giurisdizionale su di una potestà amministrativa [...]», nonché della funzione della Corte «come un accertamento, sempre in astratto, della spettanza del potere, con esclusione dell'annullamento di atti concreti [...]», e che il conflitto potrebbe comunque essere elevato solo a seguito della pronuncia definitiva sui casi concreti dei massimi organi dei due ordini giudiziari (Corte di Cassazione e Consiglio di Stato). Per F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, 304, i conflitti negativi di attribuzione *ex art. 362*, comma 2, n. 2, c.p.c. sono «veri e propri conflitti di attribuzioni tra poteri dello Stato», di conseguenza dovendo essere risolti dalla Corte costituzionale *ex art. 134 Cost.*; cfr. sul tema altresì R. LUCIFREDI, *Attribuzioni*, cit.; C. FURNO, *Problemi attuali della Corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 481 ss.; M.P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, cit., 60 ss. Di recente, cfr. F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2018, 3, 1543-1544.

⁵⁷ Cfr. A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 2, 635 ss., il quale, dopo aver catalogato, nell'ambito dei motivi di giurisdizione, i diversi vizi prospettabili dinanzi alla Corte di Cassazione nei confronti delle sentenze del Consiglio di Stato (e, tra questi, in via autonoma, l'eccesso di potere giurisdizionale), evidenzia che «[S]i tratta [...] di tipi irriducibili ad unità. Ciascuno di essi è suscettibile di autonomo esame ed implica l'utilizzo di specifici strumenti di indagine, sia per garantire l'adeguata comprensione di ciascun fenomeno, sia per evitare che l'analisi critica del singolo tipo dia luogo ad indebite generalizzazioni» (645).

A volte la giurisprudenza ha optato - quanto meno formalmente - per quest'ultima soluzione. Basti pensare che proprio la Corte costituzionale, in una presa di posizione fondamentale per il dibattito sul tema in oggetto, e su cui si tornerà nel prosieguo della trattazione, ha di recente approntato una risistemazione dei motivi di giurisdizione (tuttavia) riconducendoli alla figura onnicomprensiva dell'«eccesso di potere giudiziario»⁵⁸. Nell'ambito di tale categoria così rientrerebbero il difetto assoluto di giurisdizione, *sub specie* di invasione da parte del giudice amministrativo (o contabile) nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione, nonché di arretramento, nel caso in cui il primo neghi la sua giurisdizione sul presupposto erroneo che la materia non possa formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale, e il difetto relativo di giurisdizione, nel caso di affermazione da parte del giudice amministrativo (o contabile) della propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione ovvero di negazione della stessa sull'erroneo presupposto che questa appartenga ad altri giudici⁵⁹.

Una tale classificazione, se non contribuisce ad isolare come autonoma, nell'ambito dei motivi di giurisdizione, la figura dell'eccesso di potere del giudice amministrativo (ricostruzione da ritenersi preferibile, come si avrà modo di apprezzare in seguito), ha il pregio di sintetizzare la categoria dei motivi di giurisdizione *ex art. 111, comma 8, Cost.* in una formula chiara ed immediata, almeno nell'accezione di questa assunta dal Giudice delle leggi.

Una qualificazione in termini di sostanziale coincidenza delle espressioni sopra citate si è registrata presso la Corte regolatrice della giurisdizione, soprattutto nelle pronunce che del tema si sono occupate di recente (in linea con quanto affermato dalla Consulta)⁶⁰.

⁵⁸ Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 6.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Cfr. *ex plurimis*, Cass. civ. s.u. 19 marzo 2020, n. 7455; Cass. civ. s.u. 14 gennaio 2020, n. 414; Cass. civ. s.u. 11 novembre 2019, n. 29082; Cass. civ. s.u. 20 marzo 2019, n. 7926.

In alcune occasioni la Cassazione ha, invece, operato una distinzione dei concetti, enucleando l'eccesso di potere giurisdizionale, riferito all'ipotesi della invasione da parte del giudice amministrativo dei poteri del legislatore o dell'amministrazione, quale figura specifica all'interno del più ampio campo dei motivi di giurisdizione⁶¹.

Non sono mancate occasioni in cui la Suprema Corte ha (addirittura) qualificato il caso dello sconfinamento nel merito da parte del giudice amministrativo a cui sia attribuita una giurisdizione di sola legittimità in termini di autonomia rispetto alla figura stessa dell'eccesso di potere giurisdizionale (di cui, anzi, 'dovrebbe' costituire proprio la fattispecie più emblematica).

Si è, in tal senso, assistito ad affermazioni perentorie con cui la Cassazione ha statuito che il controllo delle Sezioni unite è circoscritto all'osservanza, da parte del giudice amministrativo, dei soli limiti esterni della giurisdizione «e cioè alla esistenza di quei soli vizi che attengono alla essenza della funzione, escluso ogni sindacato sul modo di esercizio della funzione stessa»⁶². Nell'occasione, la Suprema Corte ha declinato tali vizi riconducendoli alle seguenti figure: (a) eccesso di potere giurisdizionale, per avere il Consiglio di Stato invaso il campo riservato alla discrezionalità amministrativa (cioè per avere riconosciuto la propria giurisdizione in quei campi in cui nessun giudice può conoscere della controversia); b) invasione della sfera di giurisdizione attribuita al giudice ordinario o ad altro giudice speciale; c) esplicazione di un

⁶¹ Cfr. Cass. civ. s.u. 5 giugno 2018, n. 14438, secondo cui l'eccesso di potere giudiziario, che costituisce un aspetto dei motivi inerenti alla giurisdizione sindacabili dalle Sezioni unite della Cassazione *ex art.* 362, comma 1, c.p.c., va inteso come «esplicazione di una potestà riservata dalla legge ad un diverso organo, sia esso legislativo o amministrativo, e cioè come una usurpazione o indebita assunzione di potestà giurisdizionale»; cfr. altresì Cass. civ. s.u. 5 maggio 1965, n. 824, in *Foro it.*, 1965, I, 982 ss., che annovera tra i motivi inerenti alla giurisdizione «il cosiddetto eccesso di potere giurisdizionale che si ha quando, come si sostiene nella specie, l'atto giurisdizionale del Consiglio di Stato abbia invaso il campo riservato alla discrezionalità della pubblica amministrazione».

⁶² Cass. civ. s.u. 6 marzo 1987, n. 2414.

sindacato di merito, allorché la *potestas indicandi* sia limitata alla sola indagine sulla legittimità dell'atto amministrativo impugnato; d) rifiuto dell'esercizio della potestà giurisdizionale sul presupposto erroneo che la materia non possa essere oggetto, in modo assoluto, di funzione giurisdizionale ovvero che non possa essere oggetto della funzione giurisdizionale propria del Consiglio di Stato; e) illegittima costituzione del collegio giudicante tale da escluderne la coincidenza con il modello legale astratto⁶³.

Le fattispecie richiamate, in cui si sostanzia il superamento dei limiti esterni, sembrerebbero, peraltro, qui esaurire la categoria dei motivi di giurisdizione. Non così, invece, in altre occasioni in cui la Corte ha effettuato specifiche distinzioni.

La Cassazione ha, per tale via, statuito che il ricorso avverso le pronunce del Consiglio di Stato è consentito per i motivi inerenti alla giurisdizione, e più propriamente a) quando la sentenza abbia violato l'ambito della giurisdizione in generale, esercitando la giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa oppure negando la giurisdizione sull'erroneo presupposto che la domanda non potesse costituire in modo assoluto oggetto di esame giurisdizionale; b) in caso di violazione dei limiti esterni della propria giurisdizione, ovvero giudicando in materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure negando la propria giurisdizione sull'erroneo presupposto che questa spetti ad altro giudice, oppure esercitando un sindacato di merito in materia attribuita esclusivamente alla propria giurisdizione di legittimità degli atti amministrativi⁶⁴.

In tale pronuncia, non solo i limiti esterni (*rectius*, le ipotesi di superamento di tali limiti) e i motivi di giurisdizione costituiscono fattispecie non coincidenti, ma nell'ambito dei predetti limiti viene altresì annoverato il

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Cass. civ. s.u. 17 gennaio 2017, n. 958.

caso dello sconfinamento nel merito da parte del giudice amministrativo a cui spetti una giurisdizione di mera legittimità.

Tale fattispecie, costituendo una declinazione specifica della figura dell'eccesso di potere giudiziario, avrebbe dovuto essere al più ricondotta all'ipotesi da quest'ultima decisione richiamata *sub a*), ovvero a quella in cui la sentenza abbia violato l'ambito della giurisdizione in generale.

Tutto ciò, peraltro, in 'contrasto' (quanto meno a livello definitorio) con l'assunto, di recente affermato, secondo cui i limiti esterni atterrebbero al solo difetto relativo di giurisdizione, categoria a sua volta estranea rispetto all'ipotesi del predetto sconfinamento nel merito (e, per tale via, alla categoria dell'eccesso di potere del giudice).

La Cassazione ha avuto, infatti, occasione di affermare che l'eccesso di potere denunciabile per motivi attinenti alla giurisdizione va riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto e difetto relativo di giurisdizione: il primo si verificherebbe quando un giudice speciale affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non possa formare oggetto in assoluto di cognizione giurisdizionale; il secondo si riscontrerebbe, nel ragionamento della Corte, quando il giudice speciale abbia (appunto) violato i c.d. limiti esterni della propria giurisdizione, pronunciandosi su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, ovvero negandola sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici⁶⁵.

La sovrapposizione concettuale delle categorie di riferimento costituisce, in definitiva, un dato evidentemente riscontrabile nella giurisprudenza della Corte regolatrice della giurisdizione.

Meno nella dottrina, che enuclea la figura dell'eccesso di potere del giudice amministrativo come sottotipo del più ampio insieme dei motivi di

⁶⁵ Cass. civ. s.u. n. 414/2020, cit.

giurisdizione, essenzialmente riconducendolo alla figura della invasione, da parte del giudice, della sfera dei poteri legislativi o amministrativi⁶⁶.

Tra le questioni di giurisdizione, Nigro, ad esempio, distingue, in disparte la discussa ipotesi della improponibilità assoluta della domanda per difetto di potere giurisdizionale, le seguenti fattispecie: rifiuto di esercizio della potestà giurisdizionale sull'erroneo presupposto che la materia non possa essere oggetto, in modo assoluto, di funzione giurisdizionale o che non possa essere oggetto della funzione giurisdizionale propria dell'organo investito della domanda; invasione della sfera dell'altrui giurisdizione, cioè di quella attribuita

⁶⁶ Cfr. A. POLICE, F. CHIRICO, «*I soli motivi inerenti la giurisdizione*» nella giurisprudenza della Corte costituzionale, cit., 123, secondo cui la violazione dei limiti esterni può dar luogo a due ordini di vizi di giurisdizione: l'eccesso di potere giurisdizionale, riscontrabile quando il giudice speciale invada l'ambito riservato ad altro potere dello Stato o ad altro giudice e l'illegittimo diniego di giurisdizione, integrabile qualora il giudice speciale rifiuti di esercitare il proprio potere di decidere nel merito la controversia, sull'assunto che lo stesso non spetti ad alcun giudice, ovvero spetti ad altro giudice. Gli Autori evidenziano, in tal senso, che in relazione ad entrambe le categorie di vizi, allorché venga in rilievo il superamento del limite rappresentato dalla sfera di attribuzioni del potere legislativo o giudiziario, talvolta si preferisce utilizzare l'espressione 'difetto assoluto di giurisdizione'. Quest'ultimo sussisterebbe in concreto nell'ipotesi in cui il giudice speciale abbia affermato la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (invasione o sconfinamento), oppure quando, al contrario, il giudice speciale abbia negato la propria giurisdizione sull'erroneo presupposto che la materia non possa essere oggetto, in modo assoluto, di funzione giurisdizionale (cd. arretramento). Sottolineano, ancora, i medesimi Autori, che in contrapposizione alla categoria del 'difetto assoluto di giurisdizione' è utilizzata quella del 'difetto relativo di giurisdizione', configurabile in caso di superamento del limite costituito dalla giurisdizione di altro giudice, ordinario o speciale. In posizione peculiare cfr. F. MODUGNO, v. *Eccesso di potere*, III) *Eccesso di potere giurisdizionale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, 5; C. FERRI, *Limiti del controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 357; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 344. Tali Autori, nel prendere le mosse dall'analisi della giurisprudenza in materia, sembrano distinguere la figura dell'eccesso di potere giurisdizionale, configurabile qualora il Consiglio di Stato abbia invaso il campo riservato alla discrezionalità amministrativa, da quella che si sostanzia nella esplicazione, da parte del giudice, di un sindacato di merito, quando invece la *potestas iudicandi* limiti l'indagine solo alla legittimità dell'atto (laddove, invece, quest'ultima fattispecie dovrebbe costituire proprio una ipotesi paradigmatica della categoria generale). Cfr., inoltre, i contributi che sul tema hanno dato gli Autori citati alle successive note nn. 67, 78 e, 153.

ad altro giudice (giudice ordinario o giudice speciale); (nonché, appunto) c.d. eccesso di potere giurisdizionale, che si sostanzia nello «[...] sconfinamento dell'attività giurisdizionale ordinaria o speciale nel campo dei poteri spettanti ad organi amministrativi o legislativi o costituzionali»⁶⁷.

Una tale specifica declinazione dell'eccesso di potere del giudice amministrativo è coerente con l'origine storica dell'istituto di cui alla legge del 1877, che, sebbene superata, rimane ad oggi l'unica fonte che espressamente utilizza(va) il lessema 'eccesso di potere' per riferirsi all'istituto dalle cui ceneri è poi sorto quello attuale, e con il diritto positivo vigente, che discorre di motivi di giurisdizione e mai di eccesso di potere giudiziario.

⁶⁷ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 178-179. Cfr. altresì G. CAIA, *Eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo (configurabilità e confini in base all'art. 111 Cost.)*. *Relazione in occasione delle Giornate di studio sulla Giustizia amministrativa dell'Università di Siena*. "La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi", Castello di Modanella-Siena, 19-20 maggio 2017, in www.spisa.unibo.it, che enuclea come figure autonome, tra le questioni di giurisdizione, le seguenti: invasione della sfera di altra giurisdizione; difetto assoluto di giurisdizione; rifiuto di esercizio della potestà giurisdizionale; irregolare composizione dell'organo giudicante; eccesso di potere giurisdizionale, quest'ultimo riguardante «un'ipotesi in cui la giurisdizione del giudice amministrativo deve essere verificata in relazione alle funzioni spettanti ad altri poteri dello Stato» (7). Secondo M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005, 161 ss., spec. 164 ss., che prende le mosse dall'analisi della giurisprudenza in materia, l'eccesso di potere giurisdizionale, configurabile quando il Consiglio di Stato eserciti la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, costituisce una ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, tuttavia non esaurendo tale categoria. Per l'Autrice, infatti, nell'ambito di quest'ultima rientrerebbe altresì il caso in cui il Consiglio di Stato abbia negato la propria giurisdizione nel convincimento, erroneo, che la domanda non possa formare oggetto in modo assoluto dell'esercizio di una funzione giurisdizionale (169). Cfr. altresì I. ZINGALES, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, 2007, 250, secondo cui «l'art. 111, 8° comma, Cost. attribuisce alla Corte di cassazione il potere [...] di dichiarare: 1) che la pretesa azionata in giudizio non è tutelabile; 2) che l'atto impugnato davanti al giudice amministrativo rientra nel *genus* di quelli politici e, dunque, è insindacabile; 3) che le censure dedotte nel giudizio amministrativo di legittimità concernono profili inerenti al c.d. merito amministrativo». Cfr., inoltre, quanto rilevato dagli Autori contemplati nella precedente nota, nonché i contributi dottrinali richiamati in calce alla stessa.

Ragione per cui, in coerenza con quanto affermato ad inizio trattazione, in una siffatta accezione - per così dire 'in senso stretto' - è (e continuerà ad essere) inteso in trattazione l'eccesso di potere del giudice amministrativo⁶⁸.

In tale ottica, se è vero che anche in caso di invasione da parte del giudice amministrativo delle prerogative spettanti ad altro giudice, il primo abbia comunque 'ecceduto' dai poteri riconosciutigli dalla legge (*in primis*, dalla Costituzione), non è men vero che sia proprio il caso dello sconfinamento nella sfera delle potestà attribuite al legislatore e all'amministrazione a costituire «la figura più interessante del nostro campo»⁶⁹.

La questione, invero, lambisce i confini di tematiche cruciali oggetto di dibattiti mai sopiti e sempre attuali nell'ambito del sistema complessivo della giustizia amministrativa, come quello sul rapporto tra discrezionalità e merito amministrativo, e, per il tramite di questo, tra sindacato di legittimità e sindacato di merito, per confluire, infine, nell'alveo di una domanda: è possibile intravedere una base dogmatica comune tra l'eccesso di potere come vizio della funzione amministrativa e l'eccesso di potere come vizio della decisione giudiziale?

Non si tratta di un tentativo di confutare (o persino mettere in dubbio) l'assunto esegetico in base al quale le coordinate teoretiche dell'istituto dell'eccesso di potere si sono mosse e sviluppate su sentieri affatto differenti con riguardo ai due poli di riferimento costituiti, da un lato, dall'atto amministrativo e, dall'altro lato, dalla decisione giudiziale⁷⁰.

⁶⁸ Con l'ulteriore specifica, anch'essa già puntualizzata, che il fulcro del presente lavoro sarà incentrato sulla dinamica dei rapporti tra giurisdizione e amministrazione, e, dunque, sull'ipotesi dello sconfinamento del giudice nel merito amministrativo.

⁶⁹ Tale ultima puntualizzazione è di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 179.

⁷⁰ Cfr. per tutti F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 1, anche in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 991, che, dopo aver dato atto di come l'interesse degli studiosi sull'eccesso di potere quale vizio dell'atto amministrativo sia sorto, in un primo tempo, per distinguere tale figura dall'omonimo vizio dell'atto

Si tratta, piuttosto, di enucleare tra le due figure un minimo comune denominatore⁷¹ che consegna all'interprete una constatazione (quanto meno) di validità scientifica della predetta domanda.

giurisdizionale, afferma che «[S]u questo punto insistono tutti i trattatisti anche recenti», salvo poi comunque constatare un tentativo di concezione unitaria delle figure da parte di una autorevole dottrina (991, nota n. 1). Cfr. altresì M. D'AMELIO, S. ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, cit., 182, che, riferendosi alla nozione di eccesso di potere nell'atto amministrativo, la qualificano come «fondamentalmente diversa da quella dell'eccesso di potere nell'atto giurisdizionale». Il confine tra le due categorie è ben tracciato altresì in giurisprudenza sin dalle prime elaborazioni in materia: cfr. *ex plurimis* Cass. civ. s.u. 21 luglio 1900, in *Foro it.*, 1900, I, 1063 ss., che si esprime nei seguenti termini: «[E]saminando il significato e la portata di tutte le disposizioni di legge, questo Supremo Collegio osservò in una serie numerosa di sentenze che, se nell'atto di autorità eccesso di potere è qualunque arbitrio, qualunque abuso di autorità con violazione di legge, nell'atto di giurisdizione invece eccesso di potere non è l'aver giudicato male, ma bensì lo avere giudicato incompetentemente, quando ciò sia non in materia deferita ad altra autorità giurisdizionale dello stesso ordine (incompetenza in senso proprio), ma in materia deferita ad autorità di ordine diverso o sottratta a qualsiasi giurisdizione (eccesso di potere). Donde deriva che l'eccesso di potere secondo il detto articolo [i.e. art. 3 n. 3 della legge del 1877, ndr], in materia giurisdizionale, ha un significato diverso dall'eccesso di potere secondo l'art. 24 della legge 2 giugno 1889 n. 6166 [...] in materia di atti e di provvedimenti di amministrazione, non di giurisdizione. Od in altre parole, l'eccesso di potere previsto dalla legge prima indicata è più radicale perché rappresenta la forma più grave e più assoluta della stessa incompetenza, ossia la mancanza d'ogni giurisdizione. L'altro eccesso di potere invece comprende in sé qualunque fuorviamento ed abuso della giurisdizione di cui si è investiti».

⁷¹ Cfr. N. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere "amministrativo" secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, II, Roma, 1932, 434-435: «[N]on spetta a me [di] dire se la dottrina italiana sia riuscita a dare un concetto unitario dell'eccesso di potere, supposto che tale concetto sia possibile. Non intendo, quindi, ricercare se sia esatto il tentativo, anche recentemente rinnovato, di ridurre tutte le figure di eccesso di potere - tanto quello nell'atto giurisdizionale, quanto quello nell'atto amministrativo - all'unico aspetto di *vizio nella causa*». L'Autore rimarca, poi, che: «[...] l'eccesso di potere «giudiziario» potrebbe ritenersi (come è stato da taluni ritenuto), esso pure, un aspetto del vizio della causa dell'atto amministrativo. [...] ci sono molti casi dubbi, c'è una zona grigia, abbastanza vasta, in cui male si può distinguere tra le forme di eccesso di potere «giudiziario» e «amministrativo». Questa zona grigia sta in gran parte ai margini dello «sviamento di potere» e sovente a quest'ultima forma si sovrappone» (435, nota n. 1). Un tentativo di ricostruzione unitaria del fenomeno dell'eccesso di potere rispetto alla sentenza e all'atto amministrativo è altresì compiuto da F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, spec. 53-54.

Ed è un dato di fatto che il potere risulti, in entrambi i casi, esercitato *oltre la misura*⁷².

Un tale elemento sarebbe di per sé idoneo a fondare l'intento di condurre sotto tale prospettiva l'attuale percorso di ricerca⁷³.

Una (proposta di) risposta al quesito e, prima ancora e a prescindere da questa, un esame dell'istituto dell'eccesso di potere del giudice amministrativo sotto codesta lente ermeneutica aprirebbe scenari interessanti con riguardo al modo di concepire le tutele (questa volta non del privato cittadino nei confronti dell'amministrazione, bensì) del giudice amministrativo nei confronti del giudice regolatore della giurisdizione e, per tale via, le tecniche di sindacato a disposizione di quest'ultimo.

Al di là dei risultati a cui perverrà l'analisi, il titolo del presente lavoro, che intende valorizzare il 'nucleo forte' della consueta (e più famosa) formula dell'«eccesso di potere giurisdizionale», rappresenta il primo atto di un tentativo in tale direzione, di questo costituendo, poi, l'accezione 'in senso stretto' della figura, come sopra delineata, una *condicio sine qua non*.

⁷² Definisce così l'eccesso di potere F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, cit., 33.

⁷³ Sembra - a parere di chi scrive - non lontano da uno scenario siffatto F. BASSI, *Lo straripamento di potere*, cit., 346, in cui si legge: «[A] lettore attento non sarà sfuggito che fin qua, in sede di consuntivo, abbiamo parlato genericamente di straripamento di potere senza introdurre alcuna distinzione a seconda che il vizio di incostituzionalità colpisca l'atto amministrativo, l'atto giurisdizionale o l'atto normativo. Aggiungiamo subito che ciò abbiamo fatto di proposito in quanto ci sembra che la indagine storica sia riuscita a porre in luce la sostanziale identità che la figura conserva nelle pur diverse ipotesi della sua concreta verifica. Sia infatti che lo straripamento promani da un organo amministrativo ovvero da un organo giudiziario o legislativo permane immutata la sua caratteristica essenziale che è data dalla violazione del principio organizzativo costituzionale della divisione dei poteri. Riteniamo che questa sia la conclusione più importante del nostro studio. Essa infatti offre un'ulteriore decisiva prova della validità dogmatica di una ricerca diretta all'elaborazione di una teoria dell'atto dei pubblici poteri che abbracci sia l'atto amministrativo, sia gli atti giurisdizionale e normativo [...]».

2. *L'istituto nella prassi: l'evoluzione dell'eccesso di potere del giudice sub specie di sconfinamento nel merito amministrativo. Perimetrazione del campo di indagine.*

Nel corso degli anni, la concezione delle questioni di giurisdizione sindacabili dinanzi alla Cassazione *ex art.* 111, comma 8, Cost. ha subito un tale mutamento⁷⁴ da condurre la letteratura scientifica verso una configurazione di queste - e, nello specifico, dell'eccesso di potere del giudice - del tutto peculiare.

Seppur con varie oscillazioni, si è assistito, in tal senso, ad una progressiva tendenza ad allargare le maglie del controllo delle Sezioni unite, tanto da contribuire al dibattito circa la attuale validità del sistema giurisdizionale di tipo dualista, per come delineato dalla Carta costituzionale⁷⁵.

⁷⁴ Evidenzia «la mutazione più recente del modo di intendere i motivi di giurisdizione che legittimano l'impugnazione davanti alle sezioni unite delle decisioni del Consiglio di Stato, a norma dell'art. 111 Cost.» M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 142.

⁷⁵ Cfr. per tutti R. VILLATA, “*Lunga marcia*” della Cassazione verso la giurisdizione unica (“dimenticando” l'art. 103 della Costituzione)?, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 324 ss., anche in Id., *Scritti in tema di questioni di giurisdizione. Tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, Milano, 2019, 1 ss., che evidenzia come il sistema dualistico risulti «consacrato in inequivocabili articoli della Costituzione [...]» (2). Cfr. altresì A. CORPACI, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, 341 ss.; G. VERDE, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione*, cit., 369, secondo cui «[P]enetra nel sistema la consapevolezza che la funzione giurisdizionale è unitaria e che le differenze organiche tra le varie magistrature non possano ritornare a danno del principio dell'effettività della tutela resa in tempi ragionevoli. Il “conflitto” tra i giudici perde rilievo in nome di una necessaria cooperazione. In questa prospettiva, il ricorso in Cassazione ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 111 non è più un rimedio per risolvere un conflitto, ma lo strumento per controllare che la tutela giurisdizionale sia resa in maniera effettiva». A favore dell'unitarietà della giurisdizione cfr. A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V, 21 ss.; Id., *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, *ivi*, 2009, V, 369 ss.; F. BILE, *Intorno all'unità della giurisdizione*, *ivi*, 2011, V, 93 ss.; E. BALBONI, *Qualche idea, antica e nuova, a favore dell'unicità della giurisdizione*, in *Quad. Cost.*, 2011, 3, 647 ss.; L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Questione Giustizia*, 2015, 3, 106 ss.

Di una tale tendenza si intende in questa sede dare atto, non prima di aver approntato, tuttavia, una precisazione con riguardo all'approccio metodologico da seguire, anche (e soprattutto) in vista della maturazione scientifica delle linee direttrici di ricerca *supra* delineate.

Alla fine del precedente paragrafo si è disquisito della vocazione, invalsa soprattutto nella prassi, ad apprestare classificazioni varie e non sempre coerenti tra loro delle figure che a vario titolo sono state ricondotte ai motivi di giurisdizione.

A ciò ha contribuito perspicuamente (come ricordato) la giurisprudenza, che in alcune occasioni ha mostrato di intendere - foss'anche solo a fini di semplificazione definitoria - la figura dell'eccesso di potere giurisdizionale come comprensiva di qualsivoglia ipotesi di vizio scrutinabile *ex art. 111, comma 8, Cost.*

All'opera della dottrina, invece, deve essere riconosciuto il plauso di aver operato, a volte in maniera oltremodo sofisticata, una attenta demarcazione dei vizi riconducibili ai motivi di giurisdizione predetti, isolando, tra questi, la categoria dell'eccesso di potere giudiziario (nel significato 'in senso stretto' innanzi riferito)⁷⁶.

Sull'assetto della giustizia amministrativa nella Costituzione, fondamentali restano le pagine di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 81: «[L]a Costituzione [...] ha accolto e costituzionalizzato [...] la struttura dualistica, conservando i due ordini di giudici, stabiliti per le decisioni delle liti contro la p.a., e il criterio di ripartizione delle competenze tra di essi basato sul tipo di situazione giuridica lesa (diritti soggettivi ai giudici ordinari, interessi legittimi ai giudici amministrativi)». In tal senso, l'Autore evidenzia come non si tratti «di pura e semplice conservazione», risultando dalla Costituzione «la volontà di affermare con netta decisione la *completa parità e originarietà* dei due ordini di giurisdizione, sgominando ogni residua velleità di fare della giurisdizione amministrativa una giurisdizione minore ed eccezionale rispetto a quella ordinaria».

⁷⁶ Alcuni Autori propendono per un accostamento terminologico tra le espressioni di difetto assoluto di giurisdizione e di eccesso di potere giurisdizionale. Cfr. F. MODUGNO, *Eccesso di potere, III) Eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 3: «[...] per eccesso di potere giurisdizionale s'intende [...] sia l'invasione da parte dei giudici amministrativi o speciali della sfera di attribuzioni

Ora, se l'oggetto della presente analisi ruota intorno alla figura dell'eccesso di potere del giudice amministrativo nell'accezione limitata all'ipotesi di invasione di questi delle prerogative riconosciute (al legislatore o all'amministrazione, sotto una tale prospettiva si deve inscrivere altresì la disamina intorno alla tendenza evolutiva di cui si è innanzi fatto cenno.

In altri termini, al di là del dato puramente definitorio o classificatorio⁷⁷, quello che si vuole analizzare è il modo in cui l'ordinamento ha concepito i rapporti tra giudice amministrativo e amministrazione con riguardo alla specifica categoria dell'eccesso di potere del primo. E ciò, dunque, a prescindere dal fatto che si discorra formalmente di 'difetto assoluto di giurisdizione', di 'rifiuto di giurisdizione', di 'denegata giustizia' (per citare alcune delle figure riconosciute dalla prassi come riconducibili alle questioni di giurisdizione⁷⁸).

riservata ai giudici ordinari o ad altri giudici speciali, sia, viceversa, l'invasione da parte del giudice ordinario della sfera riservata ai giudici amministrativi o speciali (c.d. difetto di giurisdizione-competenza), sia, infine, la invasione da parte dei giudici ordinari o speciali della sfera di attribuzioni riservata alla discrezionalità del complesso Governo-pubblica amministrazione (c.d. difetto assoluto di giurisdizione). Nella terminologia della Cassazione, l'espressione «eccesso di potere giurisdizionale» è specificamente riservata, però, a quest'ultima ipotesi nell'ambito della categoria generica delle «questioni di giurisdizione» [...].

⁷⁷ Per una disamina di tipo tassonomico dei motivi di ricorso avverso le sentenze del Consiglio di Stato *ex* art. 111, comma 8, Cost., diversi dall'eccesso di potere del giudice amministrativo - 'limitato' al caso in cui la decisione giudiziale abbia invaso le prerogative riconosciute al legislatore o alla amministrazione - cfr. gli orientamenti della giurisprudenza delineati nel precedente paragrafo. Cfr., inoltre, i riferimenti alla letteratura scientifica di cui alle precedenti note nn. 66 e 67, nonché alle successive note nn. 78 e 153.

⁷⁸ La ricostruzione dei motivi di giurisdizione sindacabili dinanzi alla Corte di Cassazione ha da sempre suscitato l'interesse della dottrina. La letteratura sul tema è, dunque, alquanto varia. Oltre ai contributi citati nella precedente nota, anche di richiami, n. 66, ci si permette un rinvio a E. CANNADA-BARTOLI, *Sui «motivi attinenti alla giurisdizione»*, in *Foro amm.*, 1963, II, 315 ss.; A. TORRENTE, *Il ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato per motivi attinenti alla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 252 ss.; C. FERRI, *Limiti del controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 357-358; G. ROEHRSEN, *Considerazioni sui conflitti di giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 4, 1093 ss.; V. CAIANIELLO, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, cit.; A. BERLATI, *"Limiti esterni" della giurisdizione amministrativa e ricorso in Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato*, cit.;

Per tale via, nella scelta in ordine alla disamina in questa sede di quella (piuttosto che di un'altra) determinata categoria concettuale, nella sua evoluzione interpretativa, rilievo esclusivo assumerà l'ancoraggio - almeno potenziale - di questa all'istituto dell'eccesso di potere giudiziario (o meglio, all'oggetto in cui esso si sostanzia: l'invasione da parte del giudice amministrativo delle prerogative riconosciute ad altri poteri)⁷⁹. Di conseguenza, esulerà dal presente campo di indagine la trattazione delle linee evolutive che

B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, cit.; R. DIPACE, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, in *Il Libro dell'anno del Diritto 2013*, Roma, 2013, 689 ss.; R. VILLATA, *Sui «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 3, 632 ss., anche in Id., *Scritti in tema di questioni di giurisdizione*, cit., 57 ss.; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, cit.; A. LAMORGESE, *L'eccesso di potere giurisdizionale e il diritto eurounitario*, in *www.questionegiustizia.it*, 18 aprile 2017; Id., *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *www.federalismi.it*, n. 1/2018, 3 gennaio 2018; F. FRANCIOSI, *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, in *Il Libro dell'anno del Diritto 2017*, Roma, 2017, 708 ss.; VERDE, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione*, cit.; A. PANZAROLA, *Il controllo della Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, cit.; 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*, cit.; F. OLLA, *Il sindacato della Corte di Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa e l'interpretazione della legge*, cit.

⁷⁹ E ciò, come detto, a prescindere dal dato nominalistico: cfr., ad esempio, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 349, il quale, nel trattare il tema della c.d. pregiudizialità amministrativa, sembra porre sullo stesso piano le formule del rifiuto di giurisdizione e dell'eccesso di potere giurisdizionale. Afferma l'Autore, invero, che «[A]ttraverso la formula del 'rifiuto di esercitare la giurisdizione' (e poi dell'«eccesso di potere giurisdizionale») una questione che era propriamente di interpretazione della legge veniva così assunta a questione inerente alla giurisdizione». In coerenza con quanto si avrà modo di evidenziare subito nel prosieguo (cfr. *infra*, nota n. 84), appare probabilmente più corretto affermare che la predetta tematica non tocchi propriamente i confini della categoria dell'eccesso di potere del giudice amministrativo nell'accezione, più volta richiamata, 'in senso stretto'. È, invece, evidentemente rilevante ai fini di cui in trattazione il tema della sindacabilità degli errori *in procedendo* o *in indicando* che si fossero sostanziati in un radicale stravolgimento delle norme di riferimento tali da ridondare in denegata giustizia (cfr., *ex plurimis*, Cass. civ. s.u. 14 novembre 2018, n. 29285; Cass. civ. s.u. 29 dicembre 2017, n. 31226; Cass. civ. s.u. 17 gennaio 2017, n. 953; Cass. civ. s.u. 31 maggio 2016, n. 11380; Cass. civ. s.u. 29 febbraio 2016, n. 3915; Cass. civ. s.u. 6 febbraio 2015, n. 2242; Cass. civ. s.u. 5 settembre 2013, n. 20360). Al riguardo, cfr. *infra*, par. 2.3.

L'ordinamento ha registrato con riguardo non solo ai motivi di giurisdizioni non ascrivibili *tout court* all'ambito della categoria dell'eccesso di potere giurisdizionale (si pensi, a titolo esemplificativo, ai vizi di irregolare composizione del collegio giudicante, sempre che si condivida la tesi della loro riconducibilità alle questioni di giurisdizione⁸⁰), bensì altresì a quelli che si pongono comunque, anche se non propriamente *ictu oculi*, rispetto a tale figura in rapporto di estraneità.

Il riferimento principale è al dibattito giurisprudenziale in punto di pregiudizialità amministrativa (oggi definitivamente superato in virtù dell'art. 30 c.p.a.).

In sintesi, in una nota pronuncia del 2008, la Cassazione ha statuito il principio secondo cui «è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere stabilendo attraverso quali forme di tutela esso si estrinseca»⁸¹. Di conseguenza, nel ragionamento della Suprema Corte, rientrerebbe nel sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione «l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, per verificare se il giudice amministrativo non rifiuti lo stesso esercizio della giurisdizione, quando

⁸⁰ Per una analisi della tematica, cfr. F. CARNELUTTI, *Irregolare composizione del collegio giudiziario*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, II, 1 ss.; E. REDENTI, *Vizi di costituzione o composizione del giudice e difetto di giurisdizione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1952, I, 282 ss., anche in Id., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, *Intorno al diritto processuale*, Milano, 1962, 689 ss.; E. GUICCIARDI, *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 469; di recente, P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli, 2016, 147 ss., che analizza il *leading case* del 1952: cfr. Cass. civ. s.u. 11 ottobre 1952, n. 3008, in *Foro it.*, 1952, I, 1321 ss., con requisitoria di E. EULA, con cui la Suprema Corte ha sancito il principio [in massima] secondo cui dalla violazione delle norme organiche, disciplinanti la composizione numerica dell'ufficio giudicante, derivano inesistenza della sentenza e difetto di giurisdizione del giudice. In giurisprudenza, cfr. altresì sul tema Cass. civ. s.u., 12 giugno 1980, n. 3737, in *Foro it.*, 1980, I, 1869 ss.

⁸¹ Cass. civ. s.u. 23 dicembre 2008, n. 30254, che ha preso le mosse dalle tre ordinanze del 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660 e 15 giugno 2006, n. 13911.

assume della norma un'interpretazione che gli impedisce di erogare la tutela per come essa è strutturata, cioè come tutela risarcitoria autonoma»⁸². Date tali premesse, conclude la Corte regolatrice della giurisdizione che una volta proposta al giudice amministrativo domanda autonoma di risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, «è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento»⁸³.

È stato evidenziato in dottrina, tuttavia, che una tale questione «non attiene al riparto di giurisdizione, né ai rapporti fra giurisdizione e amministrazione», bensì «all'interpretazione di regole sostanziali sulla tutela risarcitoria degli interessi legittimi [...]»⁸⁴.

⁸² Cass. civ. s.u. n. 30254/2008, cit.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Così A. TRAVI, *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra le giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2008, III, 4 (se, tuttavia, si ha riguardo a quanto *supra* evidenziato [nota n. 79, che riporta un passaggio in cui lo stesso Autore, nel riferirsi alla questione sulla pregiudizialità amministrativa, dà continuità alle formule del 'rifiuto di esercitare la giurisdizione' e dell'«eccesso di potere giurisdizionale»], sembrerebbe in questa sede che l'Autore sganci la qualificazione formale dell'«eccesso di potere giurisdizionale» dall'oggetto in cui lo stesso propriamente si sostanzia), richiamato da R. VILLATA, *“Lunga marcia” della Cassazione verso la giurisdizione unica*, cit., 14: a quest'ultimo contributo ci si permette di rinviare anche con riguardo ai ricchi contributi bibliografici sul tema ivi contenuti (11 ss., note nn. 27, 29, 30). Più in generale, per una esposizione critica della tesi della riconducibilità della questione della pregiudizialità ai motivi di giurisdizione, cfr. G. VERDE, *L'Adunanza plenaria n. 12/2007 dal punto di vista del processualista*, in *Corr. giur.*, 2008, 6, 879 ss., secondo cui la Cassazione «[H]a torto quando considera come questione di giurisdizione quella relativa alla c.d. pregiudiziale amministrativa, che non attiene a un problema di riparto, ma alla individuazione dei presupposti della tutela, che ciascun giudice è libero di individuare in piena autonomia» (881). Espone le sue criticità al riguardo altresì A. LAMORGESE, *Riparto della giurisdizione e pregiudizialità amministrativa: le Sezioni Unite non convincono*, in *Urb. app.*, 2006, 10, 1175 ss., secondo cui «la Suprema Corte, pur di seguire (nella sostanza) la tesi amministrativistica che attribuisce la giurisdizione al g.a. [...], è disposta a forzare

Una perimetrazione del campo di analisi nei termini surriferiti, se da un lato consente di mantenere una prospettiva di ricerca coerente con i fini prefissati in una materia connotata da un forte rischio di generalizzazioni, dall'altro non priva di interesse il piano epistemologico dell'indagine.

È proprio con riguardo alla figura dell'eccesso di potere del giudice amministrativo che la tendenza evolutiva a cui si è fatto innanzi cenno ha assunto (ed evidentemente continua ad assumere) contorni peculiari: la Corte regolatrice della giurisdizione è, invero, qui chiamata a penetrare l'essenza stessa - il 'cuore' - delle valutazioni del giudice amministrativo⁸⁵. E divengono tali

l'interpretazione dell'art. 111, ult. co., Cost. [...] e si dichiara competente a giudicare sostanzialmente nel merito (ed a cassare) le decisioni del Consiglio di Stato di cui non condivide (seppure a ragione) una soluzione interpretativa da esso accolta. Se il Consiglio confermerà in futuro la teoria della pregiudizialità verrebbe nella sostanza (secondo la Suprema Corte) a rifiutare l'esercizio della giurisdizione ad esso invece attribuita, con l'effetto di giustificare il sindacato ai sensi dell'art. 362, comma 1, c.p.c.» (1181). Critico è altresì R. ORIANI, *È possibile la «translatio iudicii» nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2007, I, 1013 ss., il quale sottolinea che in una simile fattispecie «non c'è alcun motivo di giurisdizione che possa giustificare il ricorso per cassazione», concludendo che «l'orientamento si rivela del tutto inaccettabile» (1025). Si auspica che «le Sezioni Unite - quando sussiste la giurisdizione amministrativa di legittimità, di merito o esclusiva - non intendano sindacare le modalità di esercizio di tale giurisdizione, eccedendo i poteri attribuiti dall'art. 111, ottavo comma, della Costituzione», L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, 5, 705 ss., 717: riferendosi proprio alle «celebri» ma «non condivise» sentenze n. 30254/2008 (di cui si va qui discorrendo) e n. 736/2012 (ma con riguardo a quest'ultima, cfr. *infra*), l'Autore sottolinea che «[T]alvolta, le Sezioni Unite hanno sindacato i cd limiti interni della giurisdizione, al di là di quanto consentito dall'art. 111, ottavo comma» (717).

⁸⁵ Cfr. l'analisi di G. VERDE, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione*, cit., 375, il quale, dopo aver dato atto di come la Suprema Corte ritenga di poter sindacare *ex art.* 111, comma 8, Cost., «a) se il giudice amministrativo avesse il potere di decidere; b) se avesse il potere di decidere nel merito; c) se sia incorso in valutazioni che spettano in esclusiva all'amministrazione (eccesso di potere giurisdizionale)», evidenzia che «altro è che la Suprema Corte controlli se un giudice abbia invaso la sfera di attribuzioni di un diverso giudice, così risolvendo un conflitto tra giudici di diverso ordine, altro è che la Corte verifichi se la situazione giuridica soggettiva sia tutelabile ed in quale modo sia tutelabile dinanzi ad un giudice determinato. La Corte, così operando, dilata il concetto di giurisdizione - tradizionalmente intesa, anche all'epoca della

contorni oltremodo particolari con riferimento a quella specifica ipotesi di eccesso di potere del giudice amministrativo che si rinviene nella pratica dello sconfinamento nelle prerogative dell'amministrazione⁸⁶, in cui oggetto di scrutinio è l'ampiezza e la portata dei poteri del giudice così come in concreto esercitati rispetto a quelli al medesimo spettanti per legge⁸⁷. Ciò spiega il motivo per cui l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in tema di questioni di giurisdizione *ex art. 111, comma 8, Cost.* ha riguardato in modo precipuo l'individuazione dell'esatta portata di tale sconfinamento.

Di siffatto percorso evolutivo, e delle ragioni alla base dello stesso (particolarmente rilevanti sol che si consideri il mancato mutamento del diritto positivo), si intende procedere ora a delineare i tratti essenziali.

2.1. (Segue) *L'impostazione originaria. La tendenza interventista della Cassazione. Ragioni giuridiche (e pre-giuridiche).*

Nei suoi *Principi fondamentali di diritto amministrativo*, Romagnosi riconduceva l'incompetenza dei funzionari e dei magistrati a «tre modi principali»: l'usurpazione di un potere riservato ad un altro funzionario o

Costituente, come sfera di attribuzioni di un giudice di un determinato ordine - penetrando nel cuore delle valutazioni che ciascun giudice fa nell'ambito delle attribuzioni assegnategli. L'Autore in tal senso osserva che «[N]ei tre casi sopra ricordati [...] la Suprema Corte viene a controllare il *quomodo* del concreto esercizio della giurisdizione da parte del giudice amministrativo».

⁸⁶ Come fin dall'inizio rimarcato, il presente lavoro si incentra proprio su tale figura, mentre sarà oggetto di una trattazione specifica - anche se condotta in continuità con la categoria generale di riferimento - la fattispecie dello sconfinamento giudiziale nei poteri legislativi, che si innesta in uno scenario non meno peculiare (cfr. *infra*, cap. 2, par. 4).

⁸⁷ Con riguardo al «vizio di sconfinamento nel campo dei poteri dell'amministrazione», osserva che «[Q]ui l'ipotesi più importante è quella dell'uso da parte del giudice (normalmente, il giudice amministrativo) di potere di cognizione e/o di decisione più ampi o diversi da quelli ad esso attribuiti dalla legge [...]» M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 179.

gerarchia, «[...] lochè appellasi *eccesso di potere* [...]»; l'aver denegato l'esercizio del potere commesso nei casi in cui la legge obbliga il magistrato a prestarlo, per il pubblico o per il privato interesse; l'esercizio della «[...] propria autorità nelle materie proprie, ma eccedendo la *misura* o i limiti imposti all'esercizio stesso dalla legge»⁸⁸.

L'idea che fattispecie di usurpazione di poteri diversi configurassero violazioni dell'ordine giuridico ha, dunque, preceduto di gran lunga l'elaborazione dogmatica dell'eccesso di potere (giudiziario) sviluppata nella vigenza della legge sui conflitti del 1877⁸⁹.

⁸⁸ G.D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Milano, 1837, 140. L'Autore definiva *eccesso di potere* tra funzionari una forma di incompetenza (che si sostanziava, appunto, nella usurpazione di un potere riservato ad un altro funzionario ovvero ad una gerarchia diversa), a sua volta qualificata come *di attribuzione*, a differenza della incompetenza *di giurisdizione*, che si verificava «[...] entro i gradi della stessa gerarchia, come sarebbe fra un giudice ed un tribunale, fra un tribunale ed una corte: pariment[e] fra un funzionario o un corpo amministrativo, ed un altro funzionario od altro corpo amministrativo, come fra un prefetto ed un consiglio di prefettura, fra questi e il consiglio di stato» (9).

⁸⁹ Cfr. quanto riportato nel 1892 da A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, cit., 2569-2570: «[S]ino alla recente riforma del Consiglio di Stato, la legislazione italiana non conteneva alcun precetto il quale potesse efficacemente promuovere o secondare un'estensione del concetto di eccesso di potere analoga a quella compiuta dalla giurisprudenza amministrativa francese. Non mancava, però, qualche testo in cui l'espressione veniva usata nel senso più antico, né soprattutto v'era difetto di norme legislative alle quali, senza che esse ne parlassero, pur si riannodava l'idea originaria di eccesso di potere. Simili addentellati si trovano già, com'è naturale, sin nello statuto fondamentale del 1848, ove di poteri si parla nel senso stesso in cui ne discorreva la teoria costituzionale, cui è dovuto il più antico concetto dell'eccesso. Nei responsi giudiziari, che si riannodano direttamente allo statuto, l'espressione eccesso di potere viene usata nel suo significato più antico, tutte le volte che si tratta di mantenere o di riaffermare la distribuzione della potestà pubblica sancita nella carta costituzionale. Né diversamente parlano dell'eccesso di potere le sentenze le quali, anziché allo statuto, si riannodano immediatamente a leggi, che come quella sui conflitti del 1859 e quella sul contenzioso del 1865, non fanno espressa menzione di quella figura giuridica, ma regolando le relazioni fra diverse autorità, la presuppongono e la specificano». L'Autore dà quindi atto di alcune massime giurisprudenziali in materia, come quella secondo cui l'autorità giudiziaria trascende il proprio mandato, commettendo eccesso di potere, quando giudichi in ordine alla bontà o alla giustizia della legge che deve limitarsi ad applicare [richiamando C.A. Brescia, 28

L'elaborazione dell'istituto nel suo significato di sconfinamento del giudice amministrativo nelle prerogative spettanti al legislatore o all'amministrazione ha, comunque, trovato l'avallo della giurisprudenza dalla metà degli anni Venti del secolo scorso⁹⁰.

Al riguardo⁹¹ si possono richiamare (tra l'altro) le osservazioni di Ranalletti, il quale, in uno scritto del 1934, sottolineava che il significato di

giugno 1869], o quella che riscontra eccesso di potere qualora il giudice oltrepassi i confini a questi assegnati dalla legge, ovvero assuma le funzioni di legislatore creando disposizioni inesistenti, o invada il campo della giurisdizione amministrativa [richiamando Cass. Roma 18 marzo 1876].

⁹⁰ Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ. s.u. 10 ottobre 1924, citata da L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, cit., 304 ss., che ha annullato per eccesso di potere una decisione del Consiglio di Stato sull'assunto che tale organo avesse approntato una inesatta interpretazione di una norma, in questo modo sottraendo, nel caso di specie, il giudizio al potere discrezionale della pubblica amministrazione. Cfr. altresì Cass. civ. s.u. 21 gennaio 1928, cit., le cui statuizioni sono *supra* richiamate, in corrispondenza della nota n. 45. E ancora, Cass. civ. s.u. 10 aprile 1928, in *La Corte di Cassazione. Raccolta della giurisprudenza delle Sezioni civili e delle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione del Regno*, Milano-Roma, 1929, 546 ss., che sancisce l'impugnabilità in Cassazione della decisione del Consiglio di Stato «[...] che, annullando un atto amministrativo emanato in materia di apprezzamento discrezionale, abbia tenuto per base un concetto errato di eccesso di potere e tale da implicare una indagine di merito sull'atto stesso [...]» [principio in massima]. Secondo Cass. civ. s.u. 15 gennaio 1931, in *Foro it.*, 1931, I, 1222 ss., è viziata di eccesso di potere la decisione del Consiglio di Stato che, in sede di legittimità, esamini il merito del provvedimento [principio in massima]. Cfr., poi, Cass. civ. s.u. 15 maggio 1934, *ivi*, 1934, I, 1423 ss., secondo cui il vizio di eccesso di potere, sindacabile dinanzi alle Sezioni unite della Cassazione avverso decisioni delle giurisdizioni speciali, ricorre quando il giudice eserciti una facoltà riservata ad organi legislativi ed amministrativi, ovvero una potestà non consentita ai pubblici poteri [principio in massima]; Cass. civ. s.u. 28 febbraio 1935, *ivi*, 1935, I, 671 ss., secondo cui l'eccesso di potere giurisdizionale si configura in caso di esercizio da parte di un organo di giurisdizione di una potestà riservata ad un differente organo di sovranità, usurpandone le funzioni, ovvero qualora eserciti una potestà non attribuita dall'ordinamento giuridico ad alcun organo del pubblico potere [principio in massima]. Non è, invece, censurabile per eccesso di potere la decisione del Consiglio di Stato che, potendo giudicare nel merito, si limiti ad esercitare, sul provvedimento impugnato, una giurisdizione di sola legittimità: in questo senso Cass. civ. s.u. 18 dicembre 1930, cit. [principio in massima].

⁹¹ Cfr. sul punto l'analisi di L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, cit., 267 ss. L'Autore ricostruisce le fasi

‘eccesso di potere’ di cui alla legge del 1877, inteso come invasione da parte del giudice speciale della sfera di competenza di un’ autorità di ordine diverso, legislativo o amministrativo (di «amministrazione attiva»), era stato recepito dalla «giurisprudenza più recente della nostra Cassazione», al contrario di quella più antica secondo cui il ricorso per nullità in Cassazione era, invece, ammesso solo contro la sentenza di un giudice speciale che avesse invaso il campo di competenza del giudice ordinario⁹². Tale opinione, a detta dell’Autore, «non poteva essere mantenuta», in quanto, peraltro, neanche era rispondente alla

caratterizzanti la giurisprudenza della Corte di Cassazione: questa, partendo «[D]a un minimo di sindacato in estensione e, insieme, un massimo di intensità [...] mostrò una tendenza sempre più avvertita a penetrare nell’intrinseco delle decisioni del Consiglio di Stato» (267). In tal senso, nel contributo di Cristofanetti si dà atto di come in una prima fase la Cassazione esercitasse il suo controllo a tutela della sola competenza dell’autorità giudiziaria ordinaria, e non per regolare le attribuzioni tra i giudici speciali e tra questi e l’amministrazione attiva. L’Autore evidenzia che la giurisprudenza di allora della Cassazione, «[...] pur ristretta in estensione, tuttavia, di fronte alla IV Sezione, giurisdizionale, del Consiglio di Stato, si rilevò subito molto penetrante in profondità, nel senso che scorse questioni di diritto, vero e proprio, là dove il ricorso alla IV Sezione e la decisione di questa avevano, rispettivamente, dedotto in giudizio, chiedendo l’annullamento dell’atto amministrativo, e deciso questioni involventi unicamente violazione di norme obiettive di corretta amministrazione e dalle quali il privato poteva dedurre e far valere unicamente un interesse legittimo» (269). Lo Studioso richiama, poi, la giurisprudenza della Corte di Cassazione sui ricorsi dei contribuenti in materia di sovrainposte fondiarie, sottolineando come questo fosse «[...] il caso più tipico di *penetrazione* dell’organo supremo regolatore delle competenze e delle attribuzioni nell’intrinseco dell’attuazione delle attribuzioni di un Collegio investito esso solo di un potere, che non rinviene limite di tempo al suo esercizio, limite, che, al più, avrebbe potuto stabilirsi soltanto dal Collegio stesso come conseguenza delle ampie facoltà di merito, analoghe o simili a quelle dell’amministrazione attiva» (287). Dell’ultima fase l’Autore dà (infine) atto in questi termini: «[U]n’ulteriore ed ultima fase della giurisprudenza della Corte di Cassazione si rinviene in ciò che [...] sotto colore di eccesso di potere (giurisdizionale) o di difetto di giurisdizione si censurano e si annullano decisioni del Consiglio di Stato, le quali - nella interpretazione di norme di condotta dell’amministrazione o nell’accertare verificatosi nel provvedimento amministrativo impugnato l’eccesso di potere (amministrativo) di che all’art. 26 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054, nei suoi vari aspetti di sviamento di potere sieno venute a menomare - almeno indirettamente - la sfera di determinazione e di attività concreta dell’amministrazione» (292).

⁹² O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit., 526.

lettera della legge, non potendosi, per il tramite di questa, approntare una spiegazione sufficiente delle espressioni ‘incompetenza’ o ‘eccesso di potere’⁹³.

In tal senso, sull’assunto che la giurisdizione ordinaria e quella speciale fossero entrambe giurisdizioni, Ranalletti evidenziava come il vizio di una sentenza di un tribunale speciale, che avesse invaso il campo di competenza del giudice ordinario, costituisse un caso di *incompetenza*; per la medesima ragione, tuttavia, egualmente di *incompetenza* doveva discorrersi in caso di vizio di una sentenza di una giurisdizione speciale che avesse invaso la sfera di competenza di un’altra giurisdizione speciale⁹⁴.

In questo modo - rimarcava l’Autore - «rimaneva senza contenuto e senza possibile applicazione» la formula ‘eccesso di potere’: per conferire a questo termine un contenuto proprio, occorreva allora includere nella disposizione della legge altresì l’ulteriore caso della sentenza del giudice speciale che avesse invaso la sfera di attribuzione del potere amministrativo o legislativo, e ciò secondo l’originario significato dell’espressione «eccesso di potere»⁹⁵.

Tanto considerato, nel richiamare il principio giurisprudenziale secondo cui è viziata da ‘difetto assoluto di giurisdizione’⁹⁶ la decisione con cui il Consiglio di Stato eserciti un sindacato di merito in una materia soggetta soltanto ad un sindacato di legittimità, la dottrina ha evidenziato come la Cassazione finisse per attribuirsi «un potere molto delicato»⁹⁷.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Sul significato di tale formula - presente nella legge del 1907 e poi confluita nell’art. 48 del Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato del 1924 - e precedentemente di quella di ‘incompetenza od eccesso di potere’ di cui alla legge sui conflitti del 1877, cfr. *supra*, par. 1.

⁹⁷ B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, cit., 1568. L’Autore richiama le statuizioni, tra le altre, di Cass. civ. s.u. 21 gennaio 1928, cit. (cfr. *supra*, par. 1, in corrispondenza della nota n. 45).

Ciò in quanto la definizione dei contorni del sindacato di merito rispetto a quelli propri della giurisdizione di legittimità era (e continua ad essere) questione oltremodo annosa⁹⁸, soprattutto se si considera l'eccezionalità della giurisdizione di merito.

Ranelletti evidenziava come il sindacato giurisdizionale dell'attività dell'amministrazione assumesse, nella giurisdizione di merito, una profondità maggiore di quello che normalmente si rinviene con riguardo agli atti giuridici privati⁹⁹. L'Autore osservava, in tal senso, che, se nei rapporti tra privati, di regola, le questioni di opportunità, giustizia, convenienza, ecc. degli atti privati non sono considerate dal diritto, nella giurisdizione amministrativa di merito il giudice può non solo conoscere della controversia in ogni questione di fatto e di diritto, ma altresì conoscere del *merito* dell'atto amministrativo impugnato, ovvero della sua convenienza, opportunità, ecc. (sempre che si tratti di materia in cui l'amministrazione eserciti un potere discrezionale)¹⁰⁰.

Nel pensiero del Giurista, dunque, la eccezionalità di tale giurisdizione è ricollegabile alla circostanza che vengono qui riconosciuti al giudice poteri «[...] che eccedono i limiti normali della funzione della giurisdizione»¹⁰¹.

⁹⁸ Cfr. M. D'AMELIO, S. ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, cit., 183, che evidenziano come «[...] possa talvolta presentarsi dubbio se l'indagine compiuta a proposito di un determinato atto sia rimasta nell'ambito del giudizio di legittimità o sia entrata in quello del giudizio di merito», e che una tale valutazione risulta quasi sempre «difficilissima», rendendo possibile «una diversità di apprezzamento, la quale non tocca affatto i principi».

⁹⁹ O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit., 437.

¹⁰⁰ *Ivi*, 436-437. L'Autore rimarcava, invero, che «[...] nei rapporti giuridici privati, anche nei riguardi con la pubblica amministrazione, il giudice non può conoscere del *merito* dell'atto, del quale si discute, ad es. di un contratto, di un testamento, cioè della sua convenienza economica, della sua giustizia, della sua equità e simili, salvo che la legge espressamente gli conferisca tale potere, così, ad es., nelle giurisdizioni di equità [...]» (436).

¹⁰¹ *Ivi*, 437. Sottolineava al riguardo Ranelletti che «nella cognizione della controversia, [il giudice, ndr] giunge a sindacare il *merito* stesso dell'azione amministrativa; nella decisione, a sostituire la volontà sua a quella dell'autorità amministrativa, dando con la decisione [...] quei

Ora, poiché il sindacato della Corte di Cassazione ha assunto *in subiecta materia* sin dalle origini contorni molto penetranti¹⁰², è giocoforza evidenziare come il rischio di un tale *modus operandi* del giudice dei conflitti sia in ciò, che sotto l'egida dell'eccesso di potere giudiziario questi limitasse di fatto il controllo giurisdizionale del Consiglio di Stato sull'azione amministrativa¹⁰³.

provvedimenti, che egli ritiene convenienti e che, a suo avviso, avrebbe dovuto prendere in quel caso l'amministratore, se avesse agito correttamente. È naturale, quindi, che la competenza del giudice amministrativo, in questa giurisdizione, sia stabilita solo per via di enumerazione, che è tassativa» (437-438).

¹⁰² Cfr. L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, cit., 221-222, secondo cui «Non è [chi scrive, ndr] lontano dall'ammettere che il Consiglio di Stato in qualche caso abbia errato, bensì sempre o quasi sempre [...] nei limiti della propria competenza. Ma deve pur riconoscersi che la Corte di Cassazione, - pur giudicando bene o in modo molto apprezzabile, se avesse avuto una potestà di revisione completa o di merito, quella potestà di revisione che nei giudizi ordinari si suole denominare giudizio di secondo grado o di appello, o anche solo giudizio di legittimità - nelle sentenze che saranno prese in esame non si è attenuta, pressoché mai, esorbitandone, ai limiti delle sue attribuzioni, quali sono disciplinate, in genere, dalla legge sui conflitti del 31 marzo 1877 e dall'art. 48 della legge sul Consiglio di Stato (T.U. 26 giugno 1924, n. 1054), ferendo e mortificando per tal modo quella che è l'essenza, la ragion d'essere degli istituti della giustizia amministrativa». In un altro passaggio dello stesso contributo, l'Autore osserva che «[...] con la giurisprudenza sulle sovrimposte l'antica Cassazione Romana portò ai supremi vertici la penetrazione e il sindacato sull'esercizio delle attribuzioni spettanti al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale. [...] questa intenzione di erigersi non esclusivamente a regolatrice della competenza, ma a sindacatrice del modo di esercizio di essa - pur nell'ambito delle facoltà spettanti al Consiglio di Stato - è manifesta ed è anzi esplicitamente dichiarata: come anche si avverte il desiderio, non già di limitarsi a interpretare propriamente e correttamente la legge, quanto di volere modificarla, mostrandone in sostanza gli inconvenienti» (290-291).

¹⁰³ Dà atto della «preoccupazione che la Cassazione potesse arrestare la tendenza del giudice amministrativo ad operare un controllo sostanziale dell'attività amministrativa mediante il sindacato sull'eccesso di potere» B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, cit., 1568. L'Autore evidenzia come tale preoccupazione abbia ispirato l'intervento di Ranalletti (*Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale*), di cui si dirà appresso, «[...] risultato poi decisivo per la formazione della giurisprudenza della Cassazione in materia». Un accenno - seppur solo per escluderla - alla questione (del rischio) della mancata distinzione da parte della Cassazione tra eccesso di potere giurisdizionale e eccesso di potere amministrativo, è compiuto altresì da L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del*

Molto spesso, infatti, la Cassazione procedeva ad annullare una decisione del giudice amministrativo sul rilievo che quest'ultimo avesse approntato una valutazione di elementi riservati alla discrezionalità dell'amministrazione - in questo modo 'sconfinando' dai limiti propri della sua giurisdizione di legittimità - in fattispecie in cui, tuttavia, una tale invasione era difficilmente configurabile.

Ad essere fumoso era, invero, lo stesso confine tracciato dalla Cassazione tra discrezionalità (sindacabile *sub specie* di eccesso di potere amministrativo nell'ambito della giurisdizione di legittimità) e merito (insindacabile)¹⁰⁴.

Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione, 293: «[...] dobbiamo ora esaminare alcuni casi singoli, in cui, non diremo che la Corte regolatrice, nei riguardi di decisioni del Consiglio di Stato, si sia dimenticata della distinzione fra eccesso di potere giurisdizionale ed eccesso di potere amministrativo, più volte da essa - in principio - proclamata o, in massima, si sia dimenticata della distinzione fra violazione di norme di competenza e le altre norme giuridiche (*violazione di legge*), ma in cui la Corte di cassazione è uscita dai tassativi confini delle sue attribuzioni, indagando, se il Consiglio di Stato - nell'esercizio della propria competenza giurisdizionale-amministrativa - consistente nella interpretazione ed applicazione delle leggi, che l'amministrazione ha applicato o doveva applicare nel suo provvedimento impugnato, e nella cognizione dell'eccesso di potere, a' termini dell'art. 26 della legge (T.U.) 26 giugno 1924, n. 1050 - abbia diminuito la sfera libera d'azione dell'autorità amministrativa, abbia arrecato o sembrato arrecare una non consentita diminuzione di facoltà discrezionali alla pubblica amministrazione».

¹⁰⁴ Cfr. altresì M. D'AMELIO, S. ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, cit., 182 ss., secondo cui: «se è pacificamente escluso che l'eccesso di potere amministrativo possa direttamente, in sé e per sé, formare oggetto di esame delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, è questione molto difficile e delicata se queste possano indirettamente compiere tale esame». Dopo aver rimarcato che le decisioni del Consiglio di Stato sono ricorribili in Cassazione per assoluto difetto di giurisdizione, gli Autori evidenziano come la Suprema Corte abbia ritenuto tale vizio sussistente non solo quando la materia non rientri affatto nella giurisdizione dell'organo, ma anche qualora quest'ultimo, nell'indagare la legittimità dell'atto amministrativo, abbia oltrepassato i limiti consentiti alla sua potestà giurisdizionale. In tal senso, gli stessi Autori rappresentano che le Sezioni unite hanno spesso avuto modo di statuire in merito ai limiti dell'indagine compiuta dal Consiglio di Stato nei singoli casi, e ciò al fine di dichiarare la nullità di un atto amministrativo per eccesso di potere. Nel delineare sinteticamente i tratti dell'eccesso di potere amministrativo - oggetto del controllo del Consiglio di Stato nell'ambito del giudizio di legittimità - nonché nell'evidenziare come un tale giudizio risulti fondamentalmente diverso da quello di merito, gli Autori sottolineano, per tale via, come la valutazione in ordine al se l'indagine su un determinato atto sia rimasta confinata nell'ambito del giudizio di legittimità o sia entrata nel giudizio di merito risulti oltremodo difficile (182-183).

Si può portare l'esempio di una pronuncia delle sezioni unite della Cassazione¹⁰⁵ annotata da Ranelletti, in cui l'Autore ha evidenziato come dalle motivazioni della decisione paresse che la Suprema Corte avesse ritenuto non sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità una facoltà discrezionale dell'amministrazione, sull'assunto che la valutazione di elementi riservata ai poteri discrezionali dell'autorità costituisse valutazione di merito del provvedimento stesso¹⁰⁶.

Ed effettivamente la sentenza in esame, nel riferirsi alle facoltà discrezionali spettanti nel caso di specie alla amministrazione, espressamente le qualificava come insindacabili in sede giurisdizionale: «[I]nvero non è a dubitare che all'amministrazione spettò, nella materia di cui all'articolo [...], una facoltà discrezionale di procedere agli opportuni accertamenti e provvedere con le cautele che stimi convenienti ai fini della sicurezza e continuità dell'esercizio [...] sottoposto alla sua vigilanza. Questa facoltà discrezionale, come tale insindacabile in sede giurisdizionale, il Ministero esercitò [...].»¹⁰⁷.

A prescindere dalla constatazione di Ranelletti secondo cui, nel caso di specie, pareva piuttosto non trattarsi di provvedimento discrezionale¹⁰⁸, il

Concludono, tuttavia, che non deve ravvisarsi «[...] nelle Sezioni Unite un qualsiasi accenno a tendenza limitatrice del vasto campo del controllo di legittimità del Consiglio di Stato», e che (anzi) in talune pronunce «sono nettamente riaffermate la vastità di tale controllo e la necessità di questo in relazione all'aumento sempre crescente dei poteri discrezionali dell'amministrazione, che esige un correlativo funzionamento dei freni e dei limiti a tali poteri, nell'interesse medesimo degli enti pubblici» (184).

¹⁰⁵ Si tratta di Cass. civ. s.u. 21 gennaio 1928, cit.

¹⁰⁶ O. RANELLETTI, *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1928, II, 69 ss. anche in Id., *Scritti giuridici scelti*, II, *La giustizia amministrativa*, Napoli, 1992, 165 ss., 170.

¹⁰⁷ Cass. civ. s.u. 21 gennaio 1928, cit.

¹⁰⁸ Sul punto Ranelletti (Id. *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, cit., 173-174) mette in luce come la doglianza riguardasse un provvedimento emanato senza l'osservanza di una condizione avente ad oggetto

medesimo Autore, dopo aver delineato i tratti distintivi di legittimità e merito¹⁰⁹, ha sottolineato come il giudizio di legittimità dinanzi al giudice amministrativo dovesse ritenersi ammesso anche contro gli atti amministrativi discrezionali, ciò risultando dalle ragioni e dagli scopi della riforma del 1889, così come dalla storia della riforma, e desumendosi «dal concetto della stessa materia, che è propria della giurisdizione amministrativa, cioè dell'*interesse legittimo*, poiché questo, nella figura del diritto affievolito, si ha proprio quando l'amministrazione, di fronte alla pretesa individuale, ha un potere discrezionale»¹¹⁰. Ha rimarcato, dunque, Ranelletti, che «*soprattutto e propriamente* contro gli atti discrezionali della pubblica amministrazione deve ritenersi istituito il giudizio amministrativo di legittimità», e che, nel caso di specie, decidendo sul provvedimento impugnato, il Consiglio di Stato «rimaneva nei limiti dei poteri ad esso spettanti nel giudizio di legittimità»¹¹¹.

In altre fattispecie veniva in rilievo quella tendenza della Corte di Cassazione ad annullare le decisioni del giudice speciale per eccesso di potere giurisdizionale sul presupposto che il Consiglio di Stato avesse sostanzialmente approntato una inesatta interpretazione della legge, in questo modo ledendo (a detta della Suprema Corte) le prerogative discrezionali della pubblica amministrazione¹¹².

«[...] un fatto di esistenza certa, indipendente da qualunque apprezzamento subiettivo, e di cui l'adempimento o meno poteva accertarsi, senza d'uopo di apprezzamento di interessi collettivi».

¹⁰⁹ La tematica sarà oggetto di particolare attenzione nei prossimi capitoli.

¹¹⁰ O. RANELLETTI, *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, cit., 172.

¹¹¹ *Ivi*, 172-173.

¹¹² Si veda Cass. civ. s.u. 10 ottobre 1924, cit., riportata da L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, 300 ss., 304 ss., il quale sottolinea criticamente come tale decisione abbia destato meraviglia e sorpresa negli ambienti giuridici, in quanto, in una materia in cui il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale era manifestamente competente (trattandosi di ricorso contro un provvedimento amministrativo nonché di ricercare se l'amministrazione, nel procedere e provvedere riguardo ad un concorso

Oltremodo criticata è stata, poi, una sentenza della Corte di Cassazione che ha cassato la decisione con cui il Consiglio di Stato aveva richiesto al Ministero della guerra la produzione di atti e documenti relativi agli avvenimenti della carriera di un generale dell'esercito, e ciò riservata ogni pronuncia rispetto al dedotto eccesso di potere lamentato dall'ufficiale in ragione della ritenuta contraddittorietà del provvedimento di esclusione dall'avanzamento di carriera con i precedenti giudizi di idoneità espressi dalla commissione¹¹³.

La Suprema Corte, dopo aver osservato (questa volta) come in dottrina e in giurisprudenza non si dubitasse più della impugnabilità per eccesso di potere degli atti discrezionali¹¹⁴ (anche nell'ambito dell'attività 'tecnica'), chiariva che, poiché nel caso di specie mancava ogni mezzo per rilevare la contraddittorietà alla base del motivo di eccesso di potere, il Consiglio di Stato aveva, con le indagini disposte, «[...] deviato fatalmente in una questione di merito»¹¹⁵. Per la Cassazione, infatti, non era lecito, nella fattispecie, rifare il

per funzionari pubblici avesse interpretato bene o male la legge), si era intromessa la Cassazione intravedendo un eccesso di potere giurisdizionale, laddove si trattava di mera interpretazione e applicazione di legge (307). *Contra* cfr. *ex plurimis* Cass. civ. s.u. 8 luglio 1918, in *Foro it.*, 1918, I, 1105 ss., secondo cui non costituisce vizio di incompetenza o di eccesso di potere la erronea interpretazione, da parte di un giudice speciale, delle norme giuridiche delle quali gli è attribuita l'applicazione [principio in massima]; cfr., per la giurisprudenza successiva, Cass. civ. s.u. n. 2543/1954, cit., secondo cui il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato non si estende alle violazioni o false applicazioni della legge; e ancora, Cass. civ. s.u. 24 settembre 1959, n. 2608, in *Foro it.*, 1960, I, 580 ss., che ricomprende, nei motivi attinenti alla giurisdizione, qualsiasi errore connesso al potere di giudicare del giudice speciale, tanto se questi abbia pronunciato senza averne la potestà, quanto se abbia ommesso di pronunciare pur avendone la facoltà, di conseguenza non rientrando fra tali motivi l'errore nella interpretazione di una legge, sia formale sia sostanziale, da parte del giudice amministrativo [principio in massima].

¹¹³ Cass. civ. s.u. 10 aprile 1928, cit.

¹¹⁴ Al riguardo, nella pronuncia in esame la Cassazione ha rilevato che «[A]nzi dato che con la civiltà crescono sempre più i bisogni collettivi da soddisfare e con questi aumentano logicamente i poteri discrezionali dell'amministrazione, devono funzionare correlativamente i freni ed i limiti a tali poteri nell'interesse medesimo degli enti pubblici, che più agiscono conformemente al diritto e meglio raggiungono i propri fini».

¹¹⁵ Cass. civ. s.u. 10 aprile 1928, cit.

giudizio di merito, risultando di conseguenza «impossibile riconoscere [...] l'eccesso di potere senza la supposizione arbitraria nella commissione di moventi inconciliabili con l'interesse pubblico»¹¹⁶.

Come prontamente evidenziato in sede di commento della sentenza, nell'occasione è stata annullata per eccesso di potere giurisdizionale una decisione del Consiglio di Stato non perché quest'ultima avesse usurpato un potere, ma nella previsione che una ulteriore decisione avrebbe potuto trascendere la propria competenza¹¹⁷.

Sulla stessa scia è stato da un Autore osservato come nel caso di specie la deviazione fosse piuttosto nella pronuncia delle Sezioni unite, che avrebbero «sfiorato, se non addirittura toccato il merito del giudizio che si svolge dinanzi al Consiglio di Stato», ritenendo di riscontrare una ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale in una «sentenza meramente istruttoria», che non conteneva alcun elemento che potesse far pensare «all'intendimento di superare i limiti della legittimità»¹¹⁸. Nel pensiero del medesimo Autore, invero, le Sezioni unite avrebbero fatto un «processo alle intenzioni del giudice amministrativo», neppure, forse, rendendosi conto «che limitare i poteri istruttori di questo giudice [...] equivale a togliere al medesimo ogni arma utile per individuare le forme più gravi e più subdole di illegittimità della p.a. [...]»¹¹⁹.

Nonostante, quindi, la Cassazione abbia, in talune circostanze, riconosciuto lo spazio d'azione del giudice amministrativo¹²⁰, sostanzialmente

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ Così L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, cit., 353, che parla di «processo alle intenzioni che la Corte suprema così istituisce».

¹¹⁸ I rilievi sono di G. ROEHRSEN, *Considerazioni sui conflitti di giurisdizione*, cit., 1108-1109.

¹¹⁹ *Ivi*, 1109.

¹²⁰ Cfr. *ex plurimis* Cass. civ. s.u. 13 giugno 1940, n. 1948, in *Foro it.*, 1941, I, 407 ss., secondo cui non è inficiata da eccesso di potere giudiziario la decisione del Consiglio di Stato in sede di legittimità che compie un riesame del contenuto sostanziale del provvedimento, agli

non pervenendo, rispetto alla pronuncia di questi, ad un riesame della controversia del caso di specie, la sopra ricordata tendenza ad un controllo pregnante delle decisioni del Consiglio di Stato rimaneva di fatto una costante nella prima giurisprudenza sull'eccesso di potere giurisdizionale¹²¹.

effetti dell'accertamento in ordine al se l'atto amministrativo sia viziato da eccesso (per sviamento) di potere [principio in massima]; per Cass. civ. s.u. 24 marzo 1939, n. 978, *ivi*, 1939, I, 529 ss., non esorbita dai limiti del sindacato di legittimità (non essendo dunque viziata da difetto assoluto di giurisdizione) la decisione del Consiglio di Stato che, pronunciando sull'impugnativa dei risultati di un concorso a pubblico impiego, li abbia riesaminati sotto il profilo dell'eccesso di potere in cui sia incorsa l'amministrazione, violando o applicando erroneamente i criteri dalla legge o dall'amministrazione stessa fissati per la classificazione dei titoli, o, ancora, abbia sindacato l'operato della Commissione che riconobbe o disconobbe l'attendibilità di alcuni titoli o che abbia motivato più o meno sufficientemente [principio in massima]; cfr. altresì Cass. civ. s.u. 28 maggio 1936, n. 1843, *ivi*, 1936, I, 1134 ss., secondo cui è infondata la censura di difetto assoluto di giurisdizione rispetto ad una pronuncia del Consiglio di Stato che abbia ammesso una domanda di revocazione, in seguito a nuove risultanze decisive per il fondamento dell'atto amministrativo con precedente decisione confermato: in tal senso, esorbita dal sindacato consentito alla Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale l'accertare se, in concreto, ricorressero gli estremi della revocazione [principio in massima]; Cass. civ. s.u. 15 gennaio 1931, cit., secondo cui non è censurabile dinanzi alla Cassazione una decisione del Consiglio di Stato carente di motivazione; Cass. civ. s.u. 25 luglio 1930, in *Foro it.*, 1930, I, 1275 ss., secondo cui l'eccesso di potere rispetto all'atto giurisdizionale è la indebita estensione dell'attività giurisdizionale, ordinaria o speciale, a materia che non vi è soggetta e non include l'errato esercizio dell'attività stessa, che può rivelare il solo vizio di violazione di legge [principio in massima]. Sottolinea il dato del rispetto da parte della Cassazione dei limiti di legge in ordine al controllo dalla stessa esercitata sulle sentenze del Consiglio di Stato A. TORRENTE, *Giurisprudenza della Corte di Cassazione su questioni attinenti alla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 255.

¹²¹ E ciò, senza considerare i 'casi estremi', come quello recisamente criticato da V.E. ORLANDO in relazione a Cass. civ. s.u. 10 giugno 1936, n. 2017, in *Foro it.*, 1936, I, 737 ss. Nella nota di commento [*Un caso di conflitto fra Cassazione e Consiglio di Stato*], l'autorevole Giurista, «[...] determinato da una ragione così straordinariamente eccezionale da presentarsi quasi come un dovere» (737), dà atto di un «[...] fondamentale equivoco della sentenza [...]» che confermerebbe il sostenuto assunto secondo cui «[...] il tema della causa non fu inteso, né, per naturale conseguenza, trattato e deciso [...]» (740). Così si esprime l'Autore: «[L]a sentenza crede che l'annullamento del provvedimento fosse stato pronunciato *per eccesso di potere*: al contrario, esso era nullo per assoluto *difetto di poterlo*» (740). La conclusione di Orlando è perentoria: «[...] non posso non ricordare quanto fieramente ed irriducibilmente io sia stato contrario ad ammettere

In dottrina non sono mancati rilievi circa le ragioni alla base di una tale tendenza. In tal senso, interessante è la constatazione di un Autore, secondo cui la «tentazione» ai «sussulti interventistici» della Cassazione «[...] è sempre stata tenuta viva anche dal persistere nella nostra cultura giuridica di quel provinciale mito della giurisdizione unica e del conseguente auspicio di fare della Cassazione non un semplice giudice della giurisdizione, ma l'organo supremo di “tutta” la giustizia [...]»¹²².

Illuminanti risultano altresì alcune ulteriori constatazioni maturate in seno alla letteratura scientifica con riguardo, da un lato, all'«atteggiamento generale che, per comune consenso, l'autorità giudiziaria ordinaria ha sempre tenuto nei confronti della p.a. e che ha trovato la sua principale manifestazione nella interpretazione costantemente data alla legge del 1865 abolitrice del contenzioso amministrativo», e, dall'altro, al «modo di composizione unilaterale dell'organo competente, cioè delle sez. un.»¹²³.

Su quest'ultimo profilo si tornerà in seguito¹²⁴.

Sotto il primo aspetto, invece, è stato messo in evidenza come la giurisprudenza del giudice ordinario abbia circoscritto la portata della legge del 1865, venendosi così a creare, intorno all'amministrazione e alla attività

(sin che la questione fu discutibile, poiché mancava quell'espressa disposizione di legge, che sopravvenne nel 1907), che le decisioni del Consiglio di Stato nella sua competenza generale di annullamento[,] fossero soggette al rimedio del ricorso per cassazione, secondo l'art. 3 n. 3 della legge sui conflitti. [...] Sono ora più che mai convinto che avevo ragione» (742).

¹²² M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, cit., 1689.

¹²³ I rilievi sono di G. ROEHRSEN, *Considerazioni sui conflitti di giurisdizione*, cit., 1114-1115.

¹²⁴ Il dibattito sulla opportunità di istituire un tribunale dei conflitti a composizione mista, recentemente tornato in auge in considerazione della presentazione di una proposta legislativa in tal senso, sarà oggetto di disamina a fine trattazione (cfr. *infra* in Postilla). Una tale collocazione non tradisce (anzi conferma) il tentativo di dotare di rigore sistematico il presente lavoro: il vaglio di una prospettiva *de iure condendo* costituisce, infatti, il (più) logico epilogo di un'analisi condotta (e da condurre) nella maniera più rispettosa possibile dei crismi del diritto positivo e della prassi sviluppatasi in ossequio alla relativa cornice.

amministrativa, una sorta di «zona vietata al giudice», ovvero di «una fascia di impenetrabilità la quale ha protetto e tuttora protegge la stessa p.a. non solo da invasioni ed intrusioni certamente non consentite, ma anche da controlli giurisdizionali, cioè da controlli imparziali, obbiettivi e del tutto indipendenti [...]»¹²⁵. Logico corollario di tale ragionamento è, allora, la considerazione secondo cui «un giudice il quale è convinto [...] che i propri poteri siano limitati in quanto il soggetto da giudicare, dati i caratteri delle sue funzioni, deve essere lasciato esente da pesi che sotto un profilo ideale potrebbero essere considerati eccessivi [...] è portato [...] ad escludere che un altro giudice possa andare oltre e fare quello che egli non può [...]»¹²⁶.

Osservazioni queste certamente pertinenti che, tuttavia, necessiterebbero di essere integrate con un rilievo di ordine (per così dire) ontologico, soprattutto se si ha riguardo alla prassi successiva, che, seppur, come anticipato, con varie oscillazioni¹²⁷, ha sostanzialmente finito per seguire¹²⁸ i binari già tracciati da quella fin qui esaminata.

Sempre attuale risulta, in tal senso, quanto rappresentato sul finire dell'800 dal futuro presidente del Consiglio di Stato Giorgio Giorgi: la giurisprudenza dell'allora (e ancora oggi) giudice dei conflitti - la Corte di Cassazione romana - veniva dal predetto Giurista ricondotta «[U]n poco anche [...] [a] quella naturale tendenza di ogni umana istituzione o Corpo collegiale a estendere la propria ingerenza, e a scorgere di traforo in ogni affare le linee più sbiadite, che servono a reclamarne la pertinenza»¹²⁹.

¹²⁵ Tutte considerazioni (ancora) di G. ROEHRSEN, *Considerazioni sui conflitti di giurisdizione*, cit., 1115.

¹²⁶ *Ivi*, 1115-1116.

¹²⁷ Cfr. *infra*, par. 2.2.

¹²⁸ Cfr. *infra*, par. 2.3.

¹²⁹ G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, I, Parte generale, Firenze, 1899, 434. Richiama l'osservazione di Giorgi altresì L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, cit., 224.

Una siffatta prospettiva, se (forse) non consente di intravedere nell'istituzione di un tribunale a composizione mista una soluzione a tutte le criticità innanzi rappresentate, probabilmente contribuisce a scorgere in quest'ultima evenienza un modo per esentare da 'colpe sistemiche' l'ordinamento giuridico¹³⁰.

2.2. (Segue) *L'elaborazione successiva. In particolare: il sindacato sugli errores in iudicando e in procedendo.*

Pare di catturare nell'analisi della giurisprudenza successiva della Cassazione sull'eccesso di potere del giudice amministrativo quella mancata «[...] tendenza limitatrice del vasto campo del controllo di legittimità del Consiglio di Stato»¹³¹, proclamata alla fine degli anni Venti dai presidenti D'Amelio e Romano, in quello che venne (tuttavia) ribattezzato come un «autentico capolavoro di saggezza giuridica ed istituzionale»¹³². Un tale assunto, infatti, poteva al tempo assumere semmai le sembianze di un auspicio, vista la direzione opposta¹³³ che la Corte regolatrice della giurisdizione sembrava aver calcato nell'attività ermeneutica di definizione della figura predetta (e di cui si è dato atto nel paragrafo precedente).

¹³⁰ Lo stesso Giorgi, in Id., *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, cit., 434, così concludeva: «[C]iò deve richiamare l'attenzione del legislatore sul grave problema: e consigliarlo a provvedere con l'istituire un Tribunale Supremo e misto, per risolvere i conflitti e regolare la competenza [...]».

¹³¹ M. D'AMELIO, S. ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, cit., 184. Cfr. il pensiero degli Autori sul punto riportato *supra*, nota n. 104.

¹³² M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, cit., 1688.

¹³³ *Contra* (e dunque essenzialmente in accordo con quanto in precedenza avevano sostenuto il D'Amelio e il Romano) cfr. A. TORRENTE, *Giurisprudenza della Corte di Cassazione su questioni attinenti alla giurisdizione*, cit., 255, che evidenzia che «[L]e Sezioni Unite della Cassazione si mantengono ligie al rispetto dei limiti che la legge assegna al loro controllo sulle decisioni del Consiglio di Stato».

Nel corso degli anni successivi, invece, l'opera della Suprema Corte è stata indirizzata verso una definizione sempre più precisa dei tratti caratterizzanti dell'eccesso di potere giudiziario, nella accezione (più volte richiamata) di sconfinamento da parte del giudice amministrativo nei poteri (legislativi e) amministrativi¹³⁴: ciò che si è inteso far emergere in maniera puntuale è stato, allora, il fulcro di una tale invasione, in difetto del quale il rigetto del ricorso diveniva d'obbligo¹³⁵.

Viene, per tale via, evidenziato come si configuri una invasione della sfera della giurisdizione di merito da parte del Consiglio di Stato, a cui sia stata attribuita la sola giurisdizione di legittimità, qualora il giudice amministrativo decida in base a dirette valutazioni dell'interesse pubblico concreto correlato all'atto oggetto di impugnativa e dell'opportunità di questo, ovvero, sostituendo o riformando tale atto, provveda nelle veci dell'amministrazione, o ancora compia direttamente e con efficacia immediata e vincolante gli apprezzamenti e gli accertamenti rimessi all'amministrazione¹³⁶.

¹³⁴ Un pregevole lavoro di ricostruzione giurisprudenziale - nell'ottica di una riconduzione a sistema - della figura dell'eccesso di potere *sub specie* di superamento del giudice amministrativo dei confini del giudizio di legittimità è stato svolto da B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, cit., a cui si rimanda sin da ora e su cui si tornerà *infra* (cap. 3, par. 1). Per alcuni riferimenti all'ampia casistica giurisprudenziale sulla figura in analisi cfr. B. MAMELI, *Considerazioni sull'eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo in materie rientranti nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva*, in *Giust. civ.*, 1995, 9, 2204-2205, note nn. 4, 5, 6, 7. Cfr. altresì la copiosa giurisprudenza citata da F. MODUGNO, *Eccesso di potere, III) Eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 4 ss.

¹³⁵ Cfr. *ex plurimis* (in aggiunta alle pronunce di cui si darà atto *infra*) Cass. civ. s.u. n. 1948/1940, cit.; Cass. civ. s.u. 13 luglio 1963, n. 1910, in *Foro it.*, 1964, I, 141 ss.; Cass. civ. s.u. n. 824/1965, cit.

¹³⁶ Cass. civ. s.u. 6 ottobre 1964, n. 2525, in *Foro it.*, *Rep.* 1965, v. *Giustizia amministrativa*, n. 616. Cfr. altresì Cass. s. u. 3 novembre 1988, n. 5922, secondo cui è viziata da eccesso di potere giudiziario, per sconfinamento nella sfera del merito, la decisione del Consiglio di Stato adottata in sede di legittimità che decida in base ad una diretta e concreta valutazione dell'interesse pubblico collegato all'atto impugnato sotto il profilo dell'opportunità e convenienza dello stesso. Cfr. Cass. civ. s.u., 3 luglio 1993, n. 7288 (che riprende le statuizioni di Cass. civ. s.u. 30 maggio

Tali coordinate ermeneutiche sono state, ad esempio, confermate dalla Corte di Cassazione in un caso in cui il Consiglio di Stato aveva respinto il ricorso sull'assunto che non vi era stata, nella fattispecie concreta, alcuna violazione, ad opera dell'atto impugnato, del relativo provvedimento presupposto: rispetto al successivo giudizio dinanzi alla Suprema Corte in ragione dell'asserito difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, che, a detta della parte ricorrente, aveva deciso la controversia sulla base di valutazioni di merito (in questo modo sostituendo il proprio apprezzamento alla discrezionalità dell'amministrazione), le Sezioni unite hanno sottolineato come una invasione nel campo riservato alla giurisdizione di merito non possa, invero, ritenersi verificata quando il giudice amministrativo «[...] si sia limitato [...] a dichiarare che il provvedimento amministrativo impugnato non contrasta né con un precedente provvedimento da esso presupposto, né con la volontà della legge»¹³⁷. Nel caso di specie, inoltre, il predetto provvedimento presupposto era stato già oggetto di interpretazione da parte dell'amministrazione, la Cassazione in tal senso evidenziando come in alcun modo potesse concludersi che il Consiglio di Stato, investito della censura che negava la bontà dell'interpretazione data dalla p.a., avesse compiuto una «valutazione autonoma del fatto» (invadendo il campo riservato alla giurisdizione di merito) nell'atto di dichiarare che l'interpretazione stessa fosse, invece, conforme alla logica giuridica e alla volontà legislativa¹³⁸.

1989, n. 2621), secondo cui «[L]’eccesso di potere giurisdizionale in senso proprio ricorre qualora il giudice amministrativo, in materia attribuita alla propria giurisdizione e per la quale la legge prevede che la *potestas iudicandi* sia limitata alla sola indagine sulla legittimità degli atti amministrativi, abbia effettuato invece (o anche) un sindacato di merito pervenendo all’annullamento dell’atto per motivi di merito oppure alla sostituzione dell’atto amministrativo impugnato mediante una pronuncia “autoesecutiva”, avente cioè il contenuto sostanziale e la esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa».

¹³⁷ Cass. civ. s.u. 5 luglio 1983, n. 4501, in *Giust. civ.*, 1983, 10, 2908 ss.

¹³⁸ *Ibidem*.

Le considerazioni approntate ad inizio paragrafo sono confermate altresì dal rilievo secondo cui nella giurisprudenza della Suprema Corte non erano ritenuti censurabili gli *errores in iudicando*¹³⁹ eventualmente commessi dal Consiglio di Stato, in quanto ricondotti all'alveo dei cd. limiti interni alla giurisdizione¹⁴⁰.

Sul punto, occorre sin da subito chiarire come l'inesatta interpretazione o applicazione delle norme di riferimento non determini, di per sé, invasione da parte del giudice amministrativo della sfera del merito riservato all'amministrazione, sempreché il sindacato giurisdizionale non abbia oltrepassato i limiti del controllo di legittimità del provvedimento impugnato¹⁴¹.

Il tema intercetta profondamente la disamina intorno alla elaborazione dell'eccesso di potere giurisdizionale¹⁴², non solo in relazione alla fattispecie

¹³⁹ Con riguardo all'*error in iudicando*, cfr. P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile e altri studi sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni*, in *Opere giuridiche*, VIII, ried. RomaTre-Press, Roma, 2019, consultabile sul sito web <http://romatrepress.uniroma3.it>, 147 ss., secondo cui «[...] tra i motivi di nullità che si riferiscono all'*ordo* del processo od alla *solemnitatis* della sentenza e quelli che riguardano invece la *substantia* del giudicato, passa una diversità profonda, poiché i primi consistono in un difetto di estrinseche formalità, ossia in vizi di attività, mentre i secondi consistono in un vizio di quell'intimo lavoro mentale del giudice che deve originare la decisione, cioè in vizi di giudizio [...]» (155). Sulla distinzione tra vizi di giudizio e vizi di attività, l'Autore (155, nota n. 19) richiama G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 893 ss. e 1023 ss. In tema di *errores in iudicando* e *in procedendo*, cfr. ancora P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile e altri studi sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni*, cit., 285 ss.; Id., *La Cassazione civile (Parte seconda)*, in *Opere giuridiche*, VII, ried. RomaTre-Press, Roma, 2019, consultabile sul sito web <http://romatrepress.uniroma3.it>, 235 ss. e 265 ss.

¹⁴⁰ Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ. s.u. 14 febbraio 1963, n. 328, in *Foro it.*, 1963, I, 497 ss. e Cass. civ. s.u. 18 settembre 1959, n. 2592, in *Foro it.*, *Rep. 1959*, voce *Competenza civ.*, n. 406.

¹⁴¹ Cfr. Cass. s. u. n. 5922/1988, cit., secondo cui «non implica sconfinamento nei poteri di merito, riservati all'Amministrazione, l'interpretazione - operata dal giudice amministrativo in sede di legittimità - delle prescrizioni contenute in un bando di concorso o in una lettera di invito alla licitazione privata, perché finalizzata al riscontro di eventuali vizi di legittimità dell'atto impugnato e non al diretto apprezzamento della convenienza ed opportunità dell'atto medesimo».

¹⁴² La precisazione si collega a quanto puntualizzato in precedenza in merito alla 'scelta' di delimitare l'indagine ai motivi di giurisdizione *ex art. 111, comma 8, Cost.* (almeno)

dello sconfinamento giudiziale nei poteri legislativi, che sarà oggetto di una disamina *ad hoc*¹⁴³, ma anche con riguardo all'ambito dei rapporti tra giudice (amministrativo) e amministrazione, che costituisce il fulcro del presente lavoro¹⁴⁴.

Il nucleo della questione - ma analoghe considerazioni possono essere svolte con riguardo agli *errores in procedendo*, che saranno analizzati di qui a breve - rimane, infatti, quello dell'indagine sul discrimine tra l'*error* che consista in una mera violazione di legge e quello che trasmodi in eccesso di potere (giurisdizionale), provocando così il controllo della Corte regolatrice della giurisdizione.

Si ricorda, al riguardo, l'osservazione di Carnelutti, secondo cui «[...] bisogna sceverare nella massa delle violazioni di legge quelle che presentano un carattere diverso dalle altre, per cui la legge possa qualificarle *eccesso di potere*»¹⁴⁵ (inteso, appunto, come eccesso di potere del giudice).

astrattamente riconducibili alla categoria dell'eccesso di potere del giudice amministrativo nella più volte menzionata accezione 'in senso stretto'. Cfr. *supra*, par. 2.

¹⁴³ Cfr. *infra*, cap. 2, par. 4.

¹⁴⁴ Emerge chiaramente una tale connessione in Cass. civ. s.u. n. 4501/1983, cit., in cui si rileva che, in caso di denuncia di violazione, ad opera del provvedimento, delle prescrizioni contenute nel bando, l'interpretazione della portata di queste ultime, in uno con il sindacato sulla conformità o meno ad esse dell'atto impugnato, rientra nell'ambito delle attribuzioni del giudice, non implicando invece uno sconfinamento nel merito amministrativo, quest'ultimo configurabile solo qualora il predetto giudice, non limitandosi ad un accertamento dell'esistenza dell'atto e ad una interpretazione dello stesso, lo faccia altresì oggetto di una autonoma valutazione in base a propri criteri di buona amministrazione, o provveda egli direttamente all'interesse pubblico attraverso apprezzamenti e scelte rimessi esclusivamente all'amministrazione [principio in massima].

¹⁴⁵ F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, cit., 42-43, che concorda con l'osservazione di L. RAGGI [*A proposito dell'art. 40 della legge 17 agosto 1907 sul Consiglio di Stato*, cit.] secondo cui «[...] non qualunque cattivo uso del potere potrebbe essere considerato come eccesso, perché se no sparirebbe la differenza tra l'eccesso e la violazione di legge». Partendo dalle ricostruzioni di Chiovenda e di Calamandrei (cfr. *supra*, nota n. 139), Carnelutti evidenzia che: «[...] quando la violazione di legge si qualifica come *error in procedendo*, torna ad essere quasi banale la osservazione che si risolve anche in un eccesso di potere: se la legge segna la strada al giudice, ne limita il

Su tale argomento - comunque - si ritornerà specificamente in occasione della trattazione dell'eccesso di potere *sub specie* di sconfinamento del giudice amministrativo nelle prerogative attribuite al legislatore, in virtù delle peculiarità che una siffatta questione assume quando a venire in rilievo sia il tentativo di individuazione della linea di confine tra interpretazione e creazione della norma¹⁴⁶.

Basti qui considerare, in un'ottica generale, come la giurisprudenza abbia nel corso degli anni ribadito il principio secondo cui il sindacato della Suprema Corte sulle decisioni del Consiglio di Stato è limitato all'esame dell'esistenza dei soli vizi che attengono all'essenza della funzione giurisdizionale, con esclusione di ogni sindacato sul modo di esercizio della funzione stessa, restando sottratte al controllo della Cassazione le violazioni dipendenti da erronea o falsa applicazione di norme giuridiche, da vizio del processo logico della decisione, da una manchevole valutazione delle prove e dall'inosservanza delle norme disciplinanti lo svolgimento del processo¹⁴⁷.

Non verrebbero in rilievo, dunque, i limiti esterni alla giurisdizione amministrativa qualora si denunci che il Consiglio di Stato sia eventualmente caduto nei predetti *errores in iudicando*, incorrendo in una erronea valutazione degli elementi utili per il giudizio o in un errato processo logico per pervenire

potere; eccesso di potere e violazione di legge sono dunque due espressioni diverse di un medesimo fenomeno. Per l'*error in iudicando* può apparire invece meno comune e meno agevole l'affermazione che logicamente possa configurarsi quale un eccesso di potere, ma è pur giusta. Questa affermazione si dimostra considerando che un obbligo del giudice di decidere le liti *secundum ius* è compreso nell'ordine giuridico vigente» (35-36).

¹⁴⁶ Cfr. *infra*, cap. 2, par. 4. Nella stessa sede saranno analizzate le coordinate essenziali della riflessione scientifica sul punto maturata da Carnelutti.

¹⁴⁷ Cass. civ. s.u. 7 luglio 1967, n. 1673, in *Foro it.*, 1967, I, 2565 ss. Cfr. altresì, tra le altre, Cass. civ. s.u. 12 dicembre 1966, n. 2889, in *Foro it.*, *Rep.* 1966, v. *Giustizia amministrativa*, n. 688; Cass. civ. s.u. 30 gennaio 1967, n. 253, in *Foro it.*, 1967, I, 500 ss.; Cass. civ. s.u. 7 febbraio 1970, n. 285, in *Foro it.*, *Mass.* 1970; cfr. inoltre Cass. civ. s.u. n. 2543/1954, cit. (*infra*, cap. 2, par. 4, in corrispondenza delle note nn. 496 e 498).

alla risoluzione del caso controverso, così come in una errata interpretazione delle norme da applicare¹⁴⁸.

A differenza degli *errores in iudicando*, sono stati (talvolta) ritenuti censurabili in sede di ricorso *ex art. 111, comma 8, Cost.* dinanzi alla Corte di Cassazione gli *errores in procedendo* in cui sia eventualmente incorso il Consiglio di Stato, anche se, da una analisi (più) attenta della giurisprudenza, si evince che l'*error in procedendo* sindacabile come motivo di giurisdizione è (stato) di fatto ricondotto alla stessa attività del giudice amministrativo che abbia finito per invadere le prerogative spettanti ad altri poteri¹⁴⁹.

La disciplina di tali errori - intesi in senso tecnico (ovvero come violazione della legge processuale) - segue, dunque, quella propria degli errori *in iudicando* (che si esauriscono, invece, in violazioni della legge sostanziale): entrambi atterrebbero ai limiti interni alla giurisdizione¹⁵⁰, per questo sottratti

¹⁴⁸ Cass. civ. s.u. n. 253/1967, cit.

¹⁴⁹ Cfr. i passaggi motivazionali di Cass. civ. s.u. 16 gennaio 1987, n. 302, in cui si legge, in un'ottica onnicomprensiva, che, conformemente alla «costante giurisprudenza» delle Sezioni unite, le sentenze del Consiglio di Stato possono essere impugnate in Cassazione solo per motivi di giurisdizione, cioè per «difetto di giurisdizione», che consiste - rimarca la Corte - «in una forma di *error in procedendo*, il quale ricorre quando [con] la decisione impugnata sia stata invasa la sfera di attribuzione propria di altri poteri dello Stato (essendosi compiuti, ad esempio, direttamente e con efficacia vincolante, apprezzamenti ed accertamenti su regole di buona amministrazione [...]); o sia stata invasa la sfera di attribuzione propria dell'ordine giudiziario ordinario o di un ordine di giurisdizione speciale; o sia stata invasa la sfera della giurisdizione di merito quando il Consiglio di Stato ha soltanto giurisdizione di legittimità; o vi sia stato, da parte del Consiglio di Stato, un rifiuto di operare nella propria sfera; o la decisione sia stata emessa da un organo irregolarmente costituito in modo da non corrispondere, in via assoluta, al modello astratto legale». Cfr. altresì Cass. civ. s.u. 17 aprile 1963, n. 948, in *Riv. dir. lav.*, 1964, II, 268, secondo cui è sindacabile dinanzi alle Sezioni unite l'errore *in procedendo* che abbia indotto il Consiglio di Stato, nell'esercizio della giurisdizione speciale allo stesso attribuita dalla legge, a sconfinare nell'ambito dei poteri spettanti ad altri organi di giurisdizione ovvero di quelli spettanti ad altri organi di natura diversa [principio in massima].

¹⁵⁰ Non è un caso che nella stessa pronuncia sopra menzionata, ovvero Cass. civ. s.u. n. 302/1987, cit., che aveva qualificato il «difetto di giurisdizione» come «una forma di *error in procedendo*», si affermi che «è inammissibile l'impugnazione che denunci un *error in procedendo* del

allo scrutinio del giudice della giurisdizione¹⁵¹. Proprio con riguardo ad una tale categoria di vizi sono, tuttavia, riemersi, in anni più recenti, i «sussulti interventistici»¹⁵² della Cassazione¹⁵³.

Consiglio di Stato, non attenendo tale censura ai limiti della potestà giurisdizionale dell'organo adito [...]], in conclusione la Corte rinvenendo nella fattispecie concreta la denuncia di un vizio di ultrapetizione che si risolve (proprio) in un «vizio *in procedendo* sottratto al sindacato delle Sezioni unite [...]]. Cfr. altresì Cass. civ. s.u. 26 febbraio 1990, n. 1456, che, con riferimento al potere del giudice amministrativo in punto di interpretazione ed esecuzione del giudicato, ha evidenziato come il preteso errore derivante da una assunta interpretazione erronea del giudicato da eseguire (se a contenuto dispositivo o meno) sostanzia solo un vizio *in procedendo*, per tale ragione insindacabile dalle Sezioni unite; Cass. civ. s.u. 11 ottobre 1988, n. 5468; Cass. civ. s.u. 14 gennaio 1987, n. 190. Cfr. (anche) Cass. civ. s.u. 9 ottobre 1967, n. 2344, in *Foro it.*, 1968, I, 1314 ss.

¹⁵¹ Nella giurisprudenza successiva, cfr. *ex plurimis* Cass. civ. s.u. 16 gennaio 2003, n. 574: «[C]ostituisce orientamento giurisprudenziale del tutto consolidato che il controllo delle sezioni unite della Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale è circoscritto ai motivi inerenti alla giurisdizione, ossia ai vizi concernenti l'ambito della giurisdizione in generale o il mancato rispetto dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo, con esclusione di ogni sindacato sul modo di esercizio della funzione giurisdizionale, cui invece attengono gli errori *in iudicando* e *in procedendo*: ed invero detti errori esorbitano dai confini dell'astratta valutazione di sussistenza degli indici definitivi della materia ed attengono all'esplicazione interna del potere giurisdizionale conferito dalla legge al giudice amministrativo, investendo quindi l'accertamento della fondatezza o meno della domanda [...]]. Successivamente, cfr. anche Cass. civ. s.u. 5 maggio 2008, n. 10971; Cass. civ. s.u. 9 giugno 2011, n. 12539.

¹⁵² L'espressione, come già evidenziato (cfr. nota n. 122), è di M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, cit., 1688-1689.

¹⁵³ Come sottolineato in precedenza, la presente trattazione non intende dare atto della interpretazione evolutiva fatta propria dalla Cassazione rispetto ai motivi inerenti alla giurisdizione intesi nel loro complesso, poiché l'oggetto del lavoro non attiene al tema del controllo della Corte regolatrice della giurisdizione in ordine al superamento dei limiti esterni da parte dei giudici speciali, bensì a quello del controllo della suddetta Corte sul superamento di quel determinato limite esterno in cui si risolve l'eccesso di potere del giudice amministrativo. E ciò, come (parimenti) rimarcato, a prescindere dalle definizioni (talvolta onnicomprensive e generiche) che sono state approntate dalla prassi e dalla letteratura scientifica in materia (cfr. *supra*, in corrispondenza delle note nn. 58 ss.). Per una analisi delle fattispecie in cui si è sostanziata l'interpretazione estensiva dei motivi di giurisdizione nella giurisprudenza della Cassazione cfr. R. VILLATA, «*Lunga marcia*» della Cassazione verso la giurisdizione unica, cit.; Id., *Sui «motivi inerenti alla giurisdizione»*, cit.; P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione*

2.3. (Segue) *L'eccesso di potere del giudice amministrativo nel panorama giuridico attuale.*

A partire dal 2012 la Cassazione ha inaugurato l'orientamento secondo cui, con riferimento alle regole del processo amministrativo, è configurabile un eccesso di potere giurisdizionale in caso di uno stravolgimento delle norme così radicale da ridondare in manifesta denegata giustizia¹⁵⁴.

delle sentenze del Consiglio di Stato, cit., 151 ss.; M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 161 ss.; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, cit., spec. 1694 ss.; 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*, 2017; A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, cit. Cfr., nell'ottica di una riconduzione a sistema dei vizi-motivi sindacabili in Cassazione, la «catalogazione dei crittotipi» di recente approntata (e corredata di un pregevole lavoro di ricostruzione bibliografica) da A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, cit., 643-644, secondo cui: «[C]on alcune variazioni, sono [...] individuabili sei differenti vizi-motivi prospettabili in Cassazione nei confronti della decisioni del Consiglio di Stato: a) il difetto assoluto di giurisdizione, per radicale assenza di una posizione giuridica soggettiva meritevole di tutela da parte di qualsiasi giudice [...]; b) il difetto relativo di giurisdizione, per erronea devoluzione al giudice amministrativo di questioni inerenti a diritti soggettivi, riservate al giudice ordinario [...]; c) l'eccesso di potere giurisdizionale in senso stretto, per invasione delle prerogative riservate al legislatore ed alla pubblica amministrazione; d) l'irregolare composizione dell'organo giudicante [...]; e) l'aprioristico rifiuto di giurisdizione, derivante dall'erronea affermazione della mancanza di rimedi giuridici a tutela delle parti, anche sulla base delle tutele assicurate dal diritto europeo [...]; f) l'abusivo esercizio di poteri sostitutivi nell'ambito della giurisdizione di ottemperanza [...]».

¹⁵⁴ In tal senso Cass. civ. s.u. 14 settembre 2012, n. 15428. In dottrina cfr. R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 2, 325 ss., anche in *Id.*, *Scritti in tema di questioni di giurisdizione*, cit., 121 ss., che definisce il 'radicale stravolgimento delle norme di riferimento' «locuzione tanto vaga quanto utilizzabile con grande elasticità, ed infatti utilizzata dalla pronuncia, sempre delle Sezioni Unite, 29 dicembre 2017 n. 31226, per un ulteriore anomalo annullamento con rinvio ad altra Sezione del Consiglio di Stato» (124); cfr. altresì G. TROPEA, *Il ricorso incidentale escludente: illusioni ottiche*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 4, 1083 ss., che così afferma: «[N]ella sentenza del 2017 [Cass. n. 31226/2017, cit., ndr] [...] il richiamo al vizio di giurisdizione è addirittura inconferente giacché non c'è realmente un esame incrociato di censure [...]. Invero, non aiuta a dare un saldo riferimento alle ragioni del diniego

Emerge, in tal senso, tutta la spinta garantista apportata dal principio del giusto processo *ex art. 6 CEDU* e, più in generale, dal valore dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Se una tale evoluzione nel pensiero della Suprema Corte si è registrata inizialmente con riguardo ai soli *errores in procedendo*¹⁵⁵, ben presto la portata del

di giurisdizione neanche il richiamo alla violazione del diritto europeo. Manca infatti un confine definibile circa la “gravità” della violazione. Anche in questo caso si tratta di un artificio per mascherare l'intendimento di disattendere il principio nel caso concreto [...]. Peraltro, la questione va oggi aggiornata alla luce delle condivisibili rigorose posizioni assunte da C. cost., 18 gennaio 2018, n. 6 e Cons. Stato, ad. plen., 30 luglio 2018, n. 10 e n. 11; 5 settembre 2018, n. 14 e 28 settembre 2018, n. 15 sul tema [...]: le interpretazioni della Cassazione, anche nel caso del ricorso incidentale escludente, sono viziate da un'inaccettabile dilatazione del concetto di giurisdizione» (1101-1102). Criticità sono espresse altresì da A. POLICE, F. CHIRICO, *«I soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 138-139: «[...] la riserva al giudice della giurisdizione del potere di sanzionare il “diniego di giustizia” andrebbe intesa in via strumentale alla garanzia del diritto fondamentale all'accesso alla tutela giurisdizionale, come definito dal diritto dell'Unione Europea. Trattasi di esigenza che, sul piano sostanziale, non può che ritenersi condivisibile, alla stregua dei principi fondamentali del diritto interno prima ancora che del diritto sovranazionale. Tuttavia, sotto il profilo strettamente processuale, non appare in linea con l'assetto duale della tutela giurisdizionale voluto dalla Costituzione la tesi per cui una simile esigenza sostanziale giustificerebbe ed anzi “imporrebbe”, nella prospettiva della Corte di Cassazione, l'allargamento dell'oggetto del sindacato sulla giurisdizione alla garanzia di diritti che, per quanto fondamentali, restano attratti nella sfera di potere di cui è titolare ciascun ordine giurisdizionale, a cui spetta per mandato costituzionale garantirli. Il problema diviene, allora, stabilire se ed in quali termini l'ordinamento dell'Unione Europea imponga l'introduzione di specifici rimedi che prevenivano la formazione di un giudicato incompatibile con le pertinenti fonti sovranazionali (ovvero di rimedi che ne comportino la caducazione successiva), problema che peraltro si pone in concreto per la generalità delle norme del diritto dell'Unione e in relazione all'attività di ciascun ordine giudiziario, ordinario o speciale, di volta in volta chiamato a farne applicazione». Più in generale, sul tema dei rapporti tra sentenze delle Corti nazionali e sentenze delle Corti sovranazionali, cfr. A. SANDULLI, *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 4, 1169 ss., che accenna (1188) altresì a Cass. civ. s.u. n. 31226/2017. Con riguardo alle statuizioni di quest'ultima pronuncia cfr. *infra*, nota n. 157.

¹⁵⁵ Cfr. sul punto la giurisprudenza (tra cui Cass. civ. s.u. n. 15428/2012, richiamata all'inizio della nota precedente) citata da R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 60, che pure sottolinea come «sia labile e mobile il confine tra quel “diniego di giustizia” che rimane interno al processo amministrativo e resta qualificato come *error in procedendo* e quel “diniego di giustizia” frutto di “radicale stravolgimento”».

principio è stata estesa anche agli *errores in iudicando*¹⁵⁶, con particolare riferimento alla fattispecie della violazione del diritto eurounitario¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Cfr. Cass. civ. s.u. 24 marzo 2014, n. 6824, secondo rientra tra i motivi di giurisdizione il ricorso con cui si denunci un rifiuto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo solo se tale rifiuto sia stato determinato dalla affermata estraneità alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice della domanda, oppure nei casi estremi in cui l'errore si sia tradotto in una decisione anomala o abnorme, frutto di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, non anche quando si prospettino meri errori *in iudicando* o *in procedendo* come omissioni dell'esercizio del potere giurisdizionali.

¹⁵⁷ Non di qualsiasi violazione del diritto unionale, ma solo di quella suscettibile di determinare una denegata giustizia. Cfr., tra le altre, Cass. civ. s.u. n. 2242/2015, cit., secondo cui il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione non comprende altresì una funzione di verifica finale della conformità delle decisioni del Consiglio di Stato al diritto UE, neanche sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale *ex art. 267*, comma 3, del TFUE, tuttavia essendo viziata da difetto di giurisdizione la sentenza del Consiglio di Stato che risulti fondata su una interpretazione delle norme «incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo; accesso affermato con l'interpretazione della pertinente disposizione comunitaria elaborata dalla Corte di giustizia». Cfr. altresì Cass. civ. s.u. n. 953/2017, cit. «[È] opportuno precisare che l'ipotesi per cui è causa non rientra nei «casi estremi», menzionati da alcune sentenze delle sezioni della Cassazione [...], in cui un *error in iudicando* del CdS per contrarietà ad una pronuncia della CGUE, ove idoneo a realizzare «un radicale stravolgimento delle norme Europee di riferimento, così come interpretate dalla Corte di giustizia» [...], si risolve eccezionalmente in un eccesso giurisdizionale, tale da consentire il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione. Tali «casi», infatti, vanno identificati in fattispecie in cui la decisione del CdS contraria alla giurisprudenza unionale preclude, rendendola non effettiva, la difesa giudiziale, con conseguente ingiustificato (anche dal punto di vista costituzionale) vuoto di tutela giurisdizionale per l'indicato «indebito rifiuto di erogare» tale tutela «a cagione di una male intesa autolimitazione, in via generale, dei poteri del giudice speciale» [...], con un «aprioristico diniego di giurisdizione» [...]. Cfr. inoltre Cass. civ. s.u. n. 31226/2017, cit., le cui motivazioni, ricche di riferimenti giurisprudenziali, meritano di essere in questa sede ripercorse nei loro elementi essenziali: «[A]i limiti interni della giurisdizione attengono in genere gli errori *in iudicando* o *in procedendo*, ossia le violazioni delle norme sostanziali o processuali, che pertanto non costituiscono vizio attinente alla giurisdizione [...], ancorché si siano concretati in violazioni dei principi del giusto processo consacrati nel novellato art. 111 Cost. [...]. Ciò vale anche [...] per le norme del diritto dell'Unione europea, la cui violazione, per giurisprudenza parimenti consolidata, non costituisce, in quanto tale, vizio attinente alla giurisdizione [...], neppure sotto il profilo della violazione dell'obbligo di rimessione alla Corte di giustizia delle questioni interpretative relative ai trattati e agli atti dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E. [...] In epoca più recente, peraltro, alla tradizionale interpretazione “statica” -

È chiaro come, nell'attribuirsi il potere di sindacare le decisioni frutto del (predetto) 'radicale stravolgimento' delle regole di rito e di merito tale da ridondare in diniego di giustizia, la Cassazione finisca per ridisegnare i contorni applicativi dell'eccesso di potere del giudice amministrativo, e, per tale via, i rapporti tra quest'ultimo, da un lato, e (il legislatore¹⁵⁸ ovvero) l'amministrazione, dall'altro.

E ciò, nonostante la Suprema Corte abbia (più volte) avuto occasione di ribadire che «né l'interpretazione - o qualificazione dell'esatto contenuto e degli effetti - di ciascuno degli atti amministrativi impugnati, né l'interpretazione della legge da applicare integrano, per il giudice amministrativo, un'attività riservata all'autorità amministrativa[:] costituendo invece l'una e l'altra, a maggior ragione quando l'impugnazione è rigettata, il *proprium* della funzione giurisdizionale,

propria delle disposizioni codicistiche - del concetto di giurisdizione rilevante ai fini dell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, si è andata affiancando una ulteriore interpretazione, "dinamica" o "funzionale", sottesa agli artt. 24, primo comma, 113, primo e secondo comma, Cost. e al primo comma dello stesso art. 111, come novellato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2. [...] L'apertura alla nuova concezione della giurisdizione quale tutela delle situazioni giuridiche soggettive ha successivamente trovato ulteriore specificazione nell'orientamento secondo cui, alla regola della non estensione agli errori *in iudicando* o *in procedendo* del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni del giudice amministrativo, può derogarsi nei casi eccezionali o estremi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, tale da ridondare in manifesta denegata giustizia [...]».

¹⁵⁸ Rispetto (invece) alla fattispecie dell'invasione delle facoltà del legislatore - che, come più volte sottolineato, sarà oggetto di specifica trattazione nel prosieguo del lavoro - basti qui anticipare come risulti ormai invalso nella prassi il principio secondo cui una siffatta declinazione dell'eccesso di potere giudiziario «è configurabile solo qualora il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete», tale ipotesi non ricorrendo «quando il giudice si sia attenuto al compito interpretativo che gli è proprio, ricercando la *voluntas legis* applicabile nel caso concreto, anche se questa abbia desunto non dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma dalla *ratio* che il loro coordinamento sistematico disvela, né quando abbia interpretato estensivamente una disposizione di legge, giacché tali operazioni ermeneutiche possono dare luogo, tutt'al più, ad *errores in iudicando*, non alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale [...]»: così Cass. civ. s.u. 17 aprile 2014, n. 8993. Sul punto cfr. approfonditamente *infra* (cap. 2, par. 4).

quando ha ad oggetto il vaglio di conformità dell'atto impugnato [...] ai canoni normativi invocati, onde valutare, correttamente ricostruita la fattispecie concreta, la sua sussumibilità entro quella prevista in astratto dalla normativa»¹⁵⁹.

Nel nome di principi fondamentali - il primato del diritto dell'Unione europea, l'effettività della tutela giurisdizionale, il giusto processo - si è assistito, così, ad una interpretazione dinamica e funzionale del concetto di giurisdizione¹⁶⁰ che, oltre ad aver seminato dubbi e perplessità in autorevole dottrina¹⁶¹, ha di recente incontrato il dissenso del Giudice delle leggi (come si avrà modo di evidenziare in seguito).

¹⁵⁹ Cass. civ. s.u. n. 11380/2016, cit. In senso analogo, di recente, Cass. civ. s.u. 11 luglio 2018, n. 18240. Cfr. altresì Cass. civ. s.u. n. 20360/2013, cit., che ha rilevato come, nella specie, fosse evidente che il rigetto della domanda (di risarcimento danni) della parte ricorrente, confermato dal Consiglio di Stato, non esprimeva una volontà del giudice sostitutiva di quella dell'amministrazione (né si basava su un'attività di produzione normativa ovvero su uno stravolgimento radicale delle norme di rito tale da implicare una evidente denegata giustizia), trattandosi di rigetto «fondato sull'interpretazione di norme invocate a sostegno della pretesa».

¹⁶⁰ Cfr. Cass. civ. s.u. n. 31226/2017, cit., già in precedenza richiamata (*supra*, nota n. 157), che dà atto di tale evoluzione.

¹⁶¹ Cfr. A. TRAVI, *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2017, 3, 1260 ss., il quale ritiene non condivisibile «l'enfaticizzazione della 'violazione delle norme europee', assunta a vizio idoneo ad identificare un difetto di giurisdizione o addirittura, come ormai si riscontra nel comune linguaggio giurisprudenziale, considerata un'espressione di un rifiuto di giurisdizione», al riguardo osservando che «[L]e norme sulla giurisdizione, per quanto discutibili esse siano, hanno un rilievo istituzionale, che è testimoniato anche dalla decisione (per quanto anch'essa criticabile) di una ricezione nell'art. 103 Cost. delle regole sul riparto; modificare la loro portata non inerisce alla disponibilità di un giudice, ancorché collocato al vertice del sistema giudiziario [...]» (1271). Cfr., per una visione critica più generale rispetto alla «lunga marcia della Suprema Corte volta ad assicurarsi, a Costituzione invariata, un potere di controllo *nel merito* delle pronunce del Consiglio di Stato, assai prossimo, al di là di formule verbali che non celano la realtà delle cose, a quello operato sulle sentenze delle Corti d'appello [...]», R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «Cavalieri dell'apocalisse»?», in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1, 106 ss., anche in Id., *Scritti in tema di questioni di giurisdizione*, cit., 75 ss., 75, e, più in generale, dello stesso Autore, gli ulteriori contributi sul tema (*supra* menzionati) raccolti nei suddetti *Scritti*. Cfr. altresì M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, cit., 1698-1699, che,*

Interessante, in siffatta prospettiva, è l'analisi di una pronuncia delle Sezioni unite da un Autore definita «sconcertante e impossibile a giustificarsi con gli strumenti del diritto processuale»¹⁶².

La fattispecie concreta dalla Corte analizzata in tale decisione prendeva le mosse da una delibera di esclusione da una procedura di evidenza pubblica disposta ai sensi del previgente art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006, per asserite gravi negligenze e innumerevoli contestazioni nell'ambito di pregressi rapporti contrattuali tra le parti¹⁶³.

Il Consiglio di Stato - dopo una consulenza tecnica «articolata» - aveva accolto le doglianze del soggetto escluso sulla premessa che il predetto art. 38 non contenesse una previsione sanzionatoria bensì apprestasse una cautela per l'amministrazione nel segno della necessaria permanenza della fiducia nei confronti del contraente, e che pertanto ben potesse il giudice amministrativo valutare incidentalmente l'esistenza dei presupposti tratti dal passato per formulare prognosi *de futuro* nonché sindacare la conclusione del venire meno della fiducia per la sua congruità e immunità da eccesso di potere¹⁶⁴.

Tale vizio era stato nel caso di specie riscontrato dal Collegio: nello specifico, si legge (ancora) nella parte in fatto della pronuncia della Cassazione che «[...] avendo riguardo agli accertamenti peritali, il Consiglio di Stato ha ritenuto esistere indici sintomatici di un eccesso di potere e quindi di un indebito fine di esclusione: si fa cenno alla contraddizione tra gravi inadempienze e

dopo aver parlato di «una situazione di interferenza “strutturale” tra le due giurisdizioni», sottolinea che «[I]n potenza, se non già in atto, la situazione odierna appare di estrema gravità ed esige dunque uno sforzo importante di ricomposizione [...]».

¹⁶² B. SASSANI, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio, le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1589, il quale così afferma: «[U]n nuovo comma si profila per l'art. 111 della Costituzione. Visto lo spazio angusto tra la garanzia piena del “ricorso in cassazione” del comma 7 e la non censurabilità per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato del comma 8, potremmo numerarlo “7-bis”».

¹⁶³ Cass. civ. s.u. 17 febbraio 2012, n. 2312.

¹⁶⁴ Di ciò dà atto (nella parte in fatto) Cass. civ. s.u. n. 2312/2012, cit.

successivi rinnovi o proroghe dei contratti ed alla ammissione alla fase di prequalifica della gara; si sollevano dubbi sulla attendibilità degli accertamenti tecnici delle inadempienze effettuati da[...]; si formula quindi il sospetto che l'esclusione sia stata determinata da ragioni diverse dalla caduta della fiducia»¹⁶⁵.

Il giudice regolatore della giurisdizione, adito *ex art.* 362, comma 1, c.p.c., ha messo subito in chiaro come la questione allo stesso sottoposta concernesse la ampiezza del sindacato sulla decisione di esclusione per ‘*deficit* di fiducia’, che è frutto di una valutazione discrezionale della amministrazione e rispetto alla quale il controllo giudiziale deve svolgersi *ab extrinseco*, nonché risultare «diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di simulazione (dissimulante una odiosa esclusione)», (ma) giammai sostitutivo¹⁶⁶. Una eventuale sostituzione della valutazione del giudice amministrativo a quella riservata alla discrezionalità della amministrazione avrebbe (infatti) costituito - secondo l’«approdo indiscutibile» nella giurisprudenza delle Sezioni unite, a cui la Corte ha nell’occasione espressamente affermato di voler dare continuità - una ipotesi di ‘sconfinamento’ vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera riservata alla stessa amministrazione¹⁶⁷. Un tale sconfinamento è stato nella specie ravvisato dalla Cassazione per aver il Consiglio di Stato esibito «il “ragionevole dubbio” della pretestuosità delle ragioni poste a base dell’impugnato provvedimento dopo aver evidenziato, oltre a segnali logici di contraddizione del rifiuto, specifiche ragioni di non condivisione della valutazione finale»: ha osservato, in particolare, la Suprema Corte che «poiché il quadro normativo sul quale doveva esercitarsi il doveroso controllo di non pretestuosità assegna alla stazione appaltante la facoltà di determinare essa stessa il punto di rottura dell’affidamento nel contraente, una decisione che, quale quella in disamina,

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ Cass. civ. s.u. n. 2312/2012, cit.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

non accerti l'inesistenza di alcuna ragione giustificante o la esistenza indiscutibile di ragioni dissimulate ma valuti solamente la insufficienza dei dati adottati a sostenere come plausibile il superamento di quel punto di rottura, incorre, all'evidenza, nel denunciato vizio di eccesso di potere cognitivo ai danni dell'amministrazione»¹⁶⁸.

In una simile fattispecie, non può - comunque - non paventarsi il dubbio che la Cassazione abbia (piuttosto essa stessa) sconfinato dall'ambito dei suoi poteri¹⁶⁹, finendo per lambire il confine, così delicato ma allo stesso tempo

¹⁶⁸ *Ibidem*. La pronuncia così conclusivamente ha statuito: «[...] è del tutto consentito ed è assolutamente ragionevole, in vista del primario obiettivo di assicurare un giusto processo, e tramite esso, una giusta decisione, che, cassata la decisione in tal guisa viziata e su impulso della parte interessata si possa procedere alla riattivazione del giudizio, e che quel processo d'appello possa riprendere e pervenire a nuova decisione sulla domanda di annullamento dell'atto». Tale *modus operandi* della Cassazione ha incontrato le critiche di una parte della dottrina (cfr. B. SASSANI, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio, le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della Costituzione*, cit., 1591: «[U]n addetto ai lavori sospetterà, a questo punto, il grimaldello della *translatio iudicii*, e in effetti così è stato. Solo che qui, più che un istituto giuridico è stata evocata una formula *passerpartout* dotata di virtù quasi magiche»), e il favore di altra (cfr. F. VOLPE, *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 2013, 3, 695-696: «[S]embra corretta, infine, anche la decisione della suprema Corte, di rinviare la controversia al giudice amministrativo. In effetti, nel caso di specie, non si discute dei confini posti tra i vari apparati giurisdizionali, quanto dei limiti al sindacato operato del solo Consiglio di Stato sul merito amministrativo [...]. Stabilito che, nel caso di specie, il giudice amministrativo ha valicato tale limite, questo ancora non significa che, sulla base del materiale probatorio acquisito in giudizio, non si potesse pervenire ugualmente ad una pronuncia di annullamento dell'operata esclusione, sulla base, tuttavia, dei più ristretti e tradizionali canoni del controllo sintomatico sull'eccesso di potere. Da qui deriva la ragionevole decisione di sottoporre nuovamente la questione al giudice di provenienza»).

¹⁶⁹ Secondo B. SASSANI, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio, le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della Costituzione*, cit., 1593, il ragionamento della Cassazione si sarebbe nella specie sostanziato in ciò, che «[...] la giurisdizione sarebbe stata correttamente esercitata se la domanda fosse stata accolta con la formula della “*pretestuosità del comportamento*” dell'amministrazione; poiché invece l'azione è stata ritenuta fondata sul presupposto della mera censurabilità dell'attività posta in essere (“*non condivisibilità del comportamento*” [...]), il giudice ha sconfinato dalla sua giurisdizione [...]». L'Autore evidenzia, in tal senso, che «[C]osì ragionando, le Sezioni Unite hanno esercitato il più schietto controllo di merito su una decisione del Consiglio di Stato».

compiutamente definito¹⁷⁰, tra l'eccesso di potere del giudice e l'eccesso di potere dell'amministrazione.

Una corretta demarcazione di tali figure risulta vieppiù necessaria quando la cognizione del giudice amministrativo fuoriesca dalla tradizionale sfera della giurisdizione di legittimità per confluire in quella di merito, come in caso di giudizio di ottemperanza.

Nel sottolineare che l'eccesso di potere giudiziario non potrebbe ravvisarsi nel fatto stesso che il giudice dell'ottemperanza, rilevando la violazione o elusione del giudicato, abbia adottato - ovvero ordinato di adottare - i provvedimenti che l'amministrazione inadempiente avrebbe (essa stessa) dovuto attuare, la Suprema Corte ha avuto modo di evidenziare come lo scrutinio *ex art.* 111, comma 8, Cost. sia esercitabile anche quando, essendo conferita al medesimo giudice amministrativo una giurisdizione di merito, al Consiglio di Stato si addebiti di avere ecceduto il limite entro cui un tale potere gli compete¹⁷¹.

In altri termini, ciò che qui si rimprovera al giudice amministrativo è di avere esercitato una giurisdizione di merito in presenza di situazioni che avrebbero potuto dare adito soltanto alla normale giurisdizione di legittimità, e, pertanto, all'esercizio di poteri cognitivi e non anche esecutivi, ovvero che comunque non avrebbero potuto dare ingresso alla predetta giurisdizione di merito¹⁷².

A ben vedere, è di tutta evidenza come a venire (qui) in rilievo sia pur sempre lo stesso principio: un eccesso di potere del giudice amministrativo sarà configurabile nel caso in cui quest'ultimo, dotato della sola giurisdizione di legittimità, sconfini nel merito amministrativo, così invadendo le prerogative

¹⁷⁰ Cfr. *supra*, par. 1, parte finale, spec. in corrispondenza della nota n. 70.

¹⁷¹ Cass. civ. s.u. 9 novembre 2011, n. 23302. La pronuncia sarà analizzata compiutamente nel capitolo 3, par. 2.

¹⁷² Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit.

spettanti all'autorità pubblica¹⁷³. Con la conseguenza che, quando si esamini una pronuncia del Consiglio di Stato resa in sede di ottemperanza, il vizio sarà riscontrabile qualora si discuta della possibilità stessa, nella fattispecie di riferimento, di far ricorso alla giurisdizione di ottemperanza: assumono, in tal senso, rilievo i casi in cui si denunci l'indebito esercizio, da parte del Consiglio di Stato, di tale speciale giurisdizione (con i conseguenti riflessi sul merito amministrativo) in fattispecie suscettibili di essere, invece, trattate nella cornice della giurisdizione di legittimità (o eventualmente esclusiva), ovvero, più in generale, quando il giudizio di ottemperanza, sostanziandosi nell'emanazione di un ordine di fare (o di non fare) dal giudice rivolto all'amministrazione, si espliciti al di fuori dei casi in cui un tale ordine poteva impartirsi¹⁷⁴.

In una siffatta cornice ermeneutica risulta oltremodo delicato isolare, tra le questioni di giurisdizione sindacabili dinanzi alla Suprema Corte, il mero errore giudiziale *in iudicando*¹⁷⁵ o *in procedendo*¹⁷⁶.

¹⁷³ Della particolare declinazione della fattispecie nell'ambito del giudizio di ottemperanza si tratterà più diffusamente nella sede opportuna (*infra*, cap. 3, par. 2).

¹⁷⁴ Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit. Nello specifico, volendo anticipare alcune delle linee essenziali della questione, la Cassazione rimarca come risulti decisivo stabilire «se quel che viene in questione è il modo in cui il potere giurisdizionale di ottemperanza è stato esercitato dal giudice amministrativo, attenendo ciò ai limiti interni della giurisdizione, oppure il fatto stesso che, in una situazione del genere di quella considerata, un tal potere, con la particolare estensione che lo caratterizza, a detto giudice non spettava». Nello stesso senso la giurisprudenza successiva: cfr. *ex plurimis* Cass. civ. s.u. 19 gennaio 2012, n. 736; Cass. civ. s.u. 26 aprile 2013, n. 10060; Cass. civ. s.u. 29 novembre 2013, n. 26775; Cass. civ. s.u. 3 febbraio 2014, n. 2289; Cass. civ. s.u. 4 luglio 2016, n. 13575; Cass. civ. s.u. 24 marzo 2017, n. 7665; Cass. civ. s.u. 11 maggio 2017, n. 11520; Cass. civ. s.u. 15 giugno 2017, n. 14858; Cass. civ. s.u. 23 novembre 2018, n. 30421; Cass. civ. s.u. 19 dicembre 2019, n. 34020; Cass. civ. s.u. 14 gennaio 2020, n. 413. Sul punto, come detto, cfr. *infra*, cap. 3, par. 2.

¹⁷⁵ Cfr. *ex plurimis* Cass. civ. s.u. 24 novembre 2009, n. 24673, secondo cui «[L]'eventuale errore del giudice della ottemperanza nello accertamento della portata del giudicato non costituisce questione di giurisdizione ma solo *error in iudicando* non valutabile da questa Corte [...]».

¹⁷⁶ Cfr. *ex plurimis* Cass. civ. s.u. 2 dicembre 2009, n. 25344, che dà atto del principio, ritenuto pacifico nella giurisprudenza della Corte, secondo cui la decisione del Consiglio di Stato

È utile in tal senso accennare (proprio) alla fattispecie posta all'attenzione della Cassazione in occasione dell'affermazione dei principi di diritto appena richiamati¹⁷⁷.

Nella pronuncia in oggetto è stata cassata una sentenza del Consiglio di Stato che aveva accolto un ricorso in ottemperanza per elusione del giudicato derivante dall'annullamento di una delibera del Consiglio Superiore della Magistratura di conferimento di un incarico direttivo per eccesso di potere (in virtù di una ritenuta illogicità del giudizio di comparazione tra i candidati)¹⁷⁸.

La Suprema Corte ha intravisto nel fatto che il giudizio di ottemperanza fosse stato instaurato in un momento in cui il ricorrente (in ottemperanza) era già stato collocato a riposo per limiti di età, e che la sentenza fosse stata pronunciata quando tutti i partecipanti al concorso erano definitivamente usciti dall'ordine giudiziario, una circostanza incidente in maniera profonda sulla portata e sul contenuto effettivo del suddetto giudizio di ottemperanza: in tal senso, si è evidenziato come l'incarico già assegnato dovesse ormai essere oggetto di un concorso del tutto nuovo, destinato a svolgersi tra aspiranti diversi¹⁷⁹.

Nel ragionamento della Cassazione, il giudicato formatosi su un provvedimento con cui si conferisca un incarico pubblico ha l'effetto di imporre

adottata in sede di ottemperanza per l'esecuzione di un giudicato non è sindacabile dalla Cassazione «per pretesi errori d'interpretazione del giudicato stesso o delle norme relative alla sua esecuzione, sostanziandosi gli errori predetti in vizi *in procedendo* che attengono all'esplicazione interna del potere giurisdizionale conferito dalla legge al giudice amministrativo e non comportano l'inosservanza dei suoi limiti esterni, siccome, se fosse consentito alla Corte di Cassazione sindacare l'interpretazione del giudicato, sarebbero esercitati i poteri propri del giudice dell'ordinaria impugnazione, con ciò stesso violando l'autonomia giurisdizionale del supremo organo giurisdizionale amministrativo [...]».

¹⁷⁷ Si tratta (sempre) di Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit., che, come anticipato (cfr. nota n. 171), sarà oggetto di approfondita disamina nel prosieguo della trattazione (cap. 3, par. 2).

¹⁷⁸ Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

all'amministrazione di rinnovare la procedura volta al conferimento di tale incarico soltanto se e fino a quando quest'ultimo sia ancora conferibile e la procedura risulti ancora espletabile, in caso contrario cessando non solo l'obbligo ma la stessa possibilità di provvedere in tal senso (e salvo l'eventuale diritto al risarcimento per chi abbia visto le proprie legittime aspirazione indebitamente frustrate)¹⁸⁰.

Nell'escludere che si possa dar corso ad una procedura concorsuale 'ora per allora', al solo fine ipotetico di riconoscere un determinato trattamento di quiescenza del candidato che risulti vincitore, la Suprema Corte ha (tra l'altro) puntualizzato che un ragionamento contrario avrebbe l'effetto di trasformare, snaturandolo, l'oggetto medesimo del giudizio di ottemperanza¹⁸¹. Dal dover essere preordinato alla realizzazione della causa tipica del provvedimento amministrativo cui la p.a. risulti vincolata dal precedente giudicato (o, al più, al risarcimento del danno), tale giudizio sarebbe, in quest'ottica, piuttosto indirizzato ad un accertamento destinato a riflettersi su un rapporto di tipo diverso (nel caso di specie, di natura previdenziale)¹⁸².

Di qui la ritenuta «esorbitanza del provvedimento di ottemperanza dai limiti del relativo potere giurisdizionale»¹⁸³, e non piuttosto il rilievo di un eventuale *error in iudicando* del giudice amministrativo, (anche) sotto tale profilo evidenziandosi perplessità, in sede di commento alla sentenza, rispetto alla posizione assunta dalle Sezioni unite¹⁸⁴.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ Cfr. 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, 1, 136 ss., secondo cui: «da decisione che il g.a. assuma in ordine al rilievo da attribuire a mutamenti della situazione di fatto o di diritto attiene all'esplicazione interna del potere giurisdizionale (conferito dalla legge al giudice dell'ottemperanza) sotto il profilo della

L'attenzione dell'interprete non può che confluire, a questo punto, su un dato peculiare: la Cassazione non rinuncia ad uno scrutinio pregnante sull'operato del giudice amministrativo nonostante si paventi il rischio (peraltro, nella fattispecie da ultimo accennata, effettivamente realizzatosi) di un vuoto di tutela (per il ricorrente in ottemperanza)¹⁸⁵.

Viene, in altri termini, obliterato quello stesso principio - i.e. l'effettività della tutela giurisdizionale - che in diverse circostanze aveva invece *giustificato* l'azione 'interventista' della Cassazione adita in sede di ricorso per motivi di giurisdizione.

Occorrerà in tal senso (a maggior ragione) vagliare, nella sede opportuna¹⁸⁶, se la Corte abbia o meno, nella specie, esorbitato dai limiti del suo potere.

ricognizione dell'oggetto e dei presupposti del giudizio in questione ed eventuali errori ad essa sottesi configurano *errores in iudicando*: la contestazione che in una certa situazione l'inottemperanza fosse giustificata e, quindi, non potendo la p.a. eseguire spontaneamente il giudicato, nemmeno al giudice dell'ottemperanza sarebbe stato consentito un potere di condanna o di sostituzione avente tale contenuto, attiene propriamente ai limiti interni della giurisdizione, dal momento che essa sottende un errore del g.a. non nell'individuare astrattamente il tipo di giurisdizione sulla domanda, ma nel ritenere persistente l'interesse ad una definizione, ancorché virtuale, del rapporto da parte della p.a.» (157-158). Cfr. altresì *infra*, cap. 3, par. 2, spec. nota n. 751.

¹⁸⁵ Cfr. ancora G. MARI, *Osservazioni alla sentenza della Cassazione, Sezioni unite, 9 novembre 2011, n. 23302*, cit., 157, che rimarca come questa volta l'esito del giudizio di cassazione sia risultato «non soddisfacente nell'ottica della effettività della tutela giurisdizionale», al riguardo evidenziando che «l'interpretazione dello scopo e dei presupposti del giudizio di ottemperanza e, di riflesso, delle forme di tutela con lo stesso conseguibili, che la Cassazione fornisce ha infatti l'effetto di condurre ad un vuoto di tutela e, quindi, ad una ineffettività della tutela giurisdizionale». Anche su questo aspetto si tornerà *infra*, cap. 3, par. 2, parte finale, in cui saranno altresì richiamate alcune osservazioni dell'Autrice sul punto (in corrispondenza della nota n. 746).

¹⁸⁶ Cfr. *infra*, cap. 3, par. 2.

3. *Il tentativo di riconduzione a sistema della figura e la dogmatica del giudizio come campo elettivo di indagine. La definizione di una netta linea di demarcazione tra l'eccesso di potere dell'amministrazione e l'eccesso di potere del giudice amministrativo per scongiurare il rischio di un eccesso di potere della Corte regolatrice della giurisdizione.*

Come anticipato, la Corte costituzionale ha di recente statuito importanti principi in materia di eccesso di potere giurisdizionale: la sua analisi ha riguardato, in tal senso, non una «ordinaria questione di giurisdizione, avente ad oggetto la natura della situazione giuridica soggettiva azionata, ma l'interpretazione ed applicazione di norme costituzionali, e in particolare del comma ottavo dell'art. 111 Cost.»¹⁸⁷.

L'intervento della Consulta ha inteso non condividere l'assunto secondo cui la riconduzione del sindacato su *errores in procedendo* o *in iudicando* ai motivi inerenti alla giurisdizione si pone in termini di 'interpretazione evolutiva', a ciò ostando la lettera e lo spirito dell'art. 111, comma 8, Cost.: tale norma attingerebbe il suo significato e il suo valore, a detta della Corte, dalla contrapposizione con il comma 7, che sancisce il principio del ricorso in Cassazione per violazione di legge contro le sentenze degli altri giudici, laddove

¹⁸⁷ Corte cost. n. 6/2018, cit. Per una puntuale analisi della fattispecie concreta da cui prende le mosse la decisione della Corte costituzionale e, più in generale, del percorso motivazionale alla base delle statuizioni ivi contenute cfr., anche a fini bibliografici, la nota predisposta dall'Ufficio Studi della giustizia amministrativa *La Corte costituzionale chiarisce il concetto di "motivi inerenti alla giurisdizione" di cui all'art. 111, comma 8, Cost., quale presupposto per la sindacabilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it. Cfr. altresì A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 1111 ss.; A. POLICE, F. CHIRICO, «*I soli motivi inerenti la giurisdizione*» nella giurisprudenza della Corte costituzionale, cit.; G. SIGISMONDI, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giur. cost.*, 2018, 1, 122 ss.

avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti si specifica che lo stesso è ammesso per i ‘soli’ motivi inerenti alla giurisdizione; i due tipi di ricorso non sarebbero, dunque, assimilabili ed una eventuale parificazione metterebbe, peraltro, in discussione la scelta di fondo dei Costituenti dell’assetto pluralistico delle giurisdizioni¹⁸⁸.

Per la Consulta «[L]’opposto filone giurisprudenziale [...] argomenta la sua tesi sulla base di considerazioni che sono o prive di fondamento o estranee ad una questione qualificabile come propriamente di giurisdizione, e cioè richiamando principi fondamentali quali la primazia del diritto comunitario, l’effettività della tutela, il giusto processo e l’unità funzionale della giurisdizione»¹⁸⁹.

Mente il riferimento a quest’ultimo principio è stato assunto dalla Corte come «[P]rivo di fondamento», con riguardo all’effettività della tutela e al giusto processo il Giudice delle leggi ha ribadito la necessità che questi vadano garantiti «[...] ma a cura degli organi giurisdizionali a ciò deputati dalla Costituzione e non in sede di controllo sulla giurisdizione»¹⁹⁰.

Nel ragionamento della Corte, la concezione allargata del concetto di giurisdizione non potrebbe, infine, essere giustificata né dalla presunta eccessiva espansione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva (queste essendo state contenute dalla stessa Consulta nei limiti tracciati dalla Costituzione), né dalla violazione di norme dell’Unione europea o della CEDU (rispetto a cui non sarebbe peraltro chiaro se ciò valga sempre oppure solo in presenza di una sentenza sopravvenuta della Corte di giustizia o della Corte di Strasburgo), venendo (altrimenti) «[...] ricondotto al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata)»¹⁹¹. Per il Giudice delle leggi «il

¹⁸⁸ Corte cost. n. 6/2018, cit.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ *Ibidem*.

problema indubbiamente esiste» (specie nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali), ma questo «deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 cod. proc. civ., come auspicato da questa Corte con riferimento alle sentenze della Corte EDU [...]»¹⁹².

In tal senso, la Corte costituzionale ha perentoriamente statuito che l'eccesso di potere giudiziario¹⁹³, denunciabile con il ricorso in Cassazione per i suddetti motivi, va riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto e difetto relativo di giurisdizione¹⁹⁴.

E ciò anche per i casi di sentenze 'abnormi' o 'anomale' ovvero qualora venga in rilievo uno 'stravolgimento', a volte definito radicale, delle 'norme di riferimento': per la Corte costituzionale, infatti, «[A]ttribuire rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio è, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive»¹⁹⁵.

Il tentativo di neutralizzazione delle spinte propulsive in materia invalse nella prassi si è realizzato, dunque, mediante la stigmatizzazione della predetta concezione evolutiva dei motivi di giurisdizione.

Con riguardo al profilo specifico della violazione del diritto dell'Unione europea, si deve, tuttavia, dare atto di un recente rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE da parte delle Sezioni unite della Cassazione. Queste ultime, nel

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ *Ibidem*. Si è già evidenziato come la Consulta abbia approntato una definizione onnicomprensiva della categoria dell'eccesso di potere giudiziario, facendolo sostanzialmente coincidere con il complessivo ambito dei motivi di giurisdizione denunciabili dinanzi alla Cassazione (cfr. *supra*, par. 1, in corrispondenza delle note nn. 58-59). Diversa, come più volte puntualizzato, è la prospettiva assunta dalla presente trattazione.

¹⁹⁴ Corte cost. n. 6/2018, cit. Le fattispecie in cui, nel ragionamento della Corte, tali figure si sostanziano sono state già delineate nel corso della trattazione: si rinvia nuovamente al par. 1, in corrispondenza della nota n. 59.

¹⁹⁵ Corte cost. n. 6/2018, cit.

richiamare l'orientamento favorevole alla sindacabilità per motivi di giurisdizione delle sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con il diritto unionale (come interpretato da pronunce precedenti o successive della Corte di giustizia, e salvo il limite del giudicato), sul presupposto che un tale ricorso costituisca l'«unico strumento» per reagire a tali violazioni, hanno ritenuto di dubbia compatibilità con il diritto unionale l'orientamento giurisprudenziale formatosi sulla scia della predetta sentenza della Corte costituzionale del 2018, sull'assunto che in questo modo possa determinarsi il consolidamento della violazione del diritto UE e l'esposizione dello Stato (e degli organi giurisdizionali) a responsabilità¹⁹⁶.

In questa prospettiva, la Cassazione ha chiesto, in via pregiudiziale, un intervento interpretativo della Corte di giustizia su più quesiti, tra cui quello - rilevante ai nostri fini - teso a chiarire se il diritto europeo osti alla «prassi interpretativa» sul ricorso per motivi di giurisdizione quale si evince dalla sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale nonché dalla giurisprudenza nazionale successiva «che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione, sotto il profilo del cosiddetto “difetto di potere giurisdizionale”, non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate

¹⁹⁶ Cass. civ. s.u. ord. 18 settembre 2020, n. 19598. Tra i commenti all'ordinanza in oggetto cfr. M. CLARICH, *I motivi inerenti alla giurisdizione nel “dialogo” tra le Corti supreme*, in *Corr. giur.*, 2021, 2, 172 ss.; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Il Processo*, 2020, 3, 886 ss.; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020; M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2020, 5, 675 ss.; G. COSTANTINO, A. CARRATTA, G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *www.questionegiustizia.it*, 19 ottobre 2020. Rileva che «[I]n tal modo [...] è inutile nascondere, si tenta di assoggettare il custode dei controlimiti alle eventuali conclusioni della Corte di giustizia, subordinando quindi il primo alla seconda» R. VILLATA, *A proposito dell'ordinanza 19598/2020 delle Sezioni Unite*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 4, 1124.

in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione Europea (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) nei quali gli Stati membri hanno rinunciato ad esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto, con l'effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere corrette tramite il predetto rimedio e di pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, in contrasto con l'esigenza che tale diritto riceva piena e sollecita attuazione da parte di ogni giudice, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione da parte della Corte di giustizia, tenuto conto dei limiti alla "autonomia procedurale" degli Stati membri nella conformazione degli istituti processuali»¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Cass. civ. s.u. ord. n. 19598/2020, cit. Anche il secondo dei tre quesiti posti all'attenzione del giudice comunitario attiene all'interpretazione della normativa nazionale in punto di ricorso per motivi di giurisdizione; in particolare, la Cassazione chiede se il diritto unionale osti alla «interpretazione e applicazione dell'art. 111 Cost., comma 8, art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1 e art. 362 c.p.c., comma 1, e art. 110 del codice processo amministrativo, quale si evince dalla prassi giurisprudenziale nazionale, secondo la quale il ricorso per cassazione dinanzi alle Sezioni Unite per "motivi inerenti alla giurisdizione", sotto il profilo del cosiddetto "difetto di potere giurisdizionale", non sia proponibile come mezzo di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato che, decidendo controversie su questioni concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione, omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, da essa tassativamente indicate (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982 [...] C-238/81) che esonerano il giudice nazionale dal suddetto obbligo, in contrasto con il principio secondo cui sono incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che prevedano una privazione, anche temporanea, della libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario, di rendere irrimediabile (e favorire il consolidamento del)l'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare la uniforme applicazione e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione».

Non è questa evidentemente la sede per approfondire le argomentazioni alla base di un tale rinvio pregiudiziale¹⁹⁸.

Basti, tuttavia, qui osservare che in un passaggio dell'ordinanza - che ha richiamato, in conformità alla giurisprudenza costante del giudice comunitario ivi menzionata, il principio di autonomia procedurale degli Stati membri, in base al quale, in mancanza di norme dell'Unione in materia, è rimessa ai singoli Stati l'individuazione delle modalità processuali dei ricorsi giurisdizionali finalizzati a garantire la salvaguardia dei diritti dei soggetti dell'ordinamento, a sua volta correlato alla duplice condizione che tali modalità siano determinate in ossequio ai principi di equivalenza (non dovendo essere meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno) ed effettività (le predette modalità non dovendo rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dal diritto unionale)¹⁹⁹ -, le Sezioni unite hanno messo in rilievo un profilo molto delicato e rilevante per i fini di cui in trattazione.

La Cassazione, infatti, ha ritenuto «non [...] conforme al principio di equivalenza la prassi giurisprudenziale [...], la quale, nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto nazionale, ammette il ricorso per cassazione per difetto di potere giurisdizionale avverso le sentenze del Consiglio di Stato, cui si imputi di avere svolto un'attività di produzione normativa invasiva delle attribuzioni del legislatore, mentre, nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto dell'Unione, dichiara pregiudizialmente inammissibili i ricorsi per cassazione volti a denunciare il difetto di potere giurisdizionale del giudice che, elaborando ed applicando regole processuali di diritto nazionale, eserciti poteri di produzione normativa preclusi allo stesso legislatore nazionale,

¹⁹⁸ Cfr. più approfonditamente *infra*, cap. 2, par. 4.

¹⁹⁹ Cass. civ. s.u. ord. n. 19598/2020, cit., che richiama sul punto, tra le altre, Corte di giustizia, 15 marzo 2017, C-3/16.

essendo esclusivamente riservati al legislatore comunitario sotto il controllo della Corte di giustizia»²⁰⁰.

E ciò, evidentemente, sul presupposto che la violazione del diritto unionale integri un'attività di produzione normativa.

Il tema attiene al rapporto tra errata interpretazione delle norme di riferimento, che si sostanzia (pur sempre) in una violazione di legge, e eccesso di potere giurisdizionale *sub specie* di invasione del giudice amministrativo delle prerogative riconosciute in capo al legislatore: la questione sarà, dunque, analizzata in occasione della specifica disamina della figura²⁰¹.

In attesa del pronunciamento della Corte di giustizia, e ritornando alle statuizioni della Corte costituzionale, si deve rimarcare come la Consulta abbia annoverato l'ipotesi dell'invasione da parte del giudice speciale delle prerogative attribuite al legislatore o all'amministrazione - fattispecie che costituisce il fulcro dell'eccesso di potere del giudice amministrativo nell'accezione 'in senso stretto' fatta propria dal presente lavoro - nell'ambito della categoria del difetto assoluto di giurisdizione²⁰².

In generale, con riguardo alla presa di posizione del Giudice delle leggi, la dottrina ha evidenziato che «[...] in gioco è una partita importante, che coinvolge il rapporto stesso fra la legge e la giurisdizione»²⁰³.

²⁰⁰ Cass. civ. s.u. ord. n. 19598/2020, cit.

²⁰¹ Cfr. *infra*, cap. 2, par. 4.

²⁰² Cfr. Corte cost. n. 6/2018, cit. (il passaggio è riportato *supra*, in corrispondenza della nota n. 59). Come parimenti evidenziato, al vizio *de quo* è ricondotto altresì il c.d. arretramento, che si riferisce al caso in cui il Consiglio di Stato o la Corte dei conti neghi la propria giurisdizione sull'erroneo presupposto che la materia non possa formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale.

²⁰³ Così A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, cit., 1131, il quale osserva che «[I]l problema di fondo [...] non è più solo quello dell'applicazione dell'art. 111, comma 8, Cost., ma è quello più generale del valore della legge rispetto alla giurisdizione [...]». Secondo l'Autore «[R]ivendicare il valore della legge (a maggior ragione, della legge costituzionale) rispetto alla

La visione ‘riequilibratrice’ della Consulta, che pur si pone nel solco di alcune pronunce della Cassazione dimostrative di un certo *self restraint*²⁰⁴, è stata

funzione giurisdizionale non è espressione di una ‘lettura’ sorpassata, né tanto meno è frutto di una concezione culturalmente limitata del diritto, che tradurrebbe la funzione dei giudici a un mero ‘meccanicismo’ e così separerebbe artificiosamente il diritto dalla società e dalle sue naturali tendenze evolutive» (1131-1132). Travi evidenza, in quest’ottica, come il senso della legalità esiga una distinzione tra il piano del diritto e quello della riforma del diritto, e ciò ancorché una tale riforma risulti urgente, come «assolutamente urgente» sia, a parere dell’Autore, «la riforma del sistema attuale di riparto delle giurisdizioni [...]» (1132). In tal senso, dopo aver puntualizzato che «[I] due piani sono certamente vicini [...]», lo Studioso sottolinea che «l’esigenza di un nuovo diritto non rappresenta una ragione per giustificare un’interpretazione irrispettosa del diritto vigente, tanto meno se si tratta del testo costituzionale. Si perderebbero, altrimenti, a tacer d’altro, le ragioni di una cultura giuridica che ha permeato in profondità quel modello di garanzie che rimane una componente importante del nostro Paese. E cercare un rimedio sacrificando l’interpretazione della legge non rende assolutamente un buon servizio neppure all’esigenza di ragionare con franchezza su nuovi modelli che superino il sistema attuale» (1132).

²⁰⁴ In punto di «*self restraint, forse eccessivo, delle Sezioni Unite*», cfr. la disamina di A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, cit., 10, il quale, tra l’altro, riporta le statuizioni di Cass. civ. s.u. 15 marzo 2016, n. 5070, e di Cass. civ. s.u. 13 maggio 2013, n. 11345. Nella prima decisione si legge che «non è predicabile una violazione delle regole del riparto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo per il sol fatto che quel giudice, con la sua decisione abbia determinato l’effetto finale da essa conseguente di negare e, quindi, precludere, la tutela giurisdizionale ad una situazione giuridica soggettiva, che, secondo le regole astratte del riparto di giurisdizione, potrebbe ottenere tutela soltanto dinanzi ad esso», la sola constatazione di un siffatto risultato non essendo sufficiente ad evidenziare il vizio di violazione della giurisdizione: per la Cassazione «[O]ccorre, invece, che il risultato non sia l’effetto del modo in cui il giudice amministrativo ha applicato regole di rito disciplinanti il processo dinanzi ad esso oppure regole di diritto sostanziale inerenti alla vicenda dinanzi ad esso introdotta, bensì che sia l’effetto del convincimento erroneo da parte di quel giudice che la situazione giuridica dedotta non appartenga all’ambito della giurisdizione ad esso devoluta», solo in questo secondo caso configurandosi «la lesione delle regole sulla giurisdizione, che nella specie, essendo la situazione giuridica deducibile solo dinanzi al giudice amministrativo, assume il carattere di diniego di una qualsiasi tutela giurisdizionale per esservi soltanto una giurisdizione, quella negata dal giudice amministrativo». Nella seconda pronuncia, si evidenzia come il rifiuto di giurisdizione sia sindacabile quando il diniego di tutela da parte del giudice amministrativo «si radichi nell’affermazione della esistenza di un ostacolo generale alla conoscibilità della domanda», esulando dall’ambito di tale sindacato «quel diniego che discenda direttamente ed immediatamente dalla lettura delle norme invocate a sostegno della pretesa e che pertanto di tale lettura costituisca applicazione nel processo». Dopo aver dato atto di ciò,

confermata dalla giurisprudenza successiva della Corte regolatrice della giurisdizione²⁰⁵.

Occorre, comunque, evidenziare, come l'intervento della Corte costituzionale di cui si è appena dato atto non apporti un contributo ermeneutico decisivo con riguardo precipuo al tema oggetto del presente lavoro. Le statuizioni del Giudice delle leggi, infatti, poco hanno giovato all'opera di elaborazione dell'eccesso di potere del giudice amministrativo, nella accezione 'in senso stretto' più volte riferita, in una prospettiva di stampo dogmatico.

A ben vedere, tuttavia, ciò è diretta conseguenza dell'utilizzo, da parte della Consulta, di una nozione onnicomprensiva dell'istituto, con l'unica puntualizzazione (*supra* richiamata) secondo cui la fattispecie specifica dell'invasione del giudice amministrativo nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione si ricollega alla categoria del difetto assoluto di giurisdizione, considerazione, questa, peraltro scevra da implicazioni epistemologiche rilevanti.

Si comprende, allora, come la giurisprudenza successiva della Cassazione in tema di eccesso di potere giudiziario inteso - questa volta - 'in senso stretto' abbia sostanzialmente dato continuità agli orientamenti già abbondantemente sviluppati in materia dalla prassi precedente²⁰⁶.

Lamorgese osserva, tuttavia, come un tale *self restraint* della Cassazione rischi di trascurare che «gli *errores in iudicando* e *in procedendo*, se molto gravi, ben possono essere e di norma sono sintomo del superamento dei limiti esterni della giurisdizione, sicché negare il sindacato sui predetti *errores* potrebbe comportare un diniego del controllo sulla giurisdizione» (11).

²⁰⁵ Cfr. di recente Cass. civ. s.u. n. 7455/2020, cit.; Cass. civ. s.u. 24 gennaio 2020, n. 1608; Cass. civ. s.u. n. 414/2020, cit.; Cass. civ. s.u. n. 29082/2019, cit.; Cass. civ. s.u. n. 7926/2019, cit.

²⁰⁶ Talvolta la Cassazione esplicita in maniera maggiormente puntuale i connotati peculiari dell'eccesso di potere del potere giudice amministrativo, senza, tuttavia, apportare modifiche sostanziali al principio tralatizio della impugnabilità per motivi di giurisdizione dello sconfinamento da parte di quest'ultimo nelle prerogative del legislatore o dell'amministrazione.

Il fine perseguito dal Giudice delle leggi di restringere le maglie del sindacato del giudice dei conflitti ha piuttosto avuto di mira la riconduzione a sistema della surriferita concezione dinamica e funzionale della giurisdizione che aveva giustificato la impugnabilità per motivi di giurisdizione degli *errores in iudicando* e *in procedendo* (sia pure nei casi estremi succitati), e non certo la prospettiva di approntare un contributo alla teorica dell'eccesso di potere *sub specie* di sconfinamento del giudice amministrativo nelle prerogative riconosciute all'amministrazione. Ragion per cui alcun mutamento nei principi di diritto costantemente affermati già in epoca precedente dalla Cassazione si è registrato in materia.

Il giudice della giurisdizione ha, per tale via, continuato a sancire, da un punto di vista generale, l'impugnabilità della pronuncia del Consiglio di Stato che abbia, di fatto, invaso i poteri legislativi ed amministrativi, salvo specificare - in ossequio, appunto, ai dettami della Corte costituzionale - che il controllo di giurisdizione non può estendersi al sindacato delle sentenze cui pur si contesti di essere abnormi o anomale, ovvero di essere incorse in uno stravolgimento delle norme di riferimento²⁰⁷.

Un dato cattura, allora, l'attenzione dell'interprete (o anche solo del lettore). Salvo che con riguardo alla elaborazione della categoria degli *errores in iudicando* e *in procedendo*, prontamente ridefinita dall'intervento della Consulta (e così, poi, nel solco di quest'ultimo, come anticipato, dalla giurisprudenza successiva della Cassazione), l'esatta perimetrazione, quanto meno a livello definitorio, della figura dell'eccesso di potere del giudice amministrativo non ha risentito delle 'spinte interventiste' o degli 'arretramenti' succedutisi nel corso degli anni nella prassi delle giurisdizioni superiori.

Cfr. *infra* in trattazione con riguardo alle statuizioni di diritto enunciate dalle pronunce riportate nella successiva nota n. 208.

²⁰⁷ Cfr. la giurisprudenza citata nella precedente nota n. 205.

Anche nella sua interpretazione evolutiva, invero, la Suprema Corte ha essenzialmente (e formalmente) definito l'eccesso di potere del giudice amministrativo nella sua accezione 'in senso stretto' in termini di invasione da parte del Consiglio di Stato delle prerogative spettanti all'amministrazione (o al legislatore). Sovente il principio di diritto enunciato è stato quello secondo cui una tale fattispecie si configura solo quando l'indagine svolta dal giudice amministrativo, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, sia stata strumentale a una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, nonostante il rispetto della formula dell'annullamento, abbia espresso la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, procedendo ad un sindacato di merito che si estrinsechi in una pronuncia avente il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa²⁰⁸.

In cosa sia consistita (e consista) questa invasione e quali siano i riflessi ermeneutici di una indagine in tal senso sul sistema ordinamentale della giurisdizione nel suo complesso sono questioni che devono essere esaminate con riguardo alle singole fattispecie concrete sottoposte allo scrutinio della Cassazione *ex art. 111, comma 8, Cost.* Suonano attuali, per tale via, le parole di un Autore, che, nell'annotare una delle prime pronunce della Corte sul tema²⁰⁹,

²⁰⁸ Cfr. *ex plurimis*, per uno o più dei profili evidenziati, Cass. civ. s.u. 3 luglio 1993, n. 7288; Cass. civ. s.u. 5 agosto 1994, n. 7261; Cass. civ. s.u. 14 gennaio 1997, n. 313; Cass. civ. s.u. 15 maggio 1998, n. 4750; Cass. civ. s.u. 6 ottobre 2000, n. 5332; Cass. civ. s.u. 22 dicembre 2003, n. 19664; Cass. civ. s.u. 21 dicembre 2005, n. 28263; Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit.; Cass. civ. s.u. 28 aprile 2011, n. 9443; Cass. civ. s.u. 25 giugno 2012, n. 10503; Cass. civ. s.u. 21 febbraio 2017, n. 4395; Cass. civ. s.u. 9 aprile 2018, n. 8719; Cass. civ. s.u. 9 aprile 2018, n. 8720; Cass. civ. s.u. 2 maggio 2018, n. 10440; Cass. civ. s.u. 5 giugno 2018, n. 14437; Cass. civ. s.u. 4 settembre 2019, n. 6093; Cass. civ. s.u. n. 414/2020, cit.; Cass. civ. s.u. 3 marzo 2020, n. 5904; Cass. civ. s.u. 15 aprile 2020, n. 7833.

²⁰⁹ Si tratta di Cass. civ. s.u. 21 ottobre 1924, in *Giur. it.*, 1924, I, 1, 958 ss.

evidenziava come la nozione di eccesso di potere potesse risultare, «piuttosto che da vaghe e generali espressioni, dal modo con cui il sindacato viene esercitato sulla decisione impugnata»²¹⁰.

Che una esegesi estensiva dei motivi di giurisdizione, e, per essi, dell'eccesso di potere del giudice amministrativo contribuisca a rendere sempre più labile lo spazio tra il vizio scrutinabile *ex art. 111, comma 8, Cost.*, e quello di violazione di legge è considerazione dotata (evidentemente) di una certa validità scientifica. Che, parimenti, non l'elemento definitorio-formale, bensì quello materiale-sostanziale debba assurgere a substrato dogmatico intorno al quale erigere la teoria epistemologica dell'eccesso di potere del giudice amministrativo (nella più volte riferita accezione 'in senso stretto') è dato utile a giustificare la prosecuzione dell'analisi in una prospettiva incentrata (appunto) sulla 'dogmatica del giudizio'.

Il fulcro della questione attiene, invero e in maniera specifica, al *come* siano stati (e siano tuttora) concepiti i rapporti tra discrezionalità (anche tecnica) e merito, tra giudizio di legittimità e giudizio di merito, tra violazione di legge ed eccesso di potere (giurisdizionale), le relative tecniche di sindacato giudiziale, i principi del giusto (procedimento e del giusto) processo.

In una tale cornice, l'esame del rapporto tra l'eccesso di potere dell'amministrazione e l'eccesso di potere del giudice amministrativo, oltre a orientare, in base agli intenti esposti ad inizio trattazione, la lente ermeneutica con cui condurre l'indagine nel prosieguo del lavoro, diviene un ausilio essenziale per l'interprete interessato ad approfondire, soprattutto nei suoi risvolti applicativi, i fondamenti del giudizio della Corte regolatrice della giurisdizione. Perché quest'ultima possa statuire sull'eccesso di potere del

²¹⁰ L. CALIENDO, *In tema di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1925, IV, 49. Proprio in ragione di ciò, l'Autore qualificava come opportuna la scelta della Cassazione che, nella fattispecie di riferimento, si asteneva dal dare una definizione astratta della figura.

giudice amministrativo occorre, infatti, come perspicuamente rilevato da attenta dottrina, che il relativo sindacato permei l'essenza stessa della singola causa, con il rischio, tuttavia, che in questo modo la cognizione della Cassazione dirotti sull'eccesso di potere amministrativo²¹¹. Allo stesso modo si intravede, in tal senso, il pericolo che il giudizio della Suprema Corte finisca per investire il merito della controversia²¹².

L'individuazione di un punto di equilibrio tra valori contrapposti rappresenta, in questa materia, un approdo ermeneutico arduo ma irrinunciabile per il sistema ordinamentale, venendo in gioco di quest'ultimo la stessa tenuta costituzionale, che risulterebbe profondamente minata qualora si concretizzasse il rischio innanzi paventato.

A ben vedere, quest'ultima considerazione consente di approntare un elemento (definitivamente) chiarificatore della premessa ermeneutica, appena richiamata, su cui il presente lavoro fonda i suoi capisaldi epistemologici: è proprio la constatazione (*rectius* il tentativo di constatazione) di una base dogmatica comune tra l'eccesso di potere come vizio della funzione amministrativa e l'eccesso di potere come vizio della decisione giudiziale ad esigere che il confine tra le due categorie risulti compiutamente tracciato.

²¹¹ Cfr. F. MODUGNO, *Eccesso di potere, III) Eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 7, secondo cui «[...] nel verificare se il giudice amministrativo si sia mantenuto nell'ambito della competenza di legittimità o non abbia piuttosto sconfinato nel merito, la Cassazione può finire per sostituirsi, in pratica, ad esso nella cognizione diretta dei vizi del provvedimento amministrativo, pur avendo riconosciuto in astratto l'esistenza della potestà amministrativa. La sua indagine rischia, in tal modo, di spostarsi dalla cognizione dell'eccesso di potere giurisdizionale all'esame, ad esempio, dello stesso eccesso di potere amministrativo».

²¹² Cfr. C. FERRI, *Limiti del controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 359, il quale, con riguardo all'ipotesi dell'invasione della giurisdizione di merito da parte del giudice amministrativo di legittimità, evidenzia come la Cassazione debba riesaminare il contenuto delle valutazioni e dell'accertamento svolto dal Consiglio di Stato, rappresentando la possibilità che la Corte compia «un vero e proprio riesame della sentenza, che investe il merito della causa».

In termini maggiormente esplicativi, il rischio che la Cassazione ‘ecceda’ nel suo potere, di fatto ‘confondendo’ l’eccesso di potere del giudice amministrativo con l’eccesso di potere della pubblica amministrazione, se da un lato costituisce già di per sé indizio di una affinità categoriale tra le due tipologie di vizio, dall’altro richiede che la sua neutralizzazione passi necessariamente attraverso la definizione di una netta linea di demarcazione tra ciò che è sindacabile (i.e. l’eccesso di potere giudiziario) e deve essere, dunque, sindacato dalla Suprema Corte e ciò che non è sindacabile (i.e. l’eccesso di potere amministrativo) e, di conseguenza, non deve essere da quest’ultima sindacato²¹³.

Occorre evitare, in definitiva, che sia proprio la Cassazione a trascendere i confini del potere alla stessa attribuito dalla legge (e, *in primis*, dalla Costituzione). In una siffatta prospettiva, è evidente come l’eccesso di potere della Corte regolatrice della giurisdizione si attagli perfettamente alla logica del *tertium non datur*.

²¹³ Sempre attuale, in tal senso, è il contributo degli anni Trenta del secolo scorso di L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, cit., 231, il quale, riferendosi al potere della Cassazione di censurare il difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato, rimarca la necessità che questo debba esercitarsi «nei limiti più ristretti, nei soli casi cioè in cui propriamente difetto assoluto di giurisdizione si verifichi, per la materia sottoposta alla giurisdizione del Consiglio di Stato o per la materia da questo decisa con la sua pronunzia». Lo Studioso puntualizza, in tal senso, come occorra che sia «esclusa ogni indagine e censura da parte della Suprema Corte sull’uso, legittimo o no, della giurisdizione stessa, ed esclusa in ispecial modo la identificazione o, direbbesi meglio, confusione fra l’eccesso di potere giurisdizionale della legge del 1877 e l’eccesso di potere amministrativo, contemplato dalle leggi sulla giustizia amministrativa [...]; confusione o identificazione che, senza esprimerlo, vien fatta in sentenze della Corte di Cassazione rispetto a decisioni del Consiglio di Stato, da essa Corte annullate». In altri punti della trattazione, tuttavia, il medesimo Autore mostra di non condividere la tesi della ‘confusione’ dei due concetti da parte della Cassazione (cfr. *supra*, nota n. 103, in calce), salvo poi apparentemente ricredersi (cfr. *supra*, nota n. 102). Ciò a dimostrazione dell’estrema delicatezza della questione, che non può (e non deve) in alcun modo lasciar spazio ad indebite generalizzazioni e fuorvianti speculazioni ermeneutiche.

CAPITOLO II

LA DOGMATICA DEL GIUDIZIO

SOMMARIO: 1. L'eccesso di potere: vizio dell'atto amministrativo e vizio dell'atto giurisdizionale. – 2. Il campo di elezione del vizio di eccesso di potere: la discrezionalità amministrativa. Sintesi ed evoluzione del concetto. – 2.1. (*Segue*) Il controllo (generale) di legittimità sulla discrezionalità amministrativa. – 2.2. (*Segue*) Il merito amministrativo. – 2.3. Precisazioni in punto di discrezionalità tecnica. – 3. La dogmatica del giudizio sull'eccesso di potere del giudice amministrativo. Conclusioni. Rinvio. – 4. L'eccesso di potere come sconfinamento del giudice amministrativo nelle prerogative del legislatore.

1. L'eccesso di potere: vizio dell'atto amministrativo e vizio dell'atto giurisdizionale.

Nell'opera di perimetrazione dell'oggetto della sua indagine, un insigne Studioso, in uno scritto degli anni Trenta del secolo scorso, rappresentava l'intenzione di «mantenere la differenza tradizionale fra le due forme di eccesso di potere nell'atto amministrativo: l'eccesso di potere cosiddetto «antico» o «giudiziario», che si verifica quando l'attività amministrativa straripa nel campo della legislazione o della giurisdizione o in un campo sottratto a qualsiasi potere, e l'eccesso di potere cosiddetto «amministrativo», che abbraccia tutti gli altri aspetti del fenomeno»²¹⁴. È interessante notare come l'Autore abbia collegato all'atto amministrativo anche la figura dell'eccesso di potere giudiziario, che dovrebbe invece dall'ambito del primo rifuggire, esauendosi in un vizio inficiante *sic et simpliciter* la decisione giudiziale.

Di ben ardua comprensione appare, infatti, il fondamento giuridico di una siffatta relazione, se non in una prospettiva tendente ad illuminare quello

²¹⁴ N. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere "amministrativo" secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit., 435.

che costituisce uno dei punti cardine della trattazione: la constatazione di una matrice dogmatica comune alla base delle due categorie di eccesso di potere.

La conferma di una tale chiave di lettura si coglierebbe, a parere di chi scrive, nello stesso surriferito scritto, in cui si legge che «l'eccesso di potere «giudiziario» potrebbe ritenersi (come è stato da taluni ritenuto), esso pure, un aspetto del vizio della causa dell'atto amministrativo»²¹⁵.

Si comprende, allora, come ciò che nel corso della presente disamina occorre specificamente vagliare sia proprio l'evoluzione esegetica dell'eccesso di potere nella sua duplice declinazione di vizio dell'atto amministrativo e vizio dell'atto giurisdizionale, allo scopo di definirne puntualmente il confine in coerenza con gli obiettivi esposti alla fine del precedente capitolo.

Un approccio analitico all'esame dell'evoluzione storica e dogmatica della figura dell'eccesso di potere amministrativo, che ha goduto (e gode) dell'attenzione di una nutrita letteratura scientifica²¹⁶, senza dubbio trascende l'ambito dell'odierna indagine.

È chiara, tuttavia, la necessità di procedere quanto meno ad una sintetica esposizione delle tappe che hanno portato all'affermazione dell'attuale configurazione della categoria come 'vizio della funzione'²¹⁷.

²¹⁵ *Ivi*, nota n.1. Tale passaggio è stato altresì richiamato in precedenza: cfr. cap. 1, par. 1, nota n. 71.

²¹⁶ Cfr. *ex multis*, anche a fini bibliografici, P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, cit.; A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, cit.; R. RESTA, *La natura giuridica dell'eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, II, Padova, 1933, 383 ss.; F. ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, 1938, 447 ss.; G. SACCHI MORSIANI, v. *Eccesso di potere amministrativo*, in *Noviss. dig. it., App.*, III, Torino, 1982, 219 ss.; F. MODUGNO, v. *Eccesso di potere*, I) *Profili generali*, in *Enc. Giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, spec. 5 ss.; F. MODUGNO - M. MANETTI, v. *Eccesso di potere*, II) *Eccesso di potere amministrativo*, *ivi*, 1 ss.; F. BASSI, *Lo straripamento di potere*, cit., spec. 299 ss.; E. CARDI, S. COGNETTI, v. *Eccesso di potere (Atto amministrativo - Teoria generale)*, I agg., in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2012.

²¹⁷ Cfr. l'imprescindibile contributo in tal senso di F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit. All'eccesso di potere come 'vizio della funzione' si

Come evidenziato sin dall'inizio del lavoro, è nell'accezione di 'straripamento' che la figura dell'eccesso di potere si è innestata nel contesto ordinamentale nostrano, dopo l'originaria elaborazione francese del *débordement* o *empiètement de pouvoir*²¹⁸.

Senza che occorra riprendere le argomentazioni a suo tempo addotte, basti qui rimarcare che una siffatta nozione di eccesso di potere già conteneva *in nuce* il substrato dogmatico alla base dello sviluppo ermeneutico dell'eccesso di potere giudiziario, inteso come sconfinamento del giudice (amministrativo) nei poteri legislativi o amministrativi.

Il passaggio da una nozione di eccesso di potere legata al concetto di *pouvoir* come apparato costituzionale autonomo²¹⁹ (e dunque indagato nella sua relazione con gli altri poteri dello Stato), ad un'accezione più ampia della figura che avesse riguardo agli sconfinamenti dai limiti delle prerogative a ciascun organo assegnate nell'ambito dello stesso potere²²⁰, è, ancora una volta, merito dell'elaborazione francese. La matrice storica dell'eccesso di potere amministrativo è da rinvenire, infatti, nella giurisprudenza del *Conseil d'État*, che ha individuato, nel quadro della più generale categoria dell'*excès de pouvoir*, quella specifica del *détournement de pouvoir*²²¹, legato alla logica dello 'sviamento di

perviene, tuttavia, a seguito di un lungo e tortuoso percorso esegetico, come si avrà modo di esporre subito nel prosieguo della trattazione. Cfr. sul punto R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017, 469 ss.

²¹⁸ Cfr. i riferimenti dottrinali contenuti nella disamina effettuata nel cap. 1, par. 1, spec. in corrispondenza delle note nn. 8 e 9 e con riguardo al contenuto stesso di quest'ultima.

²¹⁹ Cfr. *supra*, cap. 1, par. 1, in corrispondenza della nota n. 7 in relazione alla ricostruzione di P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, cit.

²²⁰ Cfr. in tal senso - con riguardo all'evoluzione storica dell'eccesso di potere nel diritto francese - G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1963, 1, 73, anche in *Scritti giuridici di Giuseppe Palma*, Napoli, 2014, 13; nonché F. DELFINO, *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, Napoli, 1963, 164-165.

²²¹ Cfr. la ricostruzione di P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, cit., riportata *supra* nel cap. 1, par. 1, nota n. 10, a cui si rinvia per una sintetica disamina delle varie declinazioni dalla figura

potere', che veniva in rilievo ogniqualvolta il potere *discrezionale* fosse stato concretamente adibito ad uno scopo diverso da quello fissato dalla legge²²². Se una parte della dottrina riteneva che proprio in una simile accezione il nostro ordinamento avesse adottato l'espressione 'eccesso di potere' di cui all'art. 3 della L. 31 marzo 1889, n. 5992 (c.d. legge Crispi, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato)²²³, successivamente confluito nell'art. 26 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 (Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato)²²⁴, è stato parimenti osservato come non risultasse possibile «[...] in base alle attuali [*rectius*, allora vigenti, ndr] conoscenze storiche, accertare con sicurezza quale [fosse] stato il preciso significato attribuito all'eccesso di potere dal legislatore del 1889»²²⁵.

originariamente assunte, e in cui si dà altresì atto della teorizzazione di Laferrière, [E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, cit.].

²²² Cfr. A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, cit., 2567, secondo cui tale «[...] forma speciale di eccesso [...] dette modo alle parti di chiedere, e al Consiglio di consentire l'annullamento di molti atti discrezionali, corretti nella forma e non contrari alla lettera delle legge, ma disconoscanti lo scopo e lo spirito suo». Cfr. altresì F. DELFINO, *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, cit., 167, che richiama sul punto la giurisprudenza del Consiglio di Stato francese: «[I]l Consiglio affermò infatti che, se la pubblica amministrazione, nel determinarsi all'emanazione dei provvedimenti discrezionali, non è vincolata dalla lettera della legge quanto alla scelta dei mezzi, certamente è vincolata dallo spirito di essa quanto allo scopo da perseguire, volendo appunto la legge tale scopo sempre conforme al pubblico interesse. Di qui la illegittimità degli atti discrezionali emessi per un fine diverso da quello voluto dalla legge e la sua competenza a giudicare, quindi, di tutti i casi nei quali il potere amministrativo fosse sviato (*detourné*) dallo scopo legale».

²²³ Tale legge conflui subito dopo nel R.D. 2 giugno 1889, n. 6166 (Testo unico sul Consiglio di Stato), che sanciva all'art. 24 l'impugnabilità, davanti alla quarta sezione del Consiglio di Stato per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge, degli atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che avessero per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici. Attualmente l'esperibilità dell'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere è contemplata dall'art. 29 del codice del processo amministrativo.

²²⁴ Cfr. P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, cit., secondo cui «[...] quando il nostro legislatore adottò la voce «eccesso di potere» gli attribuì una portata più o meno corrispondente a quel tipo di vizio che la giurisprudenza del *Conseil d'État* aveva battezzato *détournement de pouvoir*».

²²⁵ Quest'ultimo rilievo è di F. BASSI, *Lo straripamento di potere*, cit., 304, che pure dà atto, in punto di interpretazione del lessema, della tesi estensiva (altresì riferendosi ad autorevoli voci

Fondamentale è apparsa dunque l'opera della giurisprudenza amministrativa, che della disposizione ha dato ben presto una interpretazione in senso estensivo²²⁶, in questo modo contribuendo in maniera decisiva all'evoluzione del concetto di eccesso di potere nell'ottica del superamento della antica nozione di 'straripamento'²²⁷.

Emblematica al riguardo è risultata una pronuncia del 1982 con cui la IV Sezione del Consiglio di Stato ha respinto il ricorso degli interessati in virtù della constatazione secondo cui «l'apprezzamento, che il Governo del Re ne ha fatto e ha messo a base del suo provvedimento, non contiene nulla d'illogico e d'irrazionale o di contrario allo spirito della legge per riconoscere nel provvedimento medesimo un eccesso di potere»²²⁸.

Il riferimento allo scopo diverso da quello fatto proprio dalla norma attributiva del potere, nelle varie declinazioni in cui lo stesso è suscettibile di

in sede parlamentare «favorevoli ad estendere la nozione dell'eccesso di potere fin quasi a rasentare l'abuso di potere [...]», all'uopo richiamando l'opinione di Auriti secondo cui l'eccesso di potere comprenderebbe il caso in cui si esegua la legge ma non ne sia rispettato lo spirito) (301 e nota n. 141), così come dell'opinione restrittiva «[...] propensa a ritenere che il legislatore del 1889 avesse usato la formula dell'eccesso di potere con l'identico significato tradizionalmente attribuito all'art. 3 n. 3 della legge 31 marzo 1877, n. 3761 [...]», che, evidenzia Bassi, «incontrò indubbiamente meno favore» (302).

²²⁶ Cfr. (ancora) F. BASSI, *Lo straripamento di potere*, cit., 305. L'Autore evidenzia in tal senso «[...] l'importanza decisiva che occorre attribuire ai modi in cui storicamente la formula è stata interpretata dalla giurisprudenza amministrativa lungo l'arco del proprio processo evolutivo», osservando che «[...] già nei primi anni successivi alla propria istituzione la IV Sezione del Consiglio di Stato manifestò chiaramente il proprio intendimento di dilatare i confini della figura dell'eccesso di potere, utilizzando i risultati a cui era pervenuta la giurisprudenza amministrativa francese [...]».

²²⁷ Cfr. sul punto R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 475. Gli Autori danno atto dell'evoluzione dell'eccesso di potere, che «[C]ome già in Francia, anche in Italia [...] diviene il mezzo per controllare la discrezionalità dell'amministrazione, per consentire il sindacato sulle scelte discrezionali, dunque riferito a problemi che non hanno nulla da spartire con lo straripamento di potere».

²²⁸ Cons. Stato, sez. IV, 7 gennaio 1892, n. 3, in *Giur. it.*, 1892, III, 214 ss., richiamata altresì da A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, cit., 2563.

atteggiarsi in concreto²²⁹, costituisce, dunque, il fondamento dell'interpretazione giurisprudenziale della figura dell'eccesso di potere *sub specie* di sviamento²³⁰. Ed in ciò è chiara la corrispondenza biunivoca tra tale nozione e quella di *discrezionalità*²³¹, come si avrà modo di apprezzare in seguito.

Proprio in considerazione della difficoltà di «dimostrare gli scopi dissimulati realmente perseguiti e quindi la mancata corrispondenza tra scopo concretamente seguito e fine astratto prefissato dal legislatore»²³² è successivamente invalsa la concezione 'sintomatica' dell'eccesso di potere²³³.

²²⁹ Cfr. le esemplificazioni riportate da N. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere "amministrativo" secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit., 440, che riferisce «le prime manifestazioni della giurisprudenza della IV Sezione» al campo della «violazione dello spirito della legge», a sua volta riferibile alla categoria dello «sviamento di potere per falsità della causa».

²³⁰ Cfr. in tal senso il fondamentale contributo di A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, cit., 2563. Dalle «gravi e ponderate parole» utilizzate dal Consiglio di Stato nella citata pronuncia del 1982, l'Autore ricavò la massima secondo cui «[N]on può riconoscersi eccesso di potere nella misura amministrativa fondata su di un apprezzamento di fatti indubitati il quale non contenga nulla di illogico e di irrazionale o di contrario allo spirito della legge». Secondo Codacci Pisanelli, «[T]ale massima negativa può poi, a sua volta, correttamente ridursi a questa importante affermazione: vi potrà essere eccesso di potere quando una misura amministrativa sia fondata su apprezzamenti, i quali contengano qualcosa d'illogico e d'irrazionale o di contrario allo spirito della legge». Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 8 luglio 1910, in *Foro it.*, 1911, III, 55 ss., che riferisce alla forma tipica dell'eccesso di potere, ovvero allo sviamento, «il far servire una legge ad uno scopo assolutamente diverso da quello cui la legge stessa intende»; Cons. Stato, sez. IV, 15 maggio 1908, *ivi*, 1909, III, 8 ss., che, in tale prospettiva, richiama, tuttavia, la sanzione della nullità: «[È] noto come la giurisprudenza della IV Sezione abbia fin dal suo inizio ammesso come motivi di nullità degli atti amministrativi il vizio dello sviamento di potere, quando, cioè, una misura amministrativa sia fondata su apprezzamenti i quali contengono qualcosa d'illogico, d'irrazionale o di contrario allo spirito della legge».

²³¹ Cfr. A. PIRAS, v. *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, secondo cui «[I]l problema dell'eccesso di potere si connette strettamente a quello della discrezionalità e ne segue l'evoluzione [...]».

²³² Così R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 481.

²³³ Cfr. *ex multis* in giurisprudenza, in tema di contraddizione del provvedimento con atti precedenti, Cons. Stato, IV sez., 18 luglio 1902, in *Giust. amm.*, 1902, I, 994, in tema di motivazione contraddittoria, Cons. Stato, IV sez., 3 novembre 1906, in *Giur. it.*, 1907, III, 21; in punto di contrarietà alla legge, illogicità o irrazionalità della motivazione, cfr. la giurisprudenza riportata da L. RAGNISCO, *Il ricorso in via straordinaria al Re e la giurisprudenza del Consiglio di Stato*,

Illuminante, in tal senso, è la ricostruzione che ne traccia, prima di superarla, il Benvenuti, che osserva come nella maggior parte dei casi il giudice non annulli gli atti viziati per eccesso di potere dopo essersi convinto dell'esistenza del vizio in virtù di una analisi condotta alla stregua di un confronto tra gli elementi dell'atto e ciò che essi avrebbero dovuto essere in base alla previsione normativa (e, dunque, con una indagine diretta a conoscere *immediatamente* l'elemento che si assume viziato), ma a tale annullamento pervenga solo dopo aver accertato la sussistenza di aspetti o sintomi dell'eccesso di potere, come la contraddizione tra i motivi e il dispositivo ovvero tra provvedimenti, la disparità di trattamento, la manifesta ingiustizia, e così via²³⁴.

in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, II, Roma, 1932, 54. Più in generale, cfr., in tempi recenti, Cons. Stato, sez. VI, 13 aprile 1992, n. 256, in *Cons. Stato*, 1992, 606, in cui viene evidenziato come lo sviamento di potere non ricorra solo quando vi sia la prova dello sviamento stesso, ma anche in presenza di un vizio sintomatico dell'eccesso di potere. Cfr. N. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere "amministrativo" secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit., 439, che distingue tra *accertamento diretto* e *accertamento per via di sintomi*: il primo «consente di poter stabilire quale dei vizi della causa (falsità, illiceità, mancanza) travagli l'atto»; nel secondo, evidenzia l'Autore, ciò risulta «molto più difficile e spesse volte impossibile», in quanto «[I]l sintomo (travisamento dei fatti, per es.) ci avverte che un vizio invalida l'atto; ma poiché questo vizio rimane nascosto, esso, di regola, non può essere identificato dal giudice nella sua sagoma particolare». Il contributo di Pappalardo contiene una ricca disamina delle figure sintomatiche e della prassi applicativa in materia. Per una elencazione di tali figure cfr. altresì O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit., 96 ss.; R. ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1934, anche in Id., *Scritti minori*, Milano, 1981, 91-92, il quale riporta (in nota) un'ampia rassegna giurisprudenziale sul tema. Cfr. altresì R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 483, che evidenziano come la creazione giurisprudenziale delle figure sintomatiche non si basi solo sul «rendere più agevole il sindacato da parte del giudice amministrativo nei casi di sviamento di potere», in ciò rilevando una ragione «di più ampia garanzia»: quella di «portare all'interno del vizio di eccesso di potere alcune situazioni anomale, ma non riconducibili con immediatezza a tale vizio, per ampliare il proprio sindacato sulla discrezionalità amministrativa, pur rimanendo all'interno della giurisdizione di legittimità».

²³⁴ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 993-994. Cfr. altresì M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, III ed., Milano, 1993, 321, il quale, nello spiegare la ragione della definizione delle fattispecie in esame in termini di 'figure sintomatiche', evidenzia che, nell'ambito del giudizio sulla legittimità dell'atto, il giudice «non scende ad una compiuta

È lo stesso Autore, tuttavia, ad approntare una critica di tale concezione sulla base della constatazione della differente struttura del giudizio del giudice quando l'accertamento dell'eccesso di potere consegua al riconoscimento di una difformità di un elemento dell'atto (volontà o causa) rispetto alla fattispecie astratta di riferimento, ovvero nel caso in cui il riscontro del vizio consegua all'accertamento di un sintomo: «nel primo caso l'invalidazione dell'atto segue, come conseguenza, all'accertamento di un fatto che si riconosce causa del vizio in un singolo elemento dell'atto [...]; nel secondo invece l'invalidazione segue al riconoscimento dell'esistenza di una situazione che, pur senza essere, almeno in quel senso, la causa del vizio, e senza che sia individuato l'elemento viziato, è tuttavia tratta a giustificare ugualmente l'annullamento dell'atto impugnato»²³⁵.

Benvenuti arriva a concepire le figure sintomatiche - ricondotte alle ipotesi in cui nell'azione amministrativa si manifesti una violazione del *principio* di giustizia sostanziale, ovvero del *principio* di ragionevolezza dell'agire amministrativo, e, ancora, al caso in cui si palesi in quell'agire una violazione dei *principi* della stessa organizzazione amministrativa²³⁶ - come «vere seppure non intrinseche ragioni di invalidità dell'atto amministrativo»²³⁷, facendone emergere la natura sostanziale (e non di sintomi rivelatori dell'esistenza di un vizio in un elemento dell'atto)²³⁸, e il loro «valore sostanziale di vizio dell'atto»²³⁹; più nello specifico, la loro natura di «vizi estrinseci dell'atto»²⁴⁰.

analisi della fattispecie, non va a confrontare il fatto dei singoli elementi con lo schema normativo, ma induce l'esistenza del vizio dalla constatazione di talune carenze individuabili da operazioni di logica (contraddittorietà di provvedimenti, manifesta illogicità), o di queste in collegamento con principi regolatori dell'attività amministrativa (manifesta ingiustizia, disparità di trattamento)».

²³⁵ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 995-996.

²³⁶ *Ivi*, 1011 ss.

²³⁷ *Ivi*, 1011.

²³⁸ *Ivi*, 1022.

²³⁹ *Ivi* 1023.

²⁴⁰ *Ivi*, 1024.

Le figure sintomatiche si risolvono, in questa prospettiva, in «ipotesi di violazioni di quei principi e norme di carattere generale che sono connaturati alla stessa essenza dell'ordinamento giuridico amministrativo»²⁴¹.

Emerge, così, una nuova configurazione del vizio di eccesso di potere, che viene collegato al concetto generale e complessivo di 'funzione'²⁴².

Per tale via, i summenzionati principi si risolverebbero nella disciplina non degli elementi del singolo atto amministrativo, bensì dell'attività amministrativa che si esercita per quell'atto, venendo a costituire la condizione di legittimità della funzione amministrativa, intesa quest'ultima come «il concretarsi del potere [...] in un singolo atto amministrativo [...]»²⁴³, ovvero come «attività funzionalizzata attinente all'esercizio della potestà»²⁴⁴.

Il superamento della sistematica ruotante intorno agli indici sintomatici dell'eccesso di potere²⁴⁵ si innesta così in un processo di elaborazione della

²⁴¹ *Ivi*, 1015. Sul punto l'Autore evidenzia che «[S]i può [infatti] pensare che dallo stesso suo essere un ordinamento derivi l'esigenza della logicità, come dall'essere ordinamento giuridico di uno Stato di diritto derivi l'esigenza della giustizia; ed infine che dall'essere ordinamento giuridico amministrativo derivi la necessità di corrispondere alle esigenze dipendenti dalla struttura organica in cui tale ordinamento si manifesta».

²⁴² È importante sottolineare come lo stesso Benvenuti, in *Id.*, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, V ed., Padova, 1987, 108-109, distingue tra sviamento di potere come vizio della causa dell'atto («l'agente ha deviato dalla causa dell'atto soddisfacendo un interesse funzionale diverso da quello protetto dalla norma attributiva del potere») e eccesso di potere come vizio della funzione (quando «la deviazione della relazione causale tra fattispecie astratta e fattispecie reale[,] avviene in un momento anteriore: precisamente nel momento di esplicazione della funzione. In questi casi non è, di per sé, viziata la causa dell'atto ma la funzione, la quale si è esplicata senza tener conto di alcuni principii giuridici vincolanti dell'agire dell'Amministrazione»). Concepisce l'eccesso di potere sempre come vizio della funzione A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, *L'accertamento del rapporto e l'esecuzione della sentenza*, Milano, 1962, 291 ss., spec. 407 ss.

²⁴³ Tali rilievi sono (tutti) di F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 1018.

²⁴⁴ Così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 321.

²⁴⁵ Occorre evidenziare, tuttavia, come la giurisprudenza non abbia mai formalmente abbandonato tale sistematica, la cui applicazione, anzi, nel corso del tempo ha acquisito (quasi)

figura finalizzato a dare rilievo alla «più intima natura di tale vizio dell'atto»²⁴⁶. In una siffatta direzione si inquadrano i tentativi di ricostruzione dell'eccesso di potere²⁴⁷, prima ancora che come vizio della funzione nel suo complesso, come ipotesi, tra le altre, di mancanza della causa²⁴⁸, vizio della causa²⁴⁹, o, ancora, di vizio della volontà²⁵⁰.

Emerge chiaramente, in quest'ottica, come la tendenza fosse quella di dare rilievo all'unitarietà della categoria²⁵¹.

un carattere di automatismo: cfr. in tal senso G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, cit., 228-229, che riporta una vasta rassegna giurisprudenziale sul punto. L'Autore sottolinea, comunque, che tali figure sintomatiche si sostanziano in «formule di comodo» di cui il giudice si serve per connotare la vicenda dell'eccesso di potere, quest'ultima venendo ormai riguardata in relazione all'intero comportamento dell'amministrazione in funzione dello specifico interesse pubblico assegnato all'atto dallo schema normativo (228).

²⁴⁶ Quest'ultima espressione è di F. BASSI, *Lo straripamento di potere*, cit., 313.

²⁴⁷ Cfr. le diverse concezioni sviluppate in letteratura in merito alla natura dell'eccesso di potere richiamate da F. BASSI, *Lo straripamento di potere*, cit., 313-314, alcune delle quali riportate subito *infra* in trattazione. Per una disamina della prassi applicativa sviluppatasi sul tema all'indomani dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, cfr. i numerosi riferimenti giurisprudenziali contenuti in N. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere "amministrativo" secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit., 440 ss.

²⁴⁸ Cfr. F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, III, 113.

²⁴⁹ Cfr. N. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere "amministrativo" secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit., 438, secondo cui «[L]o sviamento è la forma di eccesso di potere, che attiene esclusivamente alla causa dell'atto. Nei casi di sviamento, non pare che sia rintracciabile alcun vizio della volontà».

²⁵⁰ Cfr. O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit., 96, secondo cui «[...] l'eccesso di potere riguarda il processo di formazione della volontà dell'organo amministrativo nella emanazione dell'atto amministrativo; ed è un *vizio della volontà nell'atto medesimo*». Per l'Autore, infatti, «[O]gni vizio nel motivo primo, determinante dell'atto amministrativo (causa); ovvero nelle condizioni o stati di fatto o di diritto, nel presupposto dell'esistenza dei quali la volontà dell'organo si è determinata alla emanazione dell'atto (motivi), dà luogo all'eccesso di potere». Cfr. altresì A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, 105 ss.

²⁵¹ F. BASSI, *Lo straripamento di potere*, cit., 314. Cfr. altresì - richiamato, insieme ad altri Autori, dallo stesso Bassi, *ivi*, nota n. 182 - E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 313, il quale così osserva: «[I]n breve, va riaffermata l'unicità del vizio di eccesso

Come rilevato in dottrina, «[L]a conseguenza più importante della teoria dell'eccesso di potere come vizio della funzione è di favorire un nuovo avvicinamento con l'elaborazione giurisprudenziale, fornendo una base teorica ad un sindacato di tipo sostanziale da parte del giudice»²⁵²; d'altro canto, non può che rimarcarsi come l'elaborazione della figura segua pedissequamente le problematiche ermeneutiche che hanno connotato lo studio della discrezionalità amministrativa, a sua volta incentrata intorno alla tematica dell'interesse protetto dalla norma attributiva del potere.

E non è un caso che l'evoluzione dell'eccesso di potere, e dello stesso concetto di 'sviamento'²⁵³, si sia mossa lungo una tale direttrice ermeneutica.

In questo senso, è stato osservato come il giudice sia chiamato preliminarmente a stabilire il fine voluto dalla norma, potendo egli, dallo scopo così individuato, ricavare i criteri e le misure entro le quali dovrà apprezzarsi se

di potere [...], pur attraverso la molteplicità indefinita dei mezzi necessari per dimostrarne l'esistenza». Al riguardo cfr., in precedenza, R. RESTA, *La natura giuridica dell'eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi*, cit., 420, citato da entrambi i suddetti Autori.

²⁵² Così R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 489-490. Cfr. inoltre G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, cit., 225, che evidenzia come le figure sintomatiche non siano cambiate nell'arco di oltre un cinquantennio, essendo mutato, invece, il loro contenuto, ovvero la loro potenzialità: in tal senso, l'evoluzione nella giurisprudenza ha consentito una incidenza sempre maggiore dell'indagine giudiziale, la portata di quest'ultima venendosi ad estendere fino ad identificarsi sostanzialmente «con quel tipo di sindacato che mira ad investire il provvedimento nella sua globalità».

²⁵³ È stato rimarcato in dottrina, una volta descritto il «quadro [...] consegnato[ci] dalla tradizione», come apparisse «conseguenziale ritenere lo sviamento di potere figura marginale e recessiva», e ciò specialmente «in un ordinamento in cui la legge non riesce più con certezza (se mai ci sia riuscita) a fissare il fine pubblico che l'amministrazione è tenuta a soddisfare, con l'aggravante che non risulta affatto agevole dimostrare gli scopi dissimulati realmente perseguiti»: così R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 504. Gli stessi Autori hanno evidenziato, tuttavia, che «sembra ammissibile anche una diversa, più ampia, configurazione dello sviamento di potere, tale da rendere l'eccesso di potere realmente una figura unitaria, fondata appunto sul controllo dello sviamento inteso in senso lato»: in tale ottica - hanno osservato - «tutte le varie manifestazioni dell'eccesso di potere vengono ad essere frammenti di un procedimento complesso volto a verificare se si sia prodotto o meno lo sviamento».

la scelta in concreto adottata dall'amministrazione risulti compatibile con tale fine²⁵⁴: lo sviamento si risolverebbe così «in una questione di compatibilità tra decisione amministrativa e interesse protetto dalla norma», laddove le varie figure di eccesso di potere costituirebbero «parti del procedimento logico che il giudice segue per controllare se vi sia stato o meno lo sviamento», quest'ultimo inteso come una «deviazione o distrazione dallo scopo», come «irrazionalità rispetto allo scopo», o ancora «non proporzionalità rispetto al medesimo», ovvero «incongruenza tra mezzo adottato e fine istituzionalmente perseguito [...]»²⁵⁵.

La rilevanza degli interessi in gioco, anche per come prospettati dalle parti, nella logica di un giudizio amministrativo incentrato non sull'atto ma sul rapporto²⁵⁶, viene evidenziata dalla giurisprudenza recente, che dà atto di come il sindacato del giudice amministrativo abbia esteso ben presto il proprio oggetto a tutto il procedimento amministrativo, e ciò proprio mediante il vizio di eccesso di potere inteso come vizio della funzione²⁵⁷.

In tal senso viene rimarcato che «[L]ungo questo percorso evolutivo (segnato dagli artt. 24, 103 e 113 Cost.) si è andata affermando, già da alcuni decenni, l'idea di un giudizio di accertamento dell'eccesso di potere nel quale il giudice amministrativo, pur non spingendosi sino a sindacare la valutazione dei vari interessi fatta dall'autore dell'atto, verifica tuttavia che tali interessi esistano davvero nella realtà fenomenica, che non vi siano omissioni o sostituzioni importanti e che vi sia una coerenza logica nella valutazione compiuta»²⁵⁸.

²⁵⁴ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 505.

²⁵⁵ Tutti tali rilievi sono (ancora) di R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 505.

²⁵⁶ Per una recente disamina del dibattito intorno ai connotati assumibili dalla locuzione 'giudizio sul rapporto controverso' cfr. G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 4, 1235 ss.

²⁵⁷ Cons. Stato, sez. III, 8 gennaio 2013, n. 26.

²⁵⁸ *Ibidem*.

L'analisi deve sportarsi, dunque, sull'esame dell'eccesso di potere come vizio dell'atto discrezionale, non prima, tuttavia, di aver effettuato delle considerazioni 'di sistema' che riconducano le coordinate della presente indagine nell'ambito dei binari suoi propri.

Una seppur parziale 'deviazione' nel percorso esegetico alla base dell'elaborazione dell'eccesso di potere del giudice amministrativo, che del presente lavoro costituisce l'oggetto, risulta, in tale prospettiva, occasione oltremodo opportuna per vagliare, ancora una volta, la portata dell'assunto circa la matrice dogmatica comune tra le due figure di eccesso di potere, amministrativo e giudiziario.

In quest'ottica si è riportato, ad inizio paragrafo, il passaggio di uno Studioso della tematica dell'eccesso di potere (amministrativo), secondo cui l'eccesso di potere giudiziario potrebbe anch'esso ritenersi «un aspetto del vizio della causa dell'atto amministrativo»²⁵⁹.

Orbene, la presente disamina ha consegnato all'interprete un dato sicuramente certo: dalla originaria configurazione della figura dell'eccesso di potere come 'straripamento' di un potere nelle prerogative dalla legge riconosciute ad un altro potere, distinto e separato dal primo, si è passati - come visto - ad una concezione di tale vizio in termini di 'sviamento' del potere, in questo modo avendo riguardo all'ambito applicativo di uno stesso potere che veniva 'sviato', appunto, nel suo esercizio, rispetto al fine predeterminato dalla relativa norma attributiva. Solo in un secondo momento, come analizzato, l'eccesso di potere è stato agganciato, in un'ottica garantista, all'intera funzione amministrativa; nel mezzo si è innestata la sistematica delle figure sintomatiche, mai del tutto abbandonata dalla giurisprudenza ma resa, nel corso del tempo, cangiante nei suoi risvolti applicativi e sensibile ai mutamenti emersi nel modo

²⁵⁹ N. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere "amministrativo" secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit., 435, nota n. 1. Cfr. *supra*, in corrispondenza della nota n. 215.

di concepire il sindacato, sempre più pregnante, del giudice amministrativo sull'azione discrezionale dell'amministrazione.

A rimanere, tuttavia, incerta è la relazione dogmatica tra l'eccesso di potere giudiziario, nella sua originaria (ma comunque perdurante e giammai sostanzialmente mutata) configurazione di 'straripamento', e la primigenia versione dell'eccesso di potere amministrativo di cui alla legge del 1889. In tal senso, risulterebbe oltremodo proficuo, per i fini di cui in trattazione, un approccio all'indagine in ordine al *se* l'eccesso di potere amministrativo fosse inteso, nella sua versione originaria, come comprensivo (e, dunque, ampliativo) della categoria dello straripamento - che, come più volte rimarcato, costituiva (e costituisce) il nocciolo duro della figura del corrispondente vizio della decisione giudiziale - ovvero risultasse, sin dagli albori della sua comparsa a livello di diritto positivo, avulso dalla logica dell'invasione delle altrui prerogative.

È viepiù opportuno chiarire che una opinione in questo secondo senso²⁶⁰ non farebbe, comunque, vacillare la portata dell'assunto circa la matrice dogmatica comune tra le due tipologie di vizio in esame: con tutte le cautele del caso, ciò che si è sin dall'inizio inteso sottolineare è che l'affinità categoriale tra tali figure è per definizione da collegare alla circostanza che l'esercizio del potere

²⁶⁰ In dottrina, cfr. la posizione assunta da F. DELFINO, *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, cit., 187, nota n. 67, il quale dà atto di un «equivoco nel quale caddero il Codacci Pisanelli, forse intenzionalmente, e, sulla sua scorta, molti altri scrittori e non poca giurisprudenza», osservando che «[S]econdo l'A. [Codacci Pisanelli, ndr], infatti, il conferimento alla espressione *eccesso di potere* del significato di sviamento nella legge del 1889, a fianco dell'altro significato, di straripamento, nel quale essa era stata intesa nella legge del 1877, altro non sarebbe stato che un «ampliamento» della nozione in esame». Lo Studioso non concorda con una tale posizione, sull'assunto che «[...] i due fenomeni, come appare evidente e come, del resto, i riferimenti storici precedentemente operati mettono più che chiaramente in luce, non hanno tra loro alcun elemento di comunanza», riguardando l'uno «[...] il cattivo uso di un potere legittimamente conferito, l'altro l'esercizio di un potere non concesso». L'Autore richiama nello stesso senso il contributo di F. ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, cit., 463.

si è, nell'uno come nell'altro caso, spinto 'oltre la misura'²⁶¹; affinità, peraltro, che il presente lavoro ha collegato proprio alla base della constatazione del menzionato rischio di 'confusione' tra le due categorie di eccesso di potere da parte della Corte regolatrice della giurisdizione nell'ambito del suo sindacato *ex art. 111, comma 8, Cost.*²⁶²

Lungi dal tentativo - impossibile²⁶³ - di avanzare un qualsiasi 'parere' sul punto, occorre comunque rimarcare come l'originaria accezione della categoria dell'eccesso di potere amministrativo in una prospettiva inclusiva della logica dello straripamento abbia trovato riscontro in autorevole dottrina²⁶⁴.

Un assunto siffatto doterebbe di nuova linfa le coordinate ermeneutiche fondanti della presente trattazione: ferma restando la necessità di tenere distinte le due figure di eccesso di potere²⁶⁵, sono evidenti le implicazioni ricavabili dalla

²⁶¹ Questa la definizione di eccesso di potere fornita da F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, cit., 33, già richiamata in trattazione (cap. 1, par. 1, in corrispondenza della nota n. 72).

²⁶² Cfr. *supra*, cap. 1, par. 3, ult. parte.

²⁶³ Cfr. *supra*, in corrispondenza della nota n. 225.

²⁶⁴ Come anticipato, propende per una tale interpretazione A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, cit., 2927: «[C]hiunque, con la scorta delle nozioni di dottrina, di legislazione e di giurisprudenza qui sopra riassunte, si faccia a considerare l'art. 24 della legge sul Consiglio di Stato non potrà asserire che l'espressione eccesso di potere conservi in questo testo l'esclusivo e ristretto significato che ha nel campo giudiziario e nel num. 3 dell'art. 3 della legge 31 marzo 1877»; e ancora: «[R]idotta alla sola ipotesi di straripamento dell'autorità amministrativa a danno del Parlamento o dell'ordine giudiziario, la categoria di eccesso di potere perderebbe qui la sua più importante e più opportuna ragione di essere» (2934); per concludere che «[L]'eccesso di potere, nel senso ristretto e più antico, deriva dallo straripamento dell'autorità amministrativa nella sfera assegnata al Parlamento e all'ordine giudiziario. Ad eccesso di potere, nel senso lato e più recente dell'espressione, possono dar luogo lo sviamento delle facoltà concesse o la motivazione illogica e irrazionale dell'atto amministrativo» (2936). Cfr. altresì G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo. Volume Primo. Principi generali*, Milano, 1958, 311-312, il quale, nel contemplare, fra i vizi concernenti la volontà, l'eccesso di potere, evidenzia che «[T]ale espressione, oltre il significato d'incompetenza assoluta [...] che può dirsi straripamento di potere, ne assume parecchi altri, di cui il principale è lo sviamento di potere» (la definizione di quest'ultimo concetto ad opera dell'Autore è riportata nella successiva nota n. 311).

²⁶⁵ Cfr. *supra*, cap. 1, par. 1, in corrispondenza della nota n. 70.

maturazione di un'opinione in questa direzione, che ha pure trovato l'avallo di una certa giurisprudenza²⁶⁶, anche di molto successiva rispetto all'entrata in vigore della legge Crispi²⁶⁷.

Così è stata ritenuta integrata una ipotesi di eccesso di potere con riguardo ad un caso di sospensione della legge da parte dell'Autorità pubblica, in considerazione della natura del provvedimento che avrebbe potuto promanare dal solo potere legislativo²⁶⁸. O ancora, è stata annullata per eccesso di potere, sotto il profilo dello straripamento, l'ordinanza con cui un sindaco aveva revocato l'ordine di demolizione già sospeso dal tribunale, per emetterne un altro, diversamente motivato ma oggettivamente identico per quanto concerne le opere di cui veniva disposta la demolizione: «[T]rattandosi di opere già oggetto di altro contenzioso giurisdizionale» - si legge nella sentenza - «non si vede [...] quali ragioni di pubblico interesse abbiano legittimato il Sindaco a revocare, per non precisate ragioni di autotutela, una ordinanza di demolizione già sospesa dal Giudice amministrativo per emetterne una seconda oggettivamente identica nel fine perseguito, sicché l'operato del Sindaco appare

²⁶⁶ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, IV sez., 7 febbraio 1891, in *Foro it.*, 1891, III, 35 ss., che, nel qualificare un provvedimento del prefetto come avente carattere definitivo, ha ritenuto viziato per eccesso di potere l'atto del Ministero dell'Interno che aveva revocato tale provvedimento prefettizio in via gerarchica, in questo modo 'sorpassando' le proprie competenze su di una materia rispetto alla quale non era esperibile ulteriore rimedio gerarchico; Cons. Stato, sez. IV, 23 dicembre 1890, *ivi*, 37 ss., che ha annullato per eccesso di potere il provvedimento con cui una deputazione provinciale aveva revocato dall'impiego alcune persone addette agli uffici e stabilimenti provinciali, non competendo alla stessa un tale potere; cfr. altresì Cons. Stato, IV sez., 10 ottobre 1896, in *Giur. it.*, 1897, III, 6; Cons. Stato, IV sez., 20 marzo 1901, in *Giur. it.*, 1901, III, 227.

²⁶⁷ E ciò a differenza dell'opinione della menzionata corrente dottrinale, che ha inquadrato la tesi dell'affinità concettuale tra straripamento ed eccesso di potere amministrativo (in disparte, dunque, l'eccesso di potere giudiziario) nell'ambito della sola elaborazione originaria del vizio in esame. Sarebbe, comunque, più corretto qualificare oggi lo straripamento come ipotesi di nullità (se non di inesistenza) dell'atto amministrativo, e non di semplice annullabilità in ragione della sua illegittimità. Cfr. *infra*, nota n. 270.

²⁶⁸ Cons. Stato, sez. IV, 28 novembre 1962, in *Mass. Foro amm.*, 1962, II, 580.

finalizzato solo ad eludere la sospensione della demolizione come disposta dal Tribunale»²⁶⁹.

L'affermazione secondo cui il concetto di straripamento si collocava originariamente²⁷⁰ (anche) alla base della figura dell'eccesso di potere amministrativo²⁷¹, il quale, dunque, includeva inizialmente l'idea dell'invasione

²⁶⁹ T.A.R Bolzano, 28 maggio 1998, n. 144.

²⁷⁰ Come anticipato (cfr. *supra*, nota n. 267), lo straripamento di potere è oggi ricompreso nella categoria della incompetenza assoluta, da cui consegue la nullità (e non l'annullabilità) del provvedimento, se non addirittura l'inesistenza dell'atto. Cfr. in tal senso Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 1949, in *Foro amm.*, 1950, I, 11. Non mancano, tuttavia, voci autorevoli secondo cui lo straripamento manterrebbe il carattere del vizio di legittimità (cfr. E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 110), come a volte ritenuto altresì in giurisprudenza (cfr. T.A.R Bolzano n. 144/1998, cit.). Per una ampia disamina del tema cfr. F. BASSI, *Lo straripamento di potere*, cit., 311 ss., spec. 316 ss., che fissa nell'opera del Meucci [cfr. L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 76] il momento a partire dal quale si sono poste le basi dello sganciamento della nozione dello straripamento di potere da quella dell'eccesso di potere: «[È] con questo autore [...] che [...] per la prima volta il generico difetto di potestà in ordine alla emanazione dell'atto, e quindi pure lo straripamento di potere, viene chiaramente qualificato come un'ipotesi di *incompetenza assoluta* idonea a provocare la nullità dell'atto» (316).

²⁷¹ Illuminante in tal senso R. ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, cit., 83 ss., il quale, nella trattazione dello sviluppo dell'eccesso di potere, rimarca come la figura del diritto francese, nell'atto di confluire dal campo giudiziario al campo amministrativo, mantenne «almeno da principio» un significato analogo a quello assunto a livello giudiziario (83); con riguardo, poi, all'ordinamento italiano, dopo aver disquisito intorno al significato che la Commissione parlamentare che compilò l'art. 24 della legge del 1889 [cfr. *supra* nota n. 223] assunse rispetto all'espressione 'eccesso di potere' (85), lo stesso Autore perviene alla conclusione secondo cui il concetto fatto proprio dal Consiglio di Stato ricomprendeva «[...] anche questo significato, originario e letterale di «mancanza assoluta di potestà ad emanare il provvedimento, da parte dell'autorità amministrativa», e di «eccesso dei poteri conferiti dalla legge, da parte di un organo amministrativo»» (86). Oltre ai contributi richiamati nella precedente nota n. 264, cfr. ancora M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 322, che, nel non concordare con chi vorrebbe «oggi» trascrivere il significato della voce 'eccesso di potere' di cui alla L. n. 5992/2018 in quello di 'straripamento' («la realtà è che essa, e altre allora in uso, non sono trascrivibili, in quanto ispirate ad un ordine di concetti che non ha più rispondenza con quello attuale»), sembra, a parere di chi scrive, implicitamente ammettere una affinità terminologica delle figure almeno all'indomani dell'entrata in vigore della menzionata legge Crispi. Il significato originario dell'espressione 'eccesso di potere' di cui (tra l'altro) alla legge istitutiva della IV sez. del Consiglio di Stato del 1889 come 'straripamento di potere' (inteso a sua volta come incompetenza assoluta)

di poteri diversi, oltre a corroborare la tesi della surriferita matrice dogmatica comune, costituirebbe un (ulteriore) solido fondamento per un approccio all'analisi del sindacato sull'eccesso di potere giudiziario sotto la preziosa guida ermeneutica caratterizzante l'elaborazione scientifica maturata in punto di controllo giudiziale sull'eccesso di potere amministrativo.

E invero, se nella configurazione originaria dell'eccesso di potere amministrativo poteva aversi altresì riguardo all'ipotesi dell'invasione da parte (questa volta) dell'amministrazione delle attribuzioni riconosciute ad altro potere, è chiaro come il relativo sindacato giudiziale potesse risultare, almeno da un punto di vista astratto, sovrapponibile - rispetto all'oggetto, non anche (ovviamente) alla struttura - rispetto a quello compiuto dal giudice dei conflitti in sede di controllo dei limiti della giurisdizione.

È pur vero che nel corso del tempo l'eccesso di potere giudiziario è rimasto sempre ancorato all'idea dello straripamento (senza mai sganciarsi da questa), laddove la corrispondente figura riferita all'atto amministrativo ha subito un'elaborazione che, di fatto, ne ha comportato la ridefinizione in termini di autonomia (e finanche autosufficienza) concettuale²⁷². Ma la constatazione della (indubitabile) attuale eterogeneità delle due figure non toglie pregio alla riflessione innanzi prospettata, che afferisce ad un differente piano d'indagine.

Si consideri, inoltre, che l'elaborazione dell'eccesso di potere amministrativo ha subito - e accompagnato - i profondi mutamenti caratterizzanti i capisaldi dell'intero sistema di diritto amministrativo, venendo a riflettere in una chiave patologica la costruzione del provvedimento

è messo in luce altresì da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, 706, che pure evidenzia come la nozione si sia, nel corso del tempo, discostata dalla predetta originaria accezione.

²⁷² Cfr. G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, cit., 220, che in tal senso parla di «[...] dissociazione quasi completa fra la matrice comune (straripamento di potere come violazione della divisione dei poteri) e la connotazione dell'eccesso di potere amministrativo nei costrutti della giurisprudenza e della scienza giuridica».

*discrezionale*²⁷³, e, più in generale, collocandosi alla base dell'evoluzione registratasi nella concezione complessiva del principio di legalità²⁷⁴.

Un analogo percorso ermeneutico non ha riguardato l'eccesso di potere giudiziario, che è stato fin dall'origine essenzialmente legato al dibattito sui limiti alla funzione giurisdizionale, motivo per cui non si è mai emancipato, come detto, dalla logica dello straripamento. E ciò a differenza dell'enorme peso anche di tipo culturale, e dunque attinente al modo di concepire l'amministrazione da parte del cittadino, riconosciuto all'eccesso di potere amministrativo, che è venuto nel tempo a costituire «lo strumento più sottile elaborato nel mondo contemporaneo per vincolare l'amministrazione pubblica al rispetto non formalistico del principio di legalità»²⁷⁵.

La specificità delle ragioni che hanno condotto allo 'sfaldamento' dell'unitarietà concettuale dell'eccesso di potere come vizio dell'atto giurisdizionale (prima) e dell'atto amministrativo (poi) non fa che corroborare, allora, a parere di chi scrive, la correttezza (di fondo) della direzione ermeneutica impressa al presente lavoro.

È comunque indubbio come la rottura dell'unità dogmatica della figura non abbia potuto (e non possa) che influire sul modo di concepire le coordinate del relativo sindacato giudiziale. L'intenzione non è, infatti, quella di sminuire il rigore concettuale dell'affermazione secondo cui altro è (per il giudice dei

²⁷³ Quest'ultimo rilievo è (ancora) di G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, cit., 221.

²⁷⁴ *Ibidem*. Nello specifico, l'Autore evidenzia la coincidenza dell'eccesso di potere amministrativo con «[...] l'area di quei costrutti della giurisprudenza e della dottrina che hanno avuto il pregio di ridefinire le linee di sviluppo del diritto amministrativo moderno in sintonia con un costante sforzo di rivalutazione del principio di legalità e dei suoi corollari». La collocazione temporale dello scritto è da riferirsi ai primi anni '80. È evidente, tuttavia, come una tale constatazione risulti, nel complessivo quadro del sistema ordinamentale amministrativo, viepiù attuale.

²⁷⁵ Tale ultimo passaggio, riportato testualmente, è di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 321.

conflitti) vagliare il *decisum* del giudice amministrativo sotto il profilo dello ‘straripamento’ (*rectius*, sconfinamento) dalle sue prerogative giudiziali rispetto a quelle spettanti a poteri diversi, altro ancora è (per il giudice amministrativo) conoscere della (il)legittimità dell’atto amministrativo sotto un profilo - l’eccesso di potere, appunto - che ha risentito nel corso della sua storia dei cambiamenti sistemici alla base della concezione stessa della legalità amministrativa e dei suoi corollari.

L’ontologica differenza (anche solo strutturale) tra il giudizio di Cassazione per motivi di giurisdizione e il giudizio amministrativo di appello dinanzi al Consiglio di Stato, per come concepiti e regolamentati a livello ordinamentale, costituisce già chiara conferma dell’impossibilità di una *reductio ad unitatem* degli strumenti di sindacato a disposizione dei due ordini giudiziari al cospetto di figure autonome e distinte, seppur dogmaticamente accomunate.

La valenza della constatazione in ordine ad un’affinità categoriale tra i due vizi deve apprezzarsi, piuttosto, sul piano dell’indagine relativa all’individuazione dell’esatto momento in cui si sostanzia (e che sostanzia) la differente conformazione del sindacato giudiziale da parte dei due organi giudicanti.

In vista della maturazione di un intento siffatto, è dunque d’obbligo concludere che, più che di ‘deviazione’, del percorso di ricerca sull’eccesso di potere giudiziario il presente paragrafo ha costituito un naturale sviluppo. Sulla stessa scia si innesta l’analisi del fenomeno della discrezionalità amministrativa²⁷⁶, che dell’eccesso di potere rappresenta il campo di elezione.

²⁷⁶ Il concetto di ‘discrezionalità’ trascende il campo del diritto amministrativo. Cfr. F. ROCCO, *Discrezionalità e controlli sul suo esercizio (Spunti e rilievi dogmatici)*, in *Foro it.*, 1954, IV, 1, che, nell’evidenziare come il tratto distintivo tra la discrezionalità del privato e la discrezionalità dell’organo statale sia in ciò, che la prima risulterebbe «incontrollata e incontrollabile» (ovviamente nel rispetto della legge), laddove la seconda subirebbe spesso «restrizioni, indagini e controlli di natura e di intensità diverse, nel campo della discrezionalità dell’agire», sottolinea che quest’ultima evenienza si verifica prevalentemente nel settore dell’attività della pubblica

2. Il campo di elezione del vizio di eccesso di potere: la discrezionalità amministrativa. Sintesi ed evoluzione del concetto.

Scopo della seguente disamina non è quello di tracciare le tappe che hanno sancito l'evoluzione del concetto di discrezionalità amministrativa²⁷⁷. A ben vedere, peraltro, uno sforzo in siffatta direzione scontrerebbe già di per sé un limite di carattere metodologico: la necessità di una preventiva delimitazione dell'oggetto di analisi²⁷⁸.

amministrazione, dove il fenomeno della discrezionalità viene ad assumere importanza massima. Secondo C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'università di Roma*, Roma, 1936, anche in Id., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana, Raccolta di scritti - III*, Milano, 1972, 1000-1001, la disciplina giuridica a cui assegnare lo studio della teoria generale della discrezionalità sarebbe il diritto costituzionale: ciò in quanto, a detta dell'Autore, il potere discrezionale atterrebbe al potere di produzione di norme giuridiche (dovendo quindi rientrare nella teoria delle fonti); in secondo luogo, promanerebbe dalla Costituzione - che determina i fini e gli interessi fondamentali di un determinato ordinamento - il criterio da utilizzare «per la valutazione dell'esercizio del potere discrezionale e per il conseguente inserimento delle norme derivate nel sistema delle norme statali».

²⁷⁷ A tal fine ci si permette un rinvio all'opera di L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 17 ss. Cfr. altresì l'analisi di G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 240 ss., che traccia le coordinate fondamentali dell'evoluzione del concetto di *potere* discrezionale. Evidenzia che, con riguardo ai termini 'potere discrezionale' e 'attività discrezionale', ovvero 'discrezionalità', sussiste una «differenza concettuale astratta», ma che «nella emanazione concreta di un atto, non è più possibile distinguere i due concetti in questione», in quanto «l'atto emanato in esercizio di attività discrezionale non può che fondarsi su un potere discrezionale» M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 12, il quale tuttavia ritiene opportuno non tralasciare la distinzione per evitare che si qualifichi come essenzialmente libera anche l'attività discrezionale - e non solo il potere discrezionale, libero per definizione - tuttavia «dimenticando che essa, in quanto attività, ossia insieme organico di azioni, deve ricevere qualche altra qualifica per potere essere definita» (12-13). Secondo l'Autore, l'attività discrezionale andrebbe solamente qualificata «come attività in cui si esercita un potere discrezionale» (14).

²⁷⁸ Cfr. il rilievo di A. PIRAS, v. *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, secondo cui le diverse costruzioni in punto di discrezionalità «non hanno il medesimo oggetto, ma oggetti che variano col proceder del tempo, via via che mutano i contenuti assunti come esistenti in diritto positivo».

Lo sviluppo delle coordinate della presente indagine si ricollega, piuttosto, al tentativo di delineare in questa sede il nocciolo duro della categoria in esame nell'ambito della riflessione giuridica sinora maturata.

Originariamente con la categoria di matrice francese dell'*acte discretionnaire* (ovvero di *pure administration*) si intendeva aver riguardo a quegli atti dell'amministrazione rispetto ai quali il privato non aveva tutela giudiziaria, ma solo amministrativa²⁷⁹.

Tale concezione si legava ad un particolare modo di intendere la teoria della separazione dei poteri, per cui veniva in rilievo non un coordinamento, bensì una netta separazione tra le funzioni: in questo modo si finiva per ritenere che l'organo giudiziario non potesse conoscere degli atti dell'organo amministrativo²⁸⁰.

Di qui l'idea della insindacabilità come tratto tipico della discrezionalità.

Un parziale controllo giudiziale sull'atto discrezionale cominciò ad ammettersi con l'elaborazione della figura del *détournement de pouvoir*: veniva in questo modo pian piano abbandonata l'idea della discrezionalità come zona riservata dell'attività amministrativa²⁸¹.

Ad ogni buon conto, con particolare riguardo al contesto italiano, occorre constatare - come rimarcato in dottrina - che il mutamento di prospettiva non si registrò immediatamente a seguito dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato: per un ordine di ragioni di stampo processuale, perdurò, infatti, la concezione della discrezionalità nei suoi connotati di libertà e insindacabilità²⁸².

Da un lato, veniva in rilievo la concezione dell'organo deputato al sindacato come giudice della mera legalità dell'azione amministrativa, e quindi

²⁷⁹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 45-46.

²⁸⁰ Cfr. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 17.

²⁸¹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 46.

²⁸² Tali rilievi sono di R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 57.

incompetente a giudicare del merito (in senso processuale) della controversia, dall'altro persisteva «il pregiudizio [...] della non tutelabilità per via di ricorso contenzioso degli interessi semplici o protetti colpiti dai provvedimenti dell'amministrazione»²⁸³.

Si comprende, in tale prospettiva, come l'evoluzione del concetto di discrezionalità abbia risentito (e continui a risentire) perspicuamente degli sviluppi dogmatici registratisi nel modo di concepirne il sindacato giudiziale, e, più specificamente, l'oggetto di quest'ultimo: l'eccesso di potere amministrativo.

Più in particolare, venne ben presto rilevato da illustre dottrina²⁸⁴ - in un'analisi che investiva (tra l'altro) la modalità di svolgimento del giudizio di legittimità nel campo *amministrativo contenzioso*, da una parte, e in quello *giudiziario*, dall'altra²⁸⁵ - come l'inclusione dell'eccesso (per sviamento) di potere tra i vizi di illegittimità che potevano dar luogo all'annullamento dell'atto «corrisponde[ss]e] perfettamente all'indole del nuovo controllo giurisdizionale» regolato dalla legge del 1889: quest'ultimo, seppur incentrato sulla sola legittimità (e dunque non esteso al merito), non si sarebbe limitato ad una «mera e formale indagine di stretto diritto dalla quale l'esame e la valutazione dei fatti abbia a rimanere esclusa in quella misura nella quale viene eliminata da un

²⁸³ Tutte considerazioni, queste, di A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit. Tali assunti dell'Autore sono altresì richiamati da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 57-58, a cui ci si permette di rinviare anche in ragione dei preziosi riferimenti bibliografici ivi contenuti.

²⁸⁴ Si ha riguardo alla riflessione di A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, cit., 2931-2932, che si procede a rappresentare nelle sue linee essenziali (a tale contributo si riferiscono, dunque, i rilievi riportati - anche testualmente - nell'immediato prosieguo della trattazione).

²⁸⁵ Nel contributo in disamina (cfr. nota precedente), Codacci Pisanelli utilizza la locuzione *controllo amministrativo contenzioso*, effettuando un parallelismo di analisi rispetto alla natura del controllo (questa volta) *giudiziario* del giudice ordinario. Con riguardo al dibattito sulla natura della IV Sezione del Consiglio di Stato all'indomani della sua istituzione cfr. *supra*, cap. I, par. 1, nota n. 26.

ordinario giudizio di cassazione», l'analogia tra giudizio di cassazione e giudizio pronunciato dalla IV Sezione del Consiglio di Stato risultando completa «soltanto rispetto al risultato ultimo di rigetto o di annullamento cui i due giudizi conducono»²⁸⁶.

In quest'ottica si evidenziò come, a differenza del sindacato in capo al giudice ordinario rispetto agli atti amministrativi, che si attesta(va) «alla linea oltre la quale comincia il potere discretivo», il controllo amministrativo contenzioso procedesse in maniera maggiormente libera e spedita: «anche quando si tratta di una mera indagine di legittimità, [tale controllo, ndr] va più a dentro di quel che al sindacato giudiziario non sia concesso di giungere»²⁸⁷.

Peculiare sarebbe stato, in tal senso, il sillogismo alla base dell'attività del giudice amministrativo (che veniva definito «analogo a quello giudiziario»): nello stabilire la premessa maggiore (soprattutto per gli atti discrezionali), il giudice «penetra nella sfera [del potere discretivo, ndr] per ricercare lo scopo cui è dovuta la concessione di esso»; nello stabilire, poi, la premessa minore, egli «penetra [in quella sfera discrezionale, ndr] una seconda svolta [...] poiché ricerca non soltanto, come fa il giudice ordinario, se l'esercizio del potere discrezionale sia rimasto nella sfera assegnatagli, ma anche se, pur rimanendo entro questi limiti, esso sia veramente diretto allo scopo per cui fu concesso»; infine, la stessa conclusione a cui il giudice amministrativo giungeva sarebbe risultata differente rispetto a quella raggiunta dal giudice ordinario: «[Q]uest'ultima differenza in parte deriva dalle precedenti e in parte è effetto di quella più larga ed elastica facoltà di valutare ogni elemento non solo strettamente giuridico, ma anche equitativo ed utilitario che al giudice ordinario non è concessa»²⁸⁸.

²⁸⁶ A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, cit., 2931.

²⁸⁷ *Ivi*, 2932.

²⁸⁸ *Ibidem*.

In una siffatta cornice ermeneutica, veniva dunque sancito il tramonto dell'idea dell'insindacabilità degli atti discrezionali, costituendo, al contrario, «principio elementare che discrezionalità non equivale affatto ad insindacabilità, sempre in linea di legittimità, e tanto meno ad insindacabilità assoluta [...]»²⁸⁹.

In tale quadro si richiama²⁹⁰ altresì il fondamentale contributo di Ranalletti nel senso dell'affermazione di un sindacato giudiziale di legittimità «*soprattutto e propriamente* contro gli atti discrezionali della pubblica amministrazione»²⁹¹.

Ciò considerato, prima di dare atto degli approdi ermeneutici a cui è pervenuta l'elaborazione scientifica in punto di sindacato sulla discrezionalità, è quanto mai opportuno, per i fini di cui in trattazione, soffermarsi su alcuni aspetti della categoria in esame di stampo prettamente dogmatico.

Al riguardo, si deve sin da subito evidenziare come la discrezionalità risulti intimamente connessa al concetto di funzione²⁹².

²⁸⁹ Cons. Stato, IV sez., 10 dicembre 1937, in *Foro it.*, 1938, III, 43 ss.

²⁹⁰ Cfr. *supra*, cap. 1, par. 2.1, 49-50.

²⁹¹ O. RANELLETTI, *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, cit., 172.

²⁹² Mortati ad esempio rinviene i presupposti della discrezionalità nel carattere funzionale del potere (da cui derivi l'obbligo che il suo esercizio venga effettuato in modo da soddisfarla) e nella mancanza o incompletezza delle norme relative ai comportamenti da seguire per soddisfare, nei singoli casi, gli interessi per cui il potere è conferito, «con la conseguente esigenza che l'agente ricerchi altre predisposizioni regolative dei rapporti cui dà vita, tali da far giungere ad una decisione idonea nel caso concreto a soddisfare l'interesse avuto di mira»: così C. MORTATI, v. *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 1100. Cfr. A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., che considera la discrezionalità attinente all'attività nel suo modo di essere funzionale, così evidenziando come questa possa manifestarsi anche con il non agire, ovvero con una determinazione di non fare, in una sede anteriore alla emanazione di un qualsiasi atto. Cfr. altresì E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, cit., 307, che evidenzia come la discrezionalità sia un attributo peculiare della funzione amministrativa. Cfr. inoltre V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, III serie, XXII, 1948, 327-328, il quale osserva che, dal punto di vista della struttura, la discrezionalità è attività corrispondente all'esplicarsi di una funzione quando questo esplicarsi non è direttamente determinato dalla legge. L'Autore specifica che si ha funzione in senso giuridico quando l'attività

Rilievo essenziale in materia assume, poi, l'elemento della scelta²⁹³.

Senza voler indugiare sulla disamina delle varie teorie che hanno caratterizzato il dibattito intorno alla definizione e alla natura del fenomeno in esame²⁹⁴, basti qui considerare come l'essenza della discrezionalità non sia da rintracciare *sic et simpliciter* nella possibilità di scelta tra conseguenze giuridiche di una fattispecie determinata, ma nella funzionalizzazione di tale scelta, in quanto protesa alla realizzazione dell'interesse pubblico²⁹⁵, o, a voler attingere alla fondamentale elaborazione di Giannini - ritenuta oggi dominante²⁹⁶ -, all'attività di ponderazione comparativa di (più) interessi, quest'ultima resa

corrispondente al suo esercizio viene considerata dall'ordinamento sotto l'aspetto di attività diretta al raggiungimento di un fine già predeterminato, pervenendo alla conclusione secondo cui strutturalmente i punti essenziali della nozione di discrezionalità sono costituiti dalla predeterminazione di un fine e dall'esistenza dell'obbligo di agire secondo quanto richiesto dalla funzione affidata al titolare del potere discrezionale.

²⁹³ Cfr. la celebre definizione di A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin, 1927, 151, secondo cui il potere discrezionale si sostanzierebbe nella possibilità di scelta tra una pluralità di soluzioni ugualmente consentite dal diritto obiettivo.

²⁹⁴ Oltre ai richiami alle varie elaborazioni in punto di definizione della portata e della natura del fenomeno della discrezionalità amministrativa contenuti nei contributi dottrinali di cui alla precedente nota n. 292, cfr. la disamina delle varie tesi in materia effettuata da M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 211 ss. Tra le diverse teorie proposte, si riporta quella della discrezionalità come rinvio a norme non giuridiche: cfr. C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, cit., 1005 ss., Id., *Discrezionalità*, cit., spec. 1103 ss., e A. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940, 89 ss. *Contra* V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, cit., 330-331, il quale evidenzia come nell'attività discrezionale vengano in rilievo norme giuridiche (che l'Autore definisce 'di buona amministrazione'): l'attività discrezionale è l'attività propria di chi esercita la funzione, ed ogni funzione ha dei principi generali che la reggono e che, essendo alla stessa immanenti, sono principi giuridici. Nel dissentire dalla posizione di Codacci Pisanelli, Ottaviano sottolinea, tra l'altro, di non comprendere come i principi extragiuridici possano acquistare rilevanza giuridica: «una norma della quale l'ordinamento giuridico impone l'osservanza chiamandola a regolare certi rapporti, viene a mutarsi per ciò stesso, anche per il solo caso in cui essa viene applicata, in norma giuridica» (331, in nota).

²⁹⁵ Così R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 65.

²⁹⁶ In tal senso B.G. MATTARELLA, *L'Attività*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, tomo I, Milano, 2000, 669, nota n. 155.

possibile in ragione del riconoscimento, in capo all'autorità, di un margine di libertà²⁹⁷.

Fondamento della discrezionalità è, nella ricostruzione dogmatica del concetto effettuata dall'illustre Giurista, un apprezzamento, quest'ultimo consistendo nella valutazione, compiuta dalla stessa autorità, «dell'interesse essenziale che forma oggetto della sua cura, al lume degli interessi secondari ad esso ordinati»²⁹⁸: alla base della discrezionalità si pone, per tale via, la *ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario*²⁹⁹. Tali interessi secondari³⁰⁰ sono presi in considerazione dall'autorità amministrativa che cura

²⁹⁷ Cfr. al riguardo M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 77-78. Per l'Autore, la discrezionalità si identificherebbe «con la sostanza più squisita dell'attività amministrativa», la quale «consiste nella cura di interessi pubblici assunti come fini dello Stato», la parte più delicata di tale cura risultando «la ponderazione (del valore) dell'interesse pubblico nei confronti di altri interessi specifici, attribuita alla stessa autorità amministrativa cui spetta agire [...]» (78). Osserva l'esimo Giurista che, come di fronte all'attività amministrativa vi sono dei «pubblici interessi specifici in funzione di fini per le varie branche dell'attività stessa», e le singole autorità prendono in considerazione interessi pubblici secondari che non sono fini del loro agire, ma elementi che in concreto atteggiano l'interesse fine «facendone variare il valore in più o in meno», lo stesso può dirsi con riguardo al pubblico interesse di fronte all'atto amministrativo: il pubblico interesse specifico che forma il fine per l'attività amministrativa costituisce un motivo per l'atto amministrativo; parimenti, gli interessi secondari produrranno l'effetto di far variare il pubblico interesse essenziale (79). Ne deriva, secondo Giannini, che «l'atto amministrativo, se emanato, ha per motivo il pubblico interesse specifico indicato direttamente o indirettamente dalla legge, così com'è atteggiato in concreto dagli interessi secondari» (79). In ciò l'Autore supera le dottrine che concepivano la discrezionalità come attività volitiva ovvero come attività intellettuale, in quanto se la ponderazione degli interessi dà luogo ad una attività di tipo intellettuale - trattandosi di «comprendere e stabilire come l'interesse essenziale sia atteggiato dal gioco degli interessi secondari [...]» - , la fissazione dei valori dei diversi interessi termina in un'attività volitiva, l'autorità ponendosi «come regola la scala dei valori da se stessa fissati», su questo determinando «l'atto amministrativo in concreto nei singoli punti per i quali la legge le attribuisce potere discrezionale [...]» (79-80).

²⁹⁸ Così (sempre) M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 101.

²⁹⁹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 49.

³⁰⁰ *Ivi*, 48. L'Autore dà atto della circostanza che un interesse pubblico non esiste mai solitario ma sta insieme ad altri interessi, pubblici, collettivi e privati. In tal senso, l'Autore

l'interesse essenziale proprio in virtù del loro effetto, che si risolve nel far variare il valore dello stesso interesse essenziale³⁰¹.

La necessità che ciascun procedimento amministrativo preordinato all'adozione di un provvedimento - e, per tale via, alla cura e alla tutela di un interesse pubblico - debba svolgersi mediante la ponderazione e la considerazione, da parte dell'amministrazione procedente, di *altri* interessi eventualmente coinvolti o sacrificati dall'atto finale, siano essi pubblici o privati, è altresì enunciata dalla giurisprudenza, che evidenzia come l'attività amministrativa debba essere indirizzata, nei limiti del possibile, verso il coordinamento e la composizione tra interessi in contrasto, piuttosto che verso la prevalenza *tout court* dell'interesse pubblico primario su quello secondario³⁰².

L'essenza della discrezionalità - che compendia al suo interno i connotati della volontà e del giudizio *insieme*³⁰³ - consiste, dunque, nella scelta³⁰⁴, tale scelta

definisce *primario* l'interesse pubblico che un'autorità ha in attribuzione o in competenza, *secondari*, per quell'autorità, gli altri interessi. Questi ultimi non giocano gli stessi ruoli: alcuni attenuano l'interesse primario, altri lo rafforzano, altri ancora ne impediscono la realizzazione, ulteriori portano a soluzioni di compromesso. In questa prospettiva, una ampiezza sempre maggiore delle scelte corrisponde alla crescita del numero e della qualità degli interessi coinvolti.

³⁰¹ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 77.

³⁰² Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 1992, n. 132, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1994, 1, 139 ss., con nota di D.U. GALETTA, *Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità*, a cui si rinvia anche in considerazione dell'ampia rassegna giurisprudenziale ivi contenuta in punto di rilevanza del raffronto, nella definizione dell'ambito della discrezionalità amministrativa, tra interesse pubblico primario ed interessi secondari, pubblici e privati (142, nota n. 1). Nella giurisprudenza recente, cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, 29 maggio 2015, n. 2694, che puntualizza come l'amministrazione debba agire per il soddisfacimento di interessi pubblici primari, tenuto conto, altresì, degli interessi pubblici secondari e degli interessi collettivi e privati presenti nella fattispecie concreta che le si prospetta dinanzi di volta in volta: in tal senso, l'esercizio del potere discrezionale rappresenta la scelta circa la soluzione più opportuna che consenta ai pubblici poteri di contemperare i diversi interessi che vengono in rilievo nel caso concreto.

³⁰³ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, 95.

³⁰⁴ Cfr. M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 265, secondo cui «[P]uò [...] accadere che la consistenza degli interessi secondari sia tale da prevalere sull'interesse

potendo riguardare, dello stesso provvedimento, uno o più elementi: l'*an* (ovvero la valutazione sul *se* emanare un certo provvedimento), il *quando* (ovvero il quando emanare il provvedimento), il *quid* (cioè il contenuto del provvedimento), o infine il *quomodo* (ovvero le modalità di esternazione del, e gli elementi accidentali da inserire nel, provvedimento)³⁰⁵.

La configurazione del fenomeno della discrezionalità nei termini sopra esposti assume una valenza ermeneutica di non poco momento altresì con riguardo all'indagine su una questione che si assume cruciale nell'ottica del passaggio dall'analisi del fenomeno della discrezionalità da un punto di vista prettamente dogmatico a quella afferente al tema del controllo giudiziale sulla scelta discrezionale dell'amministrazione: si ha riguardo, in tal senso, alla definizione del concetto di 'libertà'³⁰⁶ in rapporto a quello di discrezionalità.

Già la riflessione scientifica di Zanobini aveva messo in luce come la posizione dell'amministrazione nei confronti della legge fosse quella di 'esecutrice', di dipendente, e ciò anche nelle more dell'esercizio da parte di questa del potere discrezionale³⁰⁷. L'attività amministrativa si svolge, infatti, sempre nella «obbedienza» della legge: «[S]e anche si vuole evitare la parola «esecuzione», che potrebbe far pensare a un disconoscimento della discrezionalità [...], possiamo parlare di «attuazione della legge», espressione

primario (per cui si abbia un provvedimento negativo), o che condizioni l'interesse primario sì che questo ne sia diminuito o debba essere adattato ad una decisione più articolata e complessa (ed è il caso quantitativamente più frequente), o che invece rafforzi l'interesse primario sì che la scelta dell'autorità venga a soddisfare più interessi concretamente concorrenti».

³⁰⁵ In tal senso B.G. MATTARELLA, *L'Attività*, cit., 668. Una analisi puntuale delle forme strutturali della discrezionalità è effettuata da M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 142 ss.

³⁰⁶ Il modo di intendere la discrezionalità in rapporto al concetto di 'libertà' è stato oggetto di una importante riflessione scientifica. Cfr. V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, cit., 319 ss.

³⁰⁷ G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, XVI, 1924, I, 281 ss., anche in *Id.*, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 203 ss., 211.

che implica così la stretta esecuzione della norma come lo stesso svolgimento dei principi in essa contenuti, il conseguimento libero dei fini che essa vuole che siano conseguiti»³⁰⁸. Si evidenzia per tale via il collegamento tra il contenuto del potere discrezionale e l'elaborazione della teoria dell'eccesso di potere amministrativo, e ciò sul rilievo che l'amministrazione deve agire, nell'uso dei poteri discrezionali, non solo nell'interesse pubblico (perché altrimenti non si figurerebbe un eccesso bensì un abuso di potere), ma anche per un *determinato* interesse pubblico, quell'interesse, cioè, presupposto dalla legge, da cui discende il potere discrezionale nel caso specifico³⁰⁹.

Da qui la constatazione dell'Autore secondo cui, nonostante la conformità dell'atto discrezionale alla 'norma generale dell'interesse pubblico', potrebbe comunque sussistere un vizio dell'atto stesso ove si dimostri che l'interesse pubblico assunto dall'agente come fine del proprio atto si riveli essere un interesse di tipo diverso, anche se più importante, rispetto a «quello che la legge volle che con quell'atto fosse conseguito [...]»³¹⁰.

In ciò sta l'affermazione secondo cui la nozione di eccesso di potere è legata strettamente a quella di discrezionalità amministrativa³¹¹: il modo in cui

³⁰⁸ *Ivi*, 212.

³⁰⁹ *Ivi*, 210.

³¹⁰ *Ibidem*.

³¹¹ Così B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, tomo I, Milano, 2000, 876. Cfr. in tal senso F. ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, cit., spec. 457 ss.; A. PIRAS, *Invalidità*, cit.; F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, cit., 108; P. VIRGA, *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, 2, Milano, 2001, 125; G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, cit., 227; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, cit., 356, il quale evidenzia che dall'esame della giurisprudenza si arguisce che l'eccesso di potere implica un sindacato avente ad oggetto non solo i limiti della discrezionalità (come pure sostenuto da alcuni Autori), ma la discrezionalità stessa; Id., v. *Merito (diritto amministrativo)*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964, 577; S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, 1932, 280, il quale rileva come la giurisprudenza consideri affetti da sviamento di potere quegli atti che, pur mantenendosi (almeno formalmente e apparentemente) nei limiti di facoltà discrezionali, si servono di queste per fini

l'amministrazione compie le sue scelte, ovvero, in particolare, il corretto perseguimento dell'interesse pubblico da parte dell'autorità è, infatti, soggetto al controllo dell'eccesso di potere³¹².

Sul punto, chiarissime e sempre attuali sono altresì le considerazioni di Benvenuti: «[...] la discrezionalità non è mai una libertà assoluta ma è soltanto

diversi da quelli per cui tali facoltà sono state attribuite; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 312, secondo cui lo sviamento di potere «consiste nella deviazione del potere discrezionale al fine, che le singole leggi volta per volta intendono che con esso sia raggiunto». Sottolinea che l'eccesso di potere è sempre vizio dell'atto discrezionale, ma non ogni vizio dell'atto discrezionale si sostanzia in un eccesso di potere, potendo rilevare altresì la violazione di legge, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 173: «[...] l'atto discrezionale, per l'elemento per cui vi è discrezionalità (quindi non per quelli vincolati), può incorrere in due forme di vizi di legittimità (e quindi è sindacabile in due sensi): la violazione di legge [...] e l'eccesso di potere, secondo quanto è generalmente noto». Cfr., tuttavia, Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 1996, n. 272, mass. in *Foro amm.*, 1996, 3, 811, secondo cui l'eccesso di potere costituisce il vizio di legittimità *tipico* ed *esclusivo* in cui può incorrere l'amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, deducibile dinanzi al giudice amministrativo e da questo conoscibile. L'impossibilità di condurre un sindacato per eccesso di potere sugli atti vincolati è generalmente affermata dalla giurisprudenza: cfr. di recente Cons. Stato, sez. V, 23 dicembre 2019, n. 8718; Cons. Stato, sez. V, 9 luglio 2015, n. 3461; Cons. Stato, sez. IV, 10 marzo 2015, n. 1211; Cons. Stato, sez. IV, 16 maggio 2013, n. 2678; T.A.R. Lombardia (Brescia), sez. I, 29 novembre 2018, n. 1141; T.A.R. Lazio (Roma), sez. II, 30 agosto 2018, n. 9104; T.A.R. Sardegna (Cagliari), sez. II, 5 maggio 2016, n. 398; T.A.R. Lazio (Roma), sez. I, 2 novembre 2015, n. 12342.

³¹² B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 876: «[L]a nozione di eccesso di potere, nel suo significato attuale, è [...] strettamente legata a quella di discrezionalità amministrativa, in quanto all'eccesso di potere fanno capo diverse tecniche di controllo sul modo in cui l'amministrazione compie le scelte che le sono riservate, e in particolare sul corretto perseguimento dell'interesse pubblico». Cfr. altresì M. RAMAJOLI, *Il Tar Lombardia uccide lo sviamento di potere*, in *Giust.Amm.it*, n. 6/2008, che, nel dare atto del costante orientamento che rintraccia nel provvedimento adottato per uno scopo pratico divergente dal suo fine paradigmatico il vizio di eccesso (*sub specie* di sviamento) di potere, evidenzia come «[I]n questa maniera l'eccesso [sia] divenuto lo strumento per eccellenza per controllare la discrezionalità amministrativa e per tutelare il privato da indebite, imprevedibili interferenze da parte dell'amministrazione». Cfr. altresì C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 91, che rimarca come il controllo di legittimità sugli aspetti discrezionali dell'atto amministrativo e sulla sua legittimità si effettui attraverso l'eccesso di potere.

la possibilità che l'organo agente precisi la fattispecie astratta rispetto alla fattispecie reale. Ciò significa che la legge stessa determina, in principio, la causa dell'atto, intesa appunto come rapporto funzionale tra fattispecie astratta e fattispecie reale, e che è sempre nell'ambito di quel rapporto che l'organo agente - che non diviene perciò mai legislatore - può ulteriormente oggettivare la prescrizione legislativa. Orbene, se nel compiere una tale oggettivazione si esce fuori da questo rapporto, non vi può essere dubbio che si è incorso in un vizio di legittimità perché pur nell'uso di un potere discrezionale si è contravvenuto al momento vincolato di quel potere. Un tale uscir fuori dal rapporto e quindi dai limiti del potere[,] configura un ulteriore vizio di legittimità che nel nostro ordinamento si chiama appunto, con espressione significativa, «eccesso di potere»³¹³.

Traslando le considerazioni innanzi esposte in punto di sindacato giudiziale, è evidente, allora, come il dibattito sui limiti alla discrezionalità si sia basato (e tuttora si basi) sulle medesime linee teoriche poste a fondamento dell'elaborazione in tema di sindacato sull'eccesso di potere amministrativo.

La trattazione ha raggiunto il giusto grado di maturazione per lo sviluppo dell'indagine costituente il fulcro dell'intera costruzione della *dogmatica del giudizio*, a sua volta assunta a perno della generale riflessione alla base del presente lavoro.

Come sin dall'inizio evidenziato, l'eccesso di potere giudiziario si realizza in caso di sconfinamento ad opera del giudice amministrativo nelle prerogative

³¹³ F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, cit., 108. Cfr. altresì A. PIRAS, *Invaldità*, cit., che sottolinea come la scelta discrezionale si esprima mediante la determinazione di una regola avente come termine di riferimento l'interesse primario specifico attribuito alla cura dell'autorità così come ogni altro interesse, evidenziato nell'ambito del procedimento, che concorra alla definizione del valore del primo nella fattispecie concreta: per tale via, l'Autore rileva che la concreta scelta discrezionale obbedisce alle esigenze della funzione, trovando una serie di limiti e di vincoli nelle norme e nei principi, scritti o non scritti, che dettano la generale disciplina dell'attività a tutela degli interessi e dei rapporti confluenti nell'atto.

riservate al legislatore - e a questo profilo sarà dedicata una esposizione *ad hoc*³¹⁴ - o all'amministrazione pubblica.

A rilevare specificamente, in quest'ultimo caso, è l'evenienza che il predetto giudice compia un sindacato di *merito* laddove allo stesso sia attribuita la sola giurisdizione di *legittimità*. Inevitabile prologo alla comprensione del fenomeno della violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa non può non essere, di conseguenza, l'indagine intorno ai termini di riferimento sui quali si basa il relativo giudizio del giudice della giurisdizione.

In tal senso, è quanto mai opportuno dare atto di alcune nozioni fondamentali in tema di sindacato sulla scelta discrezionale, nell'evoluzione che ne ha caratterizzato il dibattito scientifico.

2.1 (Segue) *Il controllo (generale) di legittimità sulla discrezionalità amministrativa.*

È stato autorevolmente osservato come il 'problema' della *legittimità* presupponga, da un punto di vista logico, l'esistenza di due elementi comparabili, l'azione amministrativa, da un lato, il parametro o modello normativo, dall'altro, e consista, in questo modo, nel rapporto di conformità o difformità tra tali termini, quest'ultimo potendo essere accertato solo mediante un giudizio³¹⁵.

³¹⁴ Cfr. *infra*, par. 4, in cui saranno (evidentemente) altresì enunciate le ragioni della ritenuta opportunità di un'analisi della figura in una cornice autonoma.

³¹⁵ F. LEVI, v. *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, che evidenzia, tuttavia, come un simile schema non colga pienamente l'essenza della questione nel sistema amministrativo. L'Autore rimarca, in tal senso, la dimensione 'storica' del problema della legittimità: «[N]ell'ordinamento amministrativo, anche in mancanza di una costituzione rigida e di regole superiori alla legge, i giuristi parlano della legittimità (e della legalità) come di un principio che esiste e vive prima ed indipendentemente dalle norme che costituiscono il

Nel vagliare la legittimità del provvedimento discrezionale, il giudice amministrativo altro non fa se non controllare il rispetto dei limiti e dei vincoli (im)posti all'azione (discrezionale) della pubblica amministrazione, la cui inosservanza (*rectius*, il riscontro della cui inosservanza) dà luogo all'annullamento dell'atto per eccesso di potere (quando non vengano in rilievo, ovviamente, fattispecie tipiche integranti tipologie diverse di invalidità, ovvero, essenzialmente, nullità o annullabilità per violazione di legge o incompetenza).

Si comprende, allora, come obiettivo precipuo della presente indagine sia quello di individuare - e ricondurre 'a sistema' - i limiti surriferiti.

In tal senso è possibile prendere le mosse dalla constatazione, nell'ambito del fenomeno della discrezionalità, di una commistione tra l'elemento del vincolo derivante dalla funzione e quello della libertà nella ricerca dei mezzi mediante i quali essa deve essere soddisfatta³¹⁶. Da ciò consegue che presupposto indefettibile della discrezionalità è la mancanza, o comunque, l'incompletezza delle prescrizioni normative relative ai comportamenti da seguire in vista della soddisfazione, nei singoli casi, degli interessi per i quali il potere risulta conferito³¹⁷.

parametro dell'azione amministrativa: non vi è dunque solo una questione logica ma anche una questione storica». Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 4, 467-468, che distingue dal sindacato sulla *legalità*, inteso come mera conformità alla legge, il sindacato di *legittimità* che ha ad oggetto la discrezionalità amministrativa, il primo sostanziandosi in un sindacato rigido, il secondo risultando per sua natura 'elastico': «[O]gni fattispecie di potere amministrativo presenta invero degli *elementi fissi*, che sono quelli stabiliti dalla legge (*tutti* quelli fissati nella normativa relativa alla fattispecie, salvi quelli di rilievo minimo e marginale, la cui violazione dà luogo a mera irregolarità) [...] e degli *elementi elastici*, che consistono in tutte quelle attività (intese alla piena conoscenza della realtà di fatto e alla piena ponderazione degli interessi pubblici in gioco) che l'Amministrazione, al di là delle previsioni normative, pone in essere effettivamente (o che avrebbe dovuto porre in essere effettivamente) ai fini del corretto esercizio del potere discrezionale» (468).

³¹⁶ Così C. MORTATI, *Discrezionalità*, cit., 1100.

³¹⁷ *Ibidem*. Cfr. altresì E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, cit., 307, secondo cui la discrezionalità dà luogo ad un fenomeno piuttosto complesso, rispetto al quale rileva la

Il fenomeno della discrezionalità amministrativa viene, dunque, in rilievo quando la legge non determina compiutamente l'azione dell'amministrazione³¹⁸: fra la norma e il fatto sussiste, per tale via, un vuoto che deve essere colmato³¹⁹.

Come esposto *supra* in trattazione, secondo l'insegnamento tradizionale (di Giannini) l'essenza della discrezionalità si sostanzia nell'attività di ponderazione e comparazione tra più interessi secondari in ordine ad un interesse primario. È di chiara evidenza come, in tale prospettiva, occorra preliminarmente procedere all'individuazione di tali interessi, e, ancor prima, stabilire quale sia l'interesse pubblico primario proprio di ciascun potere³²⁰.

In ciò, è stato rimarcato come, in alcuni casi, risolutiva potrebbe essere la sola operazione ermeneutica («di complessità variabile») che consenta di ricavare con evidenza, dall'interpretazione della norma attributiva del potere, l'interesse pubblico primario di riferimento; altre volte, quest'ultimo è dalla legge indicato solo indirettamente; ancora, la legge potrebbe imporre di tener conto di molteplici interessi eterogenei senza una fissazione gerarchica degli stessi; infine, la legge potrebbe indicare interessi di natura indeterminata³²¹.

Si consideri, poi, il fenomeno dell'estensione del novero delle fonti del diritto ricomprese nel principio di legalità, da cui deriva la constatazione di una molteplicità di fonti determinative degli interessi pubblici - peraltro sovente individuati come 'di genere' - che le amministrazioni sono tenute a perseguire³²².

constatazione che «[...] si tratta della fattispecie normativa di un atto, volutamente, anche se soltanto puntualmente, lacunosa, la quale va completata dall'amministratore, attraverso la scelta [...] tra più possibilità che gli si offrono».

³¹⁸ In tal senso U. ZUBALLI, *Il controllo della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, cit., 148.

³¹⁹ Così C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario*, cit., 73.

³²⁰ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 103, a cui sono da riferire altresì i rilievi riportati subito *infra* in trattazione.

³²¹ *Ivi*, 103-104.

³²² *Ivi*, 105.

Anche con riguardo all'operazione di individuazione degli interessi secondari sono state evidenziate le opportune criticità: viene in rilievo, ad esempio, l'assenza di una gerarchia di interessi che risulti chiaramente dettata dal legislatore, così come la difficoltà di individuare, a volte, i titolari delle situazioni soggettive private da garantire³²³.

Il modo di concepire il rapporto tra interesse pubblico e discrezionalità è stato oggetto, di conseguenza, di una necessaria (ri)elaborazione³²⁴: si è così distinto l'interesse pubblico astratto dall'interesse pubblico concreto, quest'ultimo individuato sulla base di dati oggettivi, in stretta aderenza alla concreta situazione di fatto³²⁵.

In tale prospettiva, l'interesse pubblico viene ad essere concepito «alla stregua di un'ipotesi di lavoro iniziale di una ricerca che dovrà trovare la sua giustificazione *ex post* nell'istruttoria»³²⁶, individuandosi in concreto solo con la qualificazione dei fatti, determinandosi, dunque, progressivamente, mediante la più compiuta istruttoria dell'affare³²⁷. È chiara, in quest'ottica, la valorizzazione del complessivo ruolo del procedimento³²⁸.

E risulta altrettanto evidente come a tanto si sia pervenuti altresì in ragione dello sviluppo valoriale del principio di legalità, che si è via via affermato sempre più nella sua veste sostanziale.

Tali considerazioni consentono di comprendere l'evoluzione registratasi in materia di sindacato giudiziale sulla discrezionalità, a partire dalla stessa

³²³ *Ivi*, 106-107.

³²⁴ I connotati essenziali della 'concezione attuale' in materia sono ripresi (ancora) da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 109 ss.

³²⁵ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 109-110. Gli Autori richiamano, in punto di distinzione tra interesse pubblico concreto e interesse pubblico astratto, tra gli altri, il fondamentale contributo di F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 301 ss.

³²⁶ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 110.

³²⁷ *Ivi*, 112.

³²⁸ *Ibidem*.

originaria idea di insindacabilità come tratto della discrezionalità. Ed invero, è stato rilevato come proprio in ragione dell'affermazione del principio di legalità e dei suoi approfondimenti «l'involucro protettivo dell'Amministrazione costituito dall'atto discrezionale inoppugnabile [sia] stato infranto»³²⁹.

Da una concezione del sindacato come essenzialmente «estrinseco di legalità», quest'ultima intesa come mera «conformità alla legge», a sua volta riferita alle sole «norme regolative della competenza e delle forme giuridiche di rilievo sostanziale, consistenti nella mancanza delle condizioni alle quali è subordinata l'attribuzione del potere [...]»³³⁰, l'elaborazione dello sviamento di potere crea così le basi per sindacare l'esercizio della discrezionalità³³¹. Da qui l'evoluzione in un'ottica sempre più garantista della concezione del controllo giudiziale sulla discrezionalità diventa inarrestabile, in uno con l'elaborazione e lo sviluppo esegetico dell'eccesso di potere³³² e dello stesso concetto di discrezionalità amministrativa nei termini innanzi riferiti.

³²⁹ M.E. SCHINAIA, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 4, 1105.

³³⁰ Così A. PUBUSA, v. *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.* IX, Torino, 1994. L'Autore evidenzia, tuttavia, come, il riformatore liberale italiano del 1865 avesse individuato nei diritti soggettivi preesistenti all'attività della p.a. i presupposti dell'azione giurisdizionale: in tal senso, la demarcazione tra sindacabilità e insindacabilità degli atti amministrativi si basava, più che sulla discrezionalità, sul binomio diritti/interessi, anche se il bilanciamento era reso maggiormente complesso dagli aspetti discrezionali dell'atto, che risultavano insindacabili anche in presenza di diritti soggettivi. Cfr., con riguardo all'individuazione dei limiti alla discrezionalità come consistenti «[...] nell'essere l'attività dispiegata: a) dall'organo competente; b) nella forma di dichiarazione delle volontà prescritte; c) nei casi e modi stabiliti dal diritto oggettivo, cioè in genere in quella che si chiama la legittimità dell'atto amministrativo [...]», F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, 1914, rist. 1992, 415.

³³¹ Cfr. (ancora) la disamina di A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, cit.

³³² A ciò ha contribuito la giurisprudenza sin dall'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1889. Oltre alla citata pronuncia n. 3/1892, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 maggio 1893, n. 185, in *Giust. amm.*, 1893, 301; Cons. Stato, sez. IV, 27 settembre 1892, n. 260, *ivi*, 1892, 430; Cons. Stato, sez. IV, 27 giugno 1913, n. 334, *ivi*, 418. Cfr. G. ABBAMONTE, *Il Consiglio di Stato italiano in sede contenziosa*, in *La Revue administrative*, 52^e Année, No. 8, Numero

Si è così passati da una fase in cui il sindacato giudiziale sulla discrezionalità veniva condotto mediante l'utilizzo dei limiti fissati dalle stesse leggi, specialmente «quanto ai fini delle decisioni d'assumere», ad una successiva che ha visto l'attenzione del giudice spostarsi «in modo sempre più diretto ed esteso sulle condizioni e i fattori dell'attività decisionale quale svolta in concreto dalla p.a. nel dar luogo al provvedimento»³³³.

Il giudice è pervenuto (e perviene) in questo modo a sanzionare, per il tramite dell'indagine sull'eccesso di potere, l'illegittimità degli atti che risultano il frutto di una attività decisionale nel cui ambito si riscontrino illogicità, incoerenza, non ragionevolezza per difetto dei presupposti ovvero per inesatta interpretazione dei fatti a fondamento della decisione, o ancora contraddizione tra i presupposti e le decisioni adottate³³⁴.

E ciò, in linea con gli ultimi approdi ermeneutici sviluppati in punto di elaborazione dogmatica del concetto di discrezionalità, come sopra evidenziati.

L'attenzione sul 'farsi dell'attività decisionale' porta inevitabilmente a concepire il problema della discrezionalità non più come un problema di *limiti* del potere discrezionale, bensì come problema «della struttura e della conformazione dell'attività decisionale di carattere discrezionale svolta dall'amministrazione»³³⁵.

special 8: *Les Conseils d'État français et italien*, 1999, 101 ss., il quale traccia «la linea di tendenza dell'elaborazione della figura, portata avanti dalla giurisprudenza veramente pretoria del giudice amministrativo, con il contributo della dottrina» (109).

³³³ Tali rilievi sono di G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 11, 3166-3167.

³³⁴ *Ivi*, 3167. L'Autore evidenzia come il giudice amministrativo, piuttosto che definire la discrezionalità, abbia «assunto come dato da cui partire l'esistenza di uno spazio decisionale-discrezionale che andava di per sé disciplinato nel suo svolgimento come ogni altra attività conoscitivo-valutativa che deve seguire canoni di logica, di coerenza, di parità di trattamento, in breve di ragionevolezza» (3167-3168).

³³⁵ *Ivi*, 3168. Con riguardo al concetto di 'limite', cfr. MS. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 151-152, secondo cui non esisterebbe, giuridicamente parlando,

Si assiste, per tale via, ad un ampliamento del sindacato di legittimità che prende le mosse da un «approccio analitico alla struttura della discrezionalità amministrativa in termini di processo decisionale», a cui fa eco la giurisprudenza - che «ha imboccato la strada del «dover essere» di tale processo» -, i cui esiti più recenti sembrano ispirarsi proprio ad un tale approccio, e ciò anche nella prospettiva di una realizzazione in positivo del principio di imparzialità, e, per esso, del buon andamento³³⁶.

La valorizzazione della sede procedimentale, che diventa fondamentale in vista della determinazione della «norma concreta», comporta inevitabilmente l'esigenza di sviluppare a livello (proprio) normativo i principi di organizzazione e svolgimento dell'attività amministrativa (imparzialità, appunto, economicità, efficacia, pubblicità, partecipazione, ecc.), questi ultimi «volti a rendere visibile il confronto degli interessi e sindacabile, per quanto possibile, la loro comparazione [...]»³³⁷.

È evidente la grande influenza esercitata dai principi fondamentali appartenenti non soltanto alla scienza del diritto amministrativo, ma all'ordinamento nel suo complesso - legalità, imparzialità, buon andamento, proporzionalità, ragionevolezza, effettività della tutela giurisdizionale - con

un 'limite': «[...] è limite il motivo dell'atto, oppure il pubblico interesse, ciò che sarebbe come dire che il prezzo è limite alla compravendita, o che la cosa mobile è, nel nostro diritto positivo, limite al pegno [...]».

³³⁶ Tali considerazioni sono (ancora) di G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., 3168-3169.

³³⁷ In tal senso A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, cit. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 ottobre 2007, n. 5076, la cui massima, in *Foro amm. Cds*, 2007, 10, 2834, reca che: «[A]nche in sede di emanazione di atti generali l'amministrazione deve tenere conto delle risultanze dell'istruttoria, nonché delle precedenti determinazioni assunte nella medesima materia, adottando una decisione che, in relazione agli interessi coinvolti, costituisca il frutto di un corretto esercizio della discrezionalità amministrativa». Cfr. altresì T.A.R. Campania (Napoli), sez. VII, 13 gennaio 2016, n. 130, che ha dichiarato l'illegittimità di un parere negativo espresso dalla Soprintendenza *ex art.* 21 del d.lgs. n. 42 del 2004, in quanto affetto da difetto di motivazione e di istruttoria e di elusione del contraddittorio procedimentale.

riguardo al modo di concepire il sindacato giudiziale sulla discrezionalità amministrativa.

E ciò, a prescindere dal grado di discrezionalità che, nella fattispecie concreta, è riconosciuta all'azione amministrativa: anche con riguardo a provvedimenti a forte caratterizzazione discrezionale, la giurisprudenza non perde occasione di affermare il rilievo di fattispecie tipiche di annullamento per eccesso di potere, come la manifesta illogicità, ovvero l'erronea e travisata valutazione dei presupposti³³⁸.

Si tenga conto, peraltro, dei vincoli *ulteriori* - rispetto a quelli rinvenuti dalla norma attributiva del potere - alla cui osservanza è possibile ancorare l'esercizio del potere discrezionale, come quando venga il rilievo il fenomeno della c.d. prefigurazione dell'azione, che ha riguardo alla tendenza dell'amministrazione ad anticipare la sua attività con modelli di disciplina in cui la discrezionalità è in larga misura trasferita su precedenti atti generali³³⁹; in tal senso, si pensi, poi, al ruolo dell'ordinamento europeo e della disciplina attuativa che mirano a dettare modalità di azione amministrativa in linea di massima esaustive, in guisa da prefissare i criteri per l'esercizio del potere³⁴⁰, ovvero ai casi di «autolimitazione», come quando i limiti promanino da amministrazioni diverse da quella tenuta all'adozione del provvedimento (che, nell'ambito delle

³³⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 29 febbraio 2016, n. 868, che, in tema di interdittive antimafia, afferma in motivazione quanto di seguito: «[A]l tempo stesso, per salvaguardare i principi di legalità e di certezza del diritto, questa giurisprudenza ritiene che l'ampia discrezionalità di apprezzamento riservata al Prefetto può essere sindacata dal giudice amministrativo solo nei limiti di evidenti vizi di eccesso di potere per manifesta illogicità e erronea e travisata valutazione dei presupposti e che in ogni caso la suddetta discrezionalità per quanto ampia, non possa in ogni caso essere esercitata sulla base del mero sospetto, ma previa individuazione di idonei e specifici elementi di fatto, che singolarmente o nel loro complesso siano obiettivamente sintomatici e rivelatori del rischio di collegamenti con la criminalità organizzata».

³³⁹ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 182.

³⁴⁰ *Ivi*, 183-184.

loro funzioni di indirizzo e direzione, introducono criteri tali da guidare le scelte da effettuarsi in concreto), o dall'amministrazione stessa (che fissa i limiti alla propria azione con atti di carattere generale)³⁴¹.

In definitiva, è dato constatare, come perspicuamente osservato in letteratura, che i vincoli alla potestà discrezionale sono costituiti non solo dalle norme giuridiche, tecniche, di buona amministrazione, ma altresì dai criteri soggettivi applicati dall'amministrazione, la cui adeguatezza alla situazione necessita di una motivazione anche rispetto ai principi fissati dalle norme (come ad esempio economicità, efficacia, ecc.) e alle prospettazioni dei partecipanti al procedimento, tale potestà risultando, quindi, suscettibile di sindacato sotto il profilo della ragionevolezza³⁴².

In una prospettiva speculare, è di chiara evidenza come siffatti limiti contribuiscano a ridurre considerevolmente la sfera della decisione amministrativa sottratta al sindacato giudiziale (di legittimità). In ciò si innesta la nozione (*rectius*, il problema della definizione del concetto) di merito.

2.2 (Segue) *Il merito amministrativo.*

Del concetto di merito amministrativo, ai fini della presente trattazione, è opportuno indagare l'*ubi consistam*, in modo da dotare di pregnanza dogmatica e consistenza fenomenologica la figura dell'eccesso di potere del giudice amministrativo nella sua declinazione di sconfinamento, appunto, nel *merito* delle scelte dell'amministrazione.

³⁴¹ *Ivi*, 185-186. Gli Autori evidenziano, peraltro, come talvolta l'esistenza di autolimiti risulti imposta finanche dal legislatore, laddove altre volte questa sia demandata ad una scelta, sempre discrezionale, dell'amministrazione, e manchi un canone univoco che definisca quando ciò debba o possa accadere.

³⁴² Così A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, cit.

In quest'ottica, coglie evidentemente nel segno la constatazione secondo cui l'interesse per la giurisdizione di merito verrebbe in rilievo non tanto per l'importanza delle materie in essa ricomprese, bensì per l'aver fornito, in negativo, l'immagine della giurisdizione di legittimità³⁴³.

D'altro canto, si è osservato come il *merito* non sia il correlativo della *legittimità*, il primo non esprimendo alcuna conformità di un atto alla fattispecie normativa di riferimento (neppure, peraltro, inerendo all'atto ma solo all'attività amministrativa discrezionale), né rendendo manifesta alcuna caratteristica autonoma o diversa rispetto a quella già riscontrabile nella stessa attività discrezionale, e nulla aggiungendo sul modo in cui quest'ultima debba svolgersi³⁴⁴.

Ciò considerato, occorre evidenziare come il fondamento dell'impostazione originaria del (problema del) merito amministrativo muova dalla «necessità di segnare il confine al di là del quale deve arrestarsi ogni sindacato giurisdizionale», il ruolo del merito venendo così a delinearsi in un senso puramente negativo, similmente a quanto in precedenza occorso con riguardo all'*acte discretionnaire ou de pure administration* di matrice francese³⁴⁵.

Nel pensiero di Presutti, la distinzione tra legittimità e merito degli atti amministrativi era collegata a quella esistente tra gli atti «esecutivi, per nulla discrezionali», gli atti «più o meno largamente discrezionali - di discrezionalità pura o di discrezionalità tecnica», e gli atti «completamente discrezionali, che sono quelli di cui nessun singolo ha il diritto di far sindacare la conformità alla legge da un organo giurisdizionale, che eserciti sindacato di mera legittimità»: in tal senso, l'insigne Giurista definiva *merito* dell'atto «ciò che in esso non può

³⁴³ Così G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il Centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, 1574.

³⁴⁴ Così E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, cit., 321-322.

³⁴⁵ Tali rilievi sono di G. CORAGGIO, v. *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976.

essere raffrontato ad alcuna norma giuridica sulla istanza di un singolo da un organo giurisdizionale esercitante un sindacato di mera legittimità», laddove per *legittimità* si doveva intendere la conformità dell'atto alle norme giuridiche, «conformità che un singolo abbia il diritto di far sindacare da un organo giurisdizionale esercitante sindacato di mera legittimità»³⁴⁶.

Secondo Cammeo, la questione di *opportunità* o di *merito* si sostanziava nel valutare se, anche ammessa la legittimità dell'atto discrezionale, quest'ultimo risultasse «quello più conveniente in via assoluta per l'amministrazione e quello più conveniente in via relativa, cioè tenuto conto che l'azione amministrativa deve conciliare il massimo utile pubblico col minimo utile privato»³⁴⁷.

Per l'illustre Studioso il punto di contatto tra la questione di legittimità e quella di opportunità era in ciò, che l'esistenza e la rispondenza dell'atto ad un qualche interesse pubblico costituiva elemento di legittimità; la non rispondenza ad alcun interesse pubblico dava luogo ad illegittimità per mancanza di causa (*sub specie* di eccesso di potere); la questione di opportunità sorgeva, invece, se, essendoci un qualche interesse pubblico, si discutesse «del più o del meno di questo interesse»³⁴⁸.

Con specifico riguardo al diritto positivo, si deve ricordare come l'introduzione della giurisdizione di merito avvenne ad opera della legge Crispi del 1889, che, all'art. 4, enunciava una serie di materie in cui la IV Sezione del Consiglio di Stato pronunciava, appunto, 'anche in merito'³⁴⁹.

³⁴⁶ E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, I, Roma, 1920, 162.

³⁴⁷ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 445, che concepiva (dunque) il merito come un limite alla discrezionalità.

³⁴⁸ *Ivi*, 448.

³⁴⁹ Si consideri che, antecedentemente, a fronte dell'abolizione del sistema di contenzioso amministrativo ad opera della n. 2248 del 1865, all. E, e alla devoluzione al giudice ordinario delle cause per contravvenzioni e delle materie in cui si facesse questione di un diritto civile o politico (artt. 1 e 2 del predetto all. E), l'art. 10 della stessa legge, all. D, aveva previsto delle materie in cui Consiglio di Stato esercitava 'giurisdizione propria'. Cfr. G.B. GARRONE, v. *Giurisdizione amministrativa di merito*, agg. 2011 (a cura di F. Pavoni), in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, che

È stato, peraltro, rilevato come, esaminando l'architettura della predetta legge Crispi, l'ingresso nel sistema ordinamentale della giurisdizione di merito sembrasse aver confermato l'idea della insindacabilità a livello giurisdizionale del potere discrezionale, il controllo esteso al merito, concepito come istituto eccezionale, non avendo fatto che rimarcare, attraverso l'insindacabilità delle scelte discrezionali, la necessità di riconoscere e preservare la sovranità dell'amministrazione quale potere dello Stato³⁵⁰.

Al mutamento di prospettiva (come visto) aprì la strada l'elaborazione del vizio di eccesso di potere, che, prendendo le mosse dalla figura dello sviamento, diventò categoria «aperta» e capace di includere al suo interno «praticamente tutte le possibili disfunzioni del potere amministrativo discrezionale», in questo modo fornendo «la giustificazione teorica e positiva alla possibilità di assoggettare quelle disfunzioni a sindacato giurisdizionale [...]»³⁵¹.

dà atto di come il legislatore del 1889, di fronte all'alternativa se mantenere tale giurisdizione propria in capo al Consiglio di Stato, ovvero depotenziarla, ricomprendendone le ipotesi nella cornice della (neonata) giurisdizione di legittimità, abbia deciso di perseguire la prima via. A livello di legislazione si deve aver riguardo altresì all'art. 1 della legge 1 maggio 1890, n. 6837, che elencava le materie in cui la giunta provinciale amministrativa veniva investita di giurisdizione amministrativa per decidere, pronunciando anche in merito, dei ricorsi che non fossero di competenza dell'autorità giudiziaria, né appartenessero alla giurisdizione o alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali; la stessa legge, all'art. 21, estendeva il novero delle materie sottoposte alle decisioni di merito della IV Sezione del Consiglio di Stato ai sensi del predetto art. 4 della legge Crispi. Per una disamina della evoluzione storica della figura prendendo le mosse dagli eventi anteriori alla istituzione della giurisdizione amministrativa, cfr. B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013, 2 ss. Le origini della giurisdizione di merito sono pregevolmente delineate nel contributo monografico di P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, 1958. Con riguardo alla legislazione in materia, cfr. la puntuale disamina di G.B. GARRONE, *Giurisdizione amministrativa di merito*, cit., e in una prospettiva di attualità, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 189 ss. Le materie di giurisdizione estesa al merito sono oggi contenute nell'art. 134 c.p.a.

³⁵⁰ B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, cit., 19.

³⁵¹ *Ivi*, 21.

Come (parimenti) già evidenziato in trattazione, una tale ‘estensione’ del campo di applicazione dell’eccesso di potere ha trovato corrispondenza nell’evoluzione del concetto di discrezionalità e nel riconoscimento di limiti di volta in volta maggiori al suo esercizio, divenendo l’individuazione del confine tra la parte sindacabile e quella insindacabile dell’atto discrezionale via via sempre più labile.

La riflessione scientifica sul concetto di merito passò così da una prospettiva meramente processuale³⁵² - che prendeva le mosse dalla previsione normativa della facoltà della IV Sezione del Consiglio di Stato di decidere ‘anche in merito’ con riguardo a determinate materie - ad una dimensione che ne individuasse (e valorizzasse) il valore sostanziale.

³⁵² Cfr. quanto riportato da G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, cit., che evidenzia come fino ai primi anni del '900 la dottrina italiana abbia seguito («senza eccezioni») la linea costruttiva che aveva come fulcro il concetto di discrezionalità, rimarcando (nota n. 3) come l'impostazione fosse comune a tutti i testi istituzionali del periodo. Il concetto di merito veniva relegato, invece, in ambiti più ristretti e specifici, in larga parte processualistici: in tale prospettiva, l'Autore puntualizza come, dato per scontato il riferimento alla convenienza, opportunità, ecc., a rilevare fosse piuttosto il problema dell'inquadramento di tale specifico sindacato giurisdizionale nel sistema dei poteri dello Stato, spesso non sfuggendosi alla «tentazione di risolvere l'intera questione nei termini formalistici dell'ampiezza dei poteri decisorii», in tal senso richiamando - nota n. 4 - le posizioni di Mortara e Salandra. In una prospettiva processualistica sembra innestarsi la posizione dello stesso Coraggio, quando rinviene l'elemento comune alle varieghe ipotesi di sindacato di merito previste dalla legislazione vigente nella «esistenza di una cognizione piena da parte del giudice, in contrapposizione con la giurisdizione generale di legittimità», in quest'ultima interessando, l'accertamento del fatto, solo in relazione a carenze formali e allo sviamento di potere (così come alle altre clausole generali concorrenti nella figura dell'eccesso di potere), a differenza delle «altre ipotesi», dove «la norma da applicare è tale da richiedere al giudice una cognizione integrale». Cfr. O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit., 437-438, secondo cui la giurisdizione di merito è una giurisdizione eccezionale perché il giudice ha poteri che eccedono i limiti normali della funzione giurisdizionale, in quanto nella cognizione della controversia egli giunge a sindacare il *merito* stesso dell'azione amministrativa, e, nella decisione, sostituisce la sua volontà a quella dell'amministrazione, in questo modo adottando quei provvedimenti ritenuti convenienti che, a suo avviso, avrebbero dovuto essere adottati dall'amministratore se avesse agito correttamente. La riflessione di Ranelletti sul tema è stata già *supra* richiamata (cfr. note 99 ss.).

Fondamentale, in tal senso, è stata l'opera di Amorth³⁵³, che, partendo dall'assunto della unilateralità, equivocità ed insufficienza dell'affermazione secondo cui il merito dell'atto sarebbe insindacabile³⁵⁴, evidenzia come l'accostamento tra merito (insindacabile) e manifestazione del potere discrezionale non possa essere accettato: «[L]ungi [...] dal pensare che l'attività discrezionale si rifletta nell'atto amministrativo esclusivamente come merito e perciò diventi insindacabile, il vero è che anche l'attività discrezionale non è sottratta al dominio della legalità, sicché l'esercizio del potere discrezionale può ugualmente creare, come per una manifestazione di attività vincolata, una questione di legittimità e al punto che, sotto questo aspetto, della sua legalità o meno, l'attività discrezionale può venire sindacata anche in sede giurisdizionale»³⁵⁵.

Nel pensiero dello Studioso, merito, attività discrezionale e insindacabilità giudiziale corrispondono a tre nozioni distinte: l'attività discrezionale è una qualifica dell'attività amministrativa che esprime un rapporto peculiare tra quest'ultima e la legge, in tal senso richiamandosi il 'dominio' del principio di legalità nello svolgimento dell'attività amministrativa nella sua valenza talvolta assoluta (quando il diritto regola completamente l'attività da svolgersi, che, di conseguenza, se non come attività esecutiva, può qualificarsi come attività che si svolge in osservanza esclusiva della legge), talvolta relativa (laddove la regolamentazione dell'attività è imprecisa e l'organo

³⁵³ A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, cit. La trattazione che segue recepisce alcune delle linee essenziali del pensiero dello Studioso in materia (in alcuni punti riportato testualmente).

³⁵⁴ Ciò in quanto, secondo Amorth, è vero che l'opportunità dell'atto non può essere sindacata in sede di controllo giurisdizionale, non lo è altrettanto che non possa esserlo in sede di controllo amministrativo; se, poi, non si specifica la ragione dell'insindacabilità giurisdizionale, si adduce una qualificazione che non è esclusiva del merito; inoltre, anche accettando l'insindacabilità quale effetto giuridico tipico (se non esclusivo), occorre indagare quale sia il criterio cui affidarsi per conoscere la parte dell'atto amministrativo insindacabile (*ivi*, 12-13).

³⁵⁵ A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, cit. 15-16.

agente è libero di determinarsi secondo apprezzamenti che sono propri ovvero compiuti sulla base di criteri o principi tecnici, politici, di buona amministrazione, oltre che giuridici)³⁵⁶.

L'Autore sottolinea come anche in questa zona di libertà il diritto si ponga come limite di tipo «finalistico»: «il diritto non concede la propria efficacia a quelle manifestazioni di volontà che provengono dagli enti pubblici ove esse decampino dal retto uso dei poteri loro attribuiti, non retto uso dei poteri che si riflette in quel vizio tipico dell'atto amministrativo discrezionale conosciuto col nome di eccesso di potere»³⁵⁷.

Dopo aver affermato, dunque, la assoggettabilità dell'attività discrezionale al controllo giurisdizionale per via del sindacato sull'eccesso di potere, l'insigne Giurista procede a definire il merito dell'atto come quella «necessaria rispondenza tra il contenuto del provvedimento e il suo risultato», che è «proiezione nell'atto dell'obbligo delle autorità amministrative di attenersi, nello svolgimento delle loro azioni, al principio di opportunità», nonché la sindacabilità come «la misura del potere di controllo attribuito a diverse autorità amministrative e giurisdizionali», la cui ampiezza dipende dallo scopo avuto di mira dal controllo stesso: tutela della legittimità in generale, degli interessi amministrativi in quanto garantiti dalla legittimità dell'atto, dell'amministrato e dei diritti ed interessi di quest'ultimo³⁵⁸.

In tale prospettiva, Amorth identifica il merito dell'atto amministrativo nella «estrinsecazione di quello che ben può chiamarsi il principio di opportunità», il contenuto di quest'ultimo risultando da un confronto tra l'attività amministrativa svolta dalle pubbliche amministrazioni e l'attività che ogni altro soggetto compie per il soddisfacimento dei propri interessi³⁵⁹.

³⁵⁶ *Ivi*, 16-17.

³⁵⁷ *Ivi*, 17-18.

³⁵⁸ *Ivi*, 18.

³⁵⁹ *Ivi*, 25.

Ora, mentre ogni altro soggetto che non sia una amministrazione pubblica è libero di determinarsi senza vincoli, con riguardo alla determinazione dei fini così come alla scelta dei mezzi con cui realizzare la predetta attività, lo Stato e gli enti pubblici minori devono agire nel rispetto «non solo delle finalità loro proprie, ma in guisa anche che queste finalità vengano realizzate nel migliore possibile dei modi»³⁶⁰.

L'Autore rimarca il carattere funzionale dell'attività dell'amministrazione, che si ricollega alla circostanza secondo cui di tali attività beneficiano altri soggetti: viene per tale via evidenziata la valenza istituzionale del principio di opportunità, inteso come regola che impone di agire sempre e necessariamente per l'utile raggiungimento di determinati fini (che per questo è ritenuto valevole anche per gli enti privati)³⁶¹, e che attiene all'osservanza di regole - non giuridiche - di buona amministrazione³⁶², tali regole dovendo incidere non sulla scelta stessa dell'azione, bensì sul suo contenuto, ovvero sulla sua più appropriata adeguatezza al risultato³⁶³.

È proprio la particolare conformazione di tali norme a porsi alla base della (ritenuta) insindacabilità giurisdizionale per vizi di merito: il rilievo, in tal senso, è all'interesse puramente amministrativo afferente al merito dell'atto, laddove l'illegittimità riguarderebbe altresì, e prevalentemente, «l'effettivo

³⁶⁰ *Ivi*, 26.

³⁶¹ *Ivi*, 26-27.

³⁶² *Ivi*, 29 ss. L'Autore rileva come non attenga alla sfera del merito l'attività tecnica: un avvicinamento tra quest'ultima e quella in cui si concreta il merito non potrebbe che essere limitato, tra esse risultando come unica nota comune quella di rispondere ambedue a norme che non sono giuridiche (30-31). L'attività tecnica, a differenza di quella in cui si sostanzia il merito, non sarebbe esplicazione di attività, di funzione amministrativa. In considerazione di tale natura, l'attività tecnica sarebbe sindacabile, non solo in quanto retta da norme oggettive e precise con cui poter effettuare un confronto, ma anche perché non vi è il rischio di invadere, analizzandola, un campo proprio (e riservato) dell'amministrazione (31).

³⁶³ *Ivi*, 36.

mantenimento dell'ordine giuridico, e questo è chiamato ad effettuare il giudice, come organo di attuazione dello stesso ordinamento»³⁶⁴.

Il valore dell'apporto scientifico di Amorth in materia è indubbio: da un lato, il merito viene sganciato dalla onnipresente teorica della separazione dei poteri per innestarsi in un sistema ordinamentale di tipo normativo; dall'altro si costruiscono le basi per una elaborazione del sindacato non solo sul *quid* delle scelte amministrative discrezionali, ma anche sul merito, sol che si consideri che, nella prospettiva dell'Autore, la *manifesta* violazione delle regole di opportunità tracima nel vizio di eccesso di potere (e, per tale via, rende denunciabile la discrezionalità)³⁶⁵.

Di spiccato rilievo ermeneutico, per i fini di cui in trattazione, risulta, in siffatta prospettiva, la riflessione di Amorth in ordine alla demarcazione del confine tra 'validità di merito' (e quindi vizi di merito) - paventabile quando il contenuto dell'atto sia (o meno) conforme ai principi di buona amministrazione - e 'validità giuridica' (e quindi vizi di legittimità), confine reso labile solo con riguardo al vizio di eccesso di potere, in ragione della sua natura di «vizio a confini sfuggenti ed elastici, attraverso il cui affinamento o allargamento la giurisprudenza amministrativa è riuscita a rendere sempre più penetrante il controllo giuridico dell'atto amministrativo, debordando anzi, secondo alcuni autori, dalla legittimità al merito»³⁶⁶.

Secondo l'Autore, il medesimo atto amministrativo può essere inficiato, al contempo, da vizi di legittimità e da vizi di merito, situazione che viene (poi) vagliata quando a venire in rilievo, tra le due specie di vizi, sia un rapporto di «interferenza», ovvero qualora l'illegittimità dell'atto sia assunta come motivo di inopportunità o ingiustizia dell'atto stesso, oppure l'inopportunità o ingiustizia

³⁶⁴ *Ivi*, 95-96.

³⁶⁵ Così osserva, in punto di rilevanza del pensiero di Amorth, B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, cit., 36.

³⁶⁶ A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, cit., 97-98.

sia causa di illegittimità: nell'un caso - osserva Amorth - si ha (solo) inopportunità, nell'altro (solo) illegittimità³⁶⁷.

Nella prima ipotesi, infatti, l'illegittimità non viene in rilievo di per sé (come difformità dalle norme giuridiche regolanti la disposizione che forma oggetto dell'atto), venendo piuttosto assunta come «mezzo indicativo della poca o nessuna convenienza amministrativa dell'atto [...]»; più difficile la conformazione della seconda ipotesi, che passa dall'esame dell'eccesso di potere, in ciò fondamentale risultando il tentativo di isolare tale vizio dalla violazione di legge³⁶⁸. Dopo aver preso posizione in ordine alle soluzioni prospettate dalle varie teorie avanzate sul tema³⁶⁹, l'Autore aderisce all'impostazione di Rovelli³⁷⁰, secondo cui mediante l'eccesso di potere - vizio tipico dell'atto discrezionale - si sottopone a sindacato il giudizio di apprezzamento alla base di una valutazione discrezionale, in quanto, nello specifico, da discrezionale non discenda a valutazione arbitraria³⁷¹.

In questa prospettiva³⁷², si evidenzia il connotato essenziale del potere discrezionale, che non è potere giuridicamente libero, il diritto non consentendo

³⁶⁷ *Ivi*, 99-100

³⁶⁸ *Ivi*, 100-101.

³⁶⁹ Oltre a quella riportata (e analizzata) appresso in trattazione, Amorth richiama la teoria dell'eccesso di potere come comprensivo dei vizi inerenti alla causa dell'atto e della violazione di legge come comprensiva dei vizi relativi agli altri elementi dell'atto, ovvero oggetto e forma, nonché quella che fa perno sull'elemento dell'intenzionalità della violazione, in modo che l'eccesso di potere possa essere qualificato come vizio dei motivi o della volontà, laddove la violazione di legge abbraccerebbe i vizi meramente formali e non implicanti una volontà determinatrice (*ivi*, 102-103-104).

³⁷⁰ Nello specifico, Amorth richiama (105, nota n. 62) F. ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, cit., 447 ss., spec. 457 ss.

³⁷¹ Tanto si legge, ad esplicitazione della opinione in disamina, in A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, cit., 105.

³⁷² L'immediato prosieguo della trattazione dà atto, nelle sue linee essenziali, della ricostruzione di tale teorica, così come rappresentata (incluse le citazioni testuali) nel contributo di A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, cit., 105-106-107.

la creazione di quegli effetti che, comunque voluti, non nascano da una determinazione seria, logica, non arbitraria, «quale può attendersi da una volontà saggia, equilibrata e indirizzata al bene pubblico». In ciò, si prescinde da valutazioni sulla convenienza o proficuità dell'atto, venendo in rilievo unicamente l'esame del giudizio di apprezzamento obiettivamente considerato «per accertarne la rispondenza a quelle regole di serietà, logicità, [...] non arbitrarietà che ne condizionano la validità giuridica». In un'ottica siffatta, l'eccesso di potere differirebbe dalla violazione di legge non solo per l'oggetto su cui il sindacato si svolge («che per il primo è una complessa attività psicologica, per il secondo è una mera attività»), ma anche perché «l'accertamento della loro rispettiva conformità al diritto, nell'un caso, si risolve nella rispondenza a una serie di regole non giuridiche eppure dal diritto recepite (in quanto raccogliabili nel comando generale alle autorità amministrative di agire sempre e soltanto secondo discrezione), nell'altro, nella rispondenza a norme giuridiche vere e proprie».

Ciò considerato, con riguardo (ancora) al tema della interferenza tra vizi di legittimità e merito, osserva Amorth che risulta chiaro come il difetto di opportunità o ingiustizia possa essere assunto «come mezzo per riconoscere in un atto discrezionale un giudizio di apprezzamento manchevole», in quanto alla base di tale giudizio vi sono *regole* non giuridiche a garanzia della serietà, logicità, non arbitrarietà dello stesso; ma tale inopportunità o ingiustizia non deve essere rilevata per se stessa, in questo caso attuandosi un sindacato di merito, bensì «in quanto sia tale che l'atto, per diretta influenza di quella, non possa più dirsi dovuto ad una corretta determinazione discrezionale dell'autorità che l'ha emanato»³⁷³.

Ecco spiegata, mediante un «criterio di quantità» e un «criterio di circostanza», la linea di confine tra vizio di legittimità e vizio di merito: «è

³⁷³ A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, cit., 108-109.

appunto per questo» - rimarca l'Autore - «che la giurisprudenza amministrativa [...] ha dichiarato viziati per eccesso di potere solo quegli atti inficiati di evidente, manifesta ingiustizia od evidentissima inopportunità, tutte le volte che [...] essi, riflettendosi direttamente sul giudizio discrezionale, ne alterano la validità³⁷⁴.

D'altro canto, proprio l'incertezza della misura che l'opportunità (o l'ingiustizia) deve raggiungere per influire in maniera diretta sul giudizio di validità dell'apprezzamento discrezionale - misura che «non può essere racchiusa in una ben costruita formula teorica, bensì deve essere trovata soltanto per fine intuito, con un'avveduta ricostruzione ed interpretazione della fattispecie» - costituisce uno dei principali elementi alla base della constatata sporadicità di ipotesi di interferenze in materia³⁷⁵.

La teoria di Amorth ha rappresentato un passo decisivo nell'elaborazione scientifica del concetto di merito amministrativo e nel processo di valorizzazione dell'autonomia dogmatica dell'istituto, prendendo le mosse proprio dal principio di opportunità e dal tentativo di tracciare una cornice ordinamentale in cui sistemare, ciascuno nella propria singolarità e specificità, il fenomeno della discrezionalità amministrativa e il problema del suo controllo tramite il vaglio dell'eccesso di potere.

Secondo Giannini, tuttavia, la formula di Amorth non si sarebbe spinta oltre all'enunciazione che il merito costituisce attuazione (o meglio, svolgimento) del principio di opportunità: l'Autore si domanda, in tal senso, quale sia il profondo significato del concetto di merito³⁷⁶.

³⁷⁴ *Ivi*, 109.

³⁷⁵ *Ivi*, 109-110. L'Autore si sofferma, poi, sulle ipotesi (non di interferenza bensì di) coincidenza tra vizio di legittimità e vizio di merito, in cui la stessa deficienza dell'atto da cui deriva l'invalidità giuridica ne rappresenta al contempo un vizio di merito.

³⁷⁶ M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e Diritto*, Anno II, n. 6, 1941, anche in *Id.*, *Scritti*, II, Milano, 2002, 354.

Nel pensiero del Giurista, vi sarebbe in ciò una attività giuridicamente rilevante (poiché presa in considerazione negli ordinamenti in vista della produzione di determinate situazioni giuridiche), tuttavia «non [...] *sub lege*, cioè non [...] disciplinata nel suo svolgersi da norme giuridiche»³⁷⁷.

³⁷⁷ *Ibidem*. Giannini critica la posizione di Mortati [cfr. C. MORTATI, *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e Diritto*, 1941, 131 ss., anche in Id., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, cit., 1021 ss.], che, secondo il primo, esaurirebbe tutto il merito amministrativo e tutta la discrezionalità amministrativa «in queste norme *extra legem*» (349). Per lo Studioso, tali norme ricorrerebbero non solo nel merito ma in molti altri casi e persino nella vincolatezza (a cui viene ricondotta la discrezionalità tecnica); inoltre, con l'opinione di Mortati, a detta di Giannini si rimarrebbe in superficie e non si riuscirebbe a vedere l'enorme ricchezza della materia (354). Alla presa di posizione di Giannini a sua volta dà seguito Mortati. Quest'ultimo, in Id., *Ancora sul merito amministrativo*, in *Stato e Diritto*, 1942, 47 ss., anche in Id., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, cit., 1034 ss., evidenzia come egli stesso abbia precisato che il ricorso alle regole *extra legem* non risulti specifico del merito, non potendo, di conseguenza, tale connotato costituire l'unico elemento di distinzione rispetto ad altre figure in cui si riscontra l'applicazione di regole della medesima natura, ivi compresa, per l'Autore, la stessa legittimità in senso stretto (1036). Mortati osserva che, se il merito esprime l'esigenza dell'opportunità o della convenienza dell'azione amministrativa, e la soddisfazione di tale esigenza costituisce una condizione perché certi effetti di tale azione si producano, occorre altresì postulare un principio giuridico che affermi una necessità siffatta, imponendola all'osservanza degli organi amministrativi (1038); al riguardo, egli rinviene i criteri idonei ad accertare l'effettivo adempimento dell'obbligo scaturente dal principio di opportunità in regole che possono assumere valore di norme giuridiche vere e proprie (1039-1040). In tal senso, secondo l'Autore, le regole di buona amministrazione, così come esercitano una funzione per l'accertamento dell'eccesso di potere, possono parimenti rilevare come limite dell'esercizio dell'attività di merito: proprio tali regole, tuttavia, non hanno frequente applicazione nell'ambito del merito, in quanto la decisione di opportunità è condizionata alla valutazione delle singole fattispecie reali, valutazioni variabili in base alle specificità di fatto, infinite, e dunque imprevedibili in via generale ed astratte, nonché dipendenti dagli indirizzi politici, destinati per natura a mutare nel tempo, da ciò conseguendo la constatazione secondo cui tali regole - chiamate *massime di esperienza* - non potrebbero costituire un corpo che le includa 'già formulate e codificate' (1041). L'Autore conclude, allora, rimarcando come qualsiasi regola (che esprima una necessità non incondizionata ma relativa, ipotetica, nel senso che valga solo se si voglia raggiungere il fine) possa formare il contenuto di una norma allorché se ne accerti la rilevanza per un ordinamento giuridico, rilevanza che può attuarsi mediante l'assunzione diretta della regola in una «disposizione formalmente emanante dall'ordine giuridico medesimo», oppure «attraverso la generica e a volte implicita imposizione di tenerla presente, se si voglia sfuggire alla sanzione

Secondo Giannini, ogni discrezionalità sarebbe merito, mentre non ogni merito sarebbe discrezionalità: non si potrebbe, infatti, non parlare di merito per i casi di agire libero relativi all'attività di diritto privato e all'attività interna dell'amministrazione, ipotesi in cui non sempre si potrebbe invece parlare di discrezionalità, essendo quest'ultima una specie ben determinata dell'agire libero dell'autorità, e non già *tutto* l'agire libero³⁷⁸.

Per l'eminente Giurista, la discrezionalità non sarebbe altro che «uno dei modi di disciplina giuridica del merito, e più esattamente soprattutto quel modo relativo agli atti amministrativi esterni. Accanto ad esso vi sarebbero altri modi, relativi per lo più ad atti (di diritto privato, interni) che negli ordinamenti attuali hanno, di massima, diversa disciplina giuridica»³⁷⁹.

Le considerazioni che Giannini riserva alla materia del merito non possono che risentire delle implicazioni ermeneutiche dell'impostazione dello Studioso in punto di discrezionalità amministrativa, come *supra* analizzate.

In tale cornice, è possibile allora riprendere quanto dal medesimo osservato proprio rispetto al tema del merito amministrativo.

Secondo Giannini, il merito consisterebbe non solo nella «ponderazione dell'opportunità relativa al modo di attuare un interesse essenziale in ordine alle modificazioni che esso subisce dalla presenza concorrente di interessi secondari», ma anche nella «ricerca, selezione e valutazione dei singoli interessi»³⁸⁰. L'Autore osserva, in tal senso, come con la ponderazione del valore comparativo degli interessi concorrenti si pervenga già ad un punto inoltrato dell'*iter* del merito, in cui comincerebbe a prospettarsi l'atto finale; prima di ciò,

minacciata per la loro inosservanza» (1047). Nell'uno e nell'altro caso non muterebbe, per Mortati, la funzione propria della regola, che è quella di qualificare, da sola o congiuntamente ad altre norme, a livello giuridico, l'azione e consentirne l'imputazione all'ordinamento: in altri termini, la funzione normativa (1047).

³⁷⁸ M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, cit., 352.

³⁷⁹ *Ibidem*.

³⁸⁰ *Ivi*, 353-354.

comunque, occorrerebbe porre in luce i vari interessi concorrenti in una situazione di fatto (ovvero «scoprirli»): rimarca lo Studioso, infatti, che «la funzione degli organi che valutano il merito, è dunque, come quella degli emisferi cerebrali, prima di «analizzare», poi di «deliberare», e anzi in parecchi casi l'analizzare è molto più arduo che il deliberare»³⁸¹.

In una prospettiva generale, comunque, a dover essere approfondito è il connotato della opportunità, che Giannini paventa anche come possibile vizio del provvedimento³⁸².

Per l'illustre Giurista, occorre domandarsi quando ciò avvenga, quando, in altri termini, l'inopportunità come attributo reale del provvedimento corrisponda ad una inopportunità come attributo giuridico di quest'ultimo: l'inopportunità vizio sussisterebbe, in tal senso, qualora nei confronti del provvedimento inopportuno siano esperibili rimedi idonei a suscitare, da parte della stessa autorità o di altra autorità, oppure di un giudice, un secondo giudizio di ponderazione comparativa degli interessi al cui esito il provvedimento inopportuno venga colpito da una misura, come, tra l'altro, nei casi di ricorsi amministrativi per motivi di inopportunità e ricorsi giurisdizionali con cognizione estesa al merito³⁸³.

Con riguardo, invece, all'*ubi consistam* di tale inopportunità (vizio), l'Autore dà atto delle teorie variamente proposte dalla dottrina. Così quella che vede il *discrimen* tra invalidità-legittimità e invalidità-inopportunità nella

³⁸¹ *Ivi*, 354. Secondo Giannini, «dal momento in cui si prospetta l'utilità di fare quell'aeroporto fino a che si emana l'atto, siamo sempre nell'ambito del merito: solo che quando noi vorremo, *a posteriori*, rivedere il merito dell'atto, non avremo altra finestra di osservazione che quella data dai motivi e da parte del contenuto dell'atto stesso: il che alcune volte può anche essere insufficiente».

³⁸² Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 324, che evidenzia come risulti indiscutibile che il provvedimento inopportuno provenga da una mal concepita o mal eseguita ponderazione comparativa degli interessi. L'inopportunità come attributo reale di un provvedimento non sempre corrisponde, tuttavia, alla inopportunità come attributo giuridico.

³⁸³ *Ivi*, 324-325.

violazione, rispettivamente, di norme giuridiche e nella violazione di norme e regole non giuridiche, ovvero quella che assume come fulcro il concetto di doverosità: per tale via il provvedimento inopportuno sarebbe quello adottato in violazione del dovere, in capo all'autorità procedente, di curare l'interesse pubblico al grado ottimale, rendere, cioè, il provvedimento il più conforme possibile alle regole che soprassedono la cura degli interessi pubblici³⁸⁴.

Ciò considerato, l'Autore rimarca (comunque) il dato secondo cui il nucleo dell'opportunità, che presenta sempre un settore irriducibile a canoni predeterminabili, sarebbe soggetto alle variabili dell'indirizzo politico e della direttiva politico-amministrativa³⁸⁵. Per Giannini il rilievo caratterizzante del giudizio di opportunità si sostanzia nella «*creazione di una regola individuale* per quel caso o quel gruppo omogeneo di casi concreti»: in tal senso egli evidenzia che «chi è chiamato a giudicare del giudizio di opportunità[,] non ha da verificare se sono state applicate regole e se bene o male, ma ha da verificare come è stata creata la regola individuale, sotto l'aspetto della completezza dell'informazione [...], della plausibilità delle previ[z]ioni [...], e della coerenza logica»³⁸⁶.

In ciò, lo Studioso conclude osservando come l'inopportunità vizio sia da ravvisarsi, in particolar modo, nella incoerenza logica della struttura conferita al giudizio individuale dell'opportunità³⁸⁷.

Il riferimento all'opportunità della scelta costituisce una costante nell'elaborazione della letteratura scientifica sul merito amministrativo³⁸⁸,

³⁸⁴ *Ivi*, 326.

³⁸⁵ *Ivi*, 326-327.

³⁸⁶ *Ivi*, 327.

³⁸⁷ *Ibidem*.

³⁸⁸ Cfr. già R. PORRINI, *La giurisdizione amministrativa di annullamento nella sua natura e nelle sue relazioni colla giurisdizione ordinaria e con quelle amministrative speciali*, in *Arch. giur.*, XLVIII, 1892, 515; O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit., 437; R. LUCIFREDI, *In tema di giurisdizione di merito* (a proposito di una recente pubblicazione), in *Arch. giur. "Filippo Serafini"*, CXXV, 1941, 91.

laddove variegata sono le posizioni della dottrina in ordine al valore - se giuridico o meno, e, in questo secondo caso, se comunque rilevante giuridicamente - da riconoscere alle regole (di buona amministrazione) poste alla base delle valutazioni amministrative (di merito, appunto)³⁸⁹.

Altrettanto numerose sono le teorie sul merito che si sono succedute nel corso del tempo³⁹⁰, complice altresì il rilievo, in materia, di fenomeni e categorie fondamentali e ampiamente dibattuti nell'ambito del sistema complessivo del diritto amministrativo, sostanziale e processuale: l'eccesso di potere, la discrezionalità pura, la discrezionalità tecnica. Si deve osservare, inoltre, come la tematica del merito amministrativo apra scenari e possibilità di qualificazioni differenziati a seconda del fulcro via via al centro dell'indagine: la nozione di merito e i vizi di merito, il sindacato di merito, la giurisdizione di merito.

Anche i principi e i valori che orientano l'attenzione dell'interprete nella disamina degli istituti suddetti si declinano diversamente in virtù dell'oggetto specifico di volta in volta analizzato.

³⁸⁹ Oltre al dibattito tra Giannini e Mortati, riportato *supra* nella nota n. 377, cfr. la disamina effettuata da E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, cit., 327 ss., che dà atto delle soluzioni prospettate dalla dottrina sul punto.

³⁹⁰ In aggiunta a quelle di cui si è dato atto nella presente disamina, cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018, 393-394, per cui è merito «[L]’insieme delle soluzioni ipotizzabili come compatibili con il principio di congruità in un caso determinato [...], normalmente (salvo eccezioni fissate dalla legge) sottratto al sindacato del giudice amministrativo e attribuito alla scelta esclusiva dell’amministrazione, la quale, tra la pluralità di scelte così individuate, preferirà quella ritenuta più opportuna»; F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, cit., 113, secondo cui il merito coincide strettamente e rigorosamente con le scelte il cui criterio informatore è l’interesse pubblico; F. LEVI, *L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 551 ss., che identifica il merito con il ‘successo’ della decisione; cfr. altresì A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. amm.*, 2008, 3, 540, che propende per una collocazione del merito all’interno delle tecniche di controllo sulle decisioni dei pubblici poteri, nel qual caso esso costituisce la forma più penetrante ed incisiva di sindacato; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, cit., 10, secondo cui con il termine ‘merito’ si esprime la corrispondenza tra il contenuto dell’atto e il risultato a cui esso dovrebbe tendere.

In tale prospettiva, altresì essenziale risulta il vaglio dei principi di imparzialità e buon andamento - quest'ultimo inteso nella sua accezione sostanziale, a sua volta posta alla base della conformazione dell'attività amministrativa in termini di attività di risultato - sol che si abbia riguardo all'esame della nozione di merito, della sua natura giuridica, del suo collocamento nel sistema dei vizi dell'atto amministrativo.

Parimenti rilevante diventa (ancora) l'analisi del principio di separazione dei poteri e della riserva di amministrazione quando l'attenzione vira propriamente sulla natura e sulla portata del sindacato giudiziale (di merito).

È evidente come tutte le nozioni surriferite (i.e. quella di merito, di discrezionalità, di eccesso di potere, di sindacato di legittimità e di merito) risultino avvinte da un nesso di interrelazione funzionale costante.

Così, per chi, come Ottaviano, concepisce il merito come «il contenuto di quegli elementi dell'atto, da determinare discrezionalmente»³⁹¹, e l'eccesso di potere come mezzo per sindacare il buon uso del potere discrezionale, e quindi il merito dell'atto amministrativo³⁹², risulterà facile costruire la linea di confine tra sindacato di legittimità e sindacato di merito in base ai dettami della seguente impostazione: sull'attività discrezionale sono concepibili due specie di sindacato, uno *pieno*, in cui si viene ad esaminare *direttamente* l'uso del potere discrezionale, e un altro *indiretto*, in cui l'uso del potere discrezionale viene esaminato indirettamente a mezzo di sintomi³⁹³.

Nella prospettiva dell'Autore, colui che, pertanto, si trovi ad esaminare la discrezionalità in sede di legittimità non potrà, di conseguenza, 'rifare' gli apprezzamenti che l'amministrazione è chiamata a compiere quando questa agisce discrezionalmente, dovendo, piuttosto che apprezzare la situazione che

³⁹¹ V. OTTAVIANO, *Merito*, cit., 575.

³⁹² V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, cit., 362.

³⁹³ *Ibidem*.

ha dato luogo all'adozione dell'atto, esaminare l'atto stesso per rinvenire in esso eventuali elementi di illogicità o di eccessività a cagione dei quali quest'ultimo «non dia garanzia di potere opportunamente soddisfare l'interesse pubblico per cui è stato emanato»³⁹⁴.

L'esame di legittimità si sostanzierebbe, nella prospettiva dello Studioso, in un esame vertente sulla formazione della volontà dell'organo amministrativo ed avente ad oggetto il sindacato in ordine al *se* tale volontà contenga un qualche difetto da cui si possa desumere che l'atto amministrativo non sia tale da soddisfare l'interesse pubblico³⁹⁵.

La formazione della volontà non sarebbe, invece, indagata nel sindacato di merito, che atterrebbe piuttosto allo stabilire obiettivamente, «al di fuori dei possibili indizi che possono svelare una volontà viziata», se l'atto risulti capace di soddisfare l'interesse pubblico che di questo costituisce la causa³⁹⁶.

Il punto di indagine privilegiato della ricostruzione di Ottaviano è, dunque, quello della discrezionalità nel *modo* in cui la stessa è regolamentata³⁹⁷: il sindacato di legittimità sarebbe diretto, in un'ottica siffatta, a stabilire la correttezza dell'*iter* logico seguito nell'esercizio del potere discrezionale - senza, dunque, possibilità di un rinnovamento degli apprezzamenti dell'autorità e una valutazione diretta della situazione concreta - da condurre, in questo senso, sotto la lente ermeneutica dell'eccesso di potere come vizio della *funzione*, attenendo al momento del tradursi del potere in atto; mediante il sindacato di merito, invece, si dovrebbe procedere ad una diretta rivalutazione della situazione in cui si è sostanziato il provvedere dell'autorità³⁹⁸.

³⁹⁴ *Ivi*, 362-363.

³⁹⁵ *Ivi*, 363.

³⁹⁶ *Ibidem*. L'Autore sottolinea che per tale ragione il giudice di merito è stato considerato come un organo che esercita funzione amministrativa mediante forme di tipo giurisdizionale. Sul punto, cfr. *infra* in trattazione.

³⁹⁷ V. OTTAVIANO, *Merito*, cit., 577.

³⁹⁸ *Ibidem*.

Tale impostazione, nella teorica del Giurista, si basa sull'assunto che «anche le forme di eccesso di potere per irrazionalità trovano la loro giustificazione nell'intento di assicurare che nell'esercizio del potere discrezionale si faccia retto uso dei principi che lo reggono», per tale via confermandosi il rilievo giuridico del merito, con la conseguenza che non sussisterebbe tra legittimità e merito (almeno per le forme di eccesso di potere surriferite) alcuna diversità sostanziale, attenendo, piuttosto, tale differenza al *modo* di rilevazione del vizio nell'ambito delle due tipologie di sindacato³⁹⁹.

Una soluzione - come quella appena esposta - che risolva il merito interamente nel concetto di discrezionalità appare, tuttavia, poco incline al riconoscimento dell'autonomia dogmatica del merito amministrativo, che l'elaborazione scientifica ha dimostrato essere indubbia, ferma restando la parimenti indubitabile interrelazione funzionale (e, per certi versi, altresì strutturale) sussistente tra le due categorie.

Se è vero, come pure osservato, che è divenuto ormai positivamente valutabile sotto il profilo della legittimità ogni momento dell'attività amministrativa, e che questo ha impedito l'individuazione di uno spazio tipico ed esclusivo del merito⁴⁰⁰, è parimenti da riconoscersi l'utilità (*rectius*, la necessità) di una netta linea di demarcazione tra i due concetti, non foss'altro che per evitare il rischio - di imprescindibile rilevanza nella dinamica ermeneutica afferente all'oggetto principale del presente lavoro - di una 'amministrativizzazione' della giustizia.

³⁹⁹ *Ibidem*.

⁴⁰⁰ A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, cit., 536, che pur riconosce la necessità di una delineazione del concetto di merito, la quale, «se non può più ritenersi utile ad indicare gli ambiti oggettivi di azione amministrativa sottratti al riscontro di legittimità», comunque «appare tuttora funzionale a comprendere tecniche e modalità del sindacato sui provvedimenti della p.a.» (535).

Illuminanti in tal senso restano le considerazioni di Nigro, che prende le mosse proprio dalla conformazione ordinamentale voluta dalla Costituzione: la Carta fondamentale conferisce all'attività giurisdizionale «carattere di pura e neutrale attività di realizzazione [...] del diritto obiettivo», tale natura 'assoluta' dell'attività giurisdizionale cogliendosi sul piano della funzione (e in ciò rileva l'assoggettamento del giudice soltanto alla legge) così come dell'organizzazione («posto che l'attività è affidata a corpi specializzati e indipendenti, in primo luogo l'«ordine autonomo» della magistratura, specificamente indicati dalla Costituzione») ⁴⁰¹. In una siffatta cornice, il giudice è soggetto che interpreta, regola e soddisfa interessi altrui, organo immediato e imparziale dell'ordinamento generale, «in nessun caso ed in nessun modo» potendo questi venir assunto come «compartecipe e partigiano convalutatore degli interessi sui quali giudica» ⁴⁰². L'insigne Giurista sottolinea, a questo punto, come la posizione dalla Costituzione assegnata al giudice risulti assolutamente antitetica rispetto a quella in cui si trova il giudice amministrativo di merito, «per il quale entrare in valutazioni d'opportunità null'altro significa se non fare propri gli interessi in relazione ai quali l'amministrazione ha già provveduto e così in definitiva fare [...] dell'amministrazione» ⁴⁰³. Per Nigro, se è vero che ad ogni giudice può accadere di dover compiere valutazioni di opportunità in occasioni secondarie ovvero accessorie della sua attività, è parimenti da osservarsi che non sono queste ultime ad aver l'effetto di alterare la funzione giurisdizionale, a ciò dando luogo «quelle valutazioni che sono il contenuto principale e istituzionale del processo di decisione» ⁴⁰⁴.

È - a parere di chi scrive - di chiara evidenza, in una tale prospettiva, la necessità del mantenimento di un'autonomia concettuale propria del merito

⁴⁰¹ M. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *Foro it.*, 1969, V, 63.

⁴⁰² *Ibidem.*

⁴⁰³ *Ibidem.*

⁴⁰⁴ *Ibidem.*

amministrativo e, nella stessa direzione, di concepire l'eccesso di potere in termini di «limite al potere dell'amministrazione (affinché le sue scelte siano giuridicamente accettabili), ma anche soglia (ultima propaggine) del sindacato di legittimità, volto ad impedire che il giudice ecceda esso stesso dal proprio potere, invadendo la sfera riservata all'amministrazione»⁴⁰⁵.

È pur vero, dunque, come perspicuamente osservato da un Autore, che la *deputatio ad finem* caratterizzante l'attività amministrativa ha avuto quale conseguenza quella secondo cui «i controlli su di essa avessero spesso a oggetto non solo il rispetto delle norme, ma anche il corretto perseguimento dell'interesse pubblico [...]», e che, in tal senso, «il confine tra legittimità e merito è stato gradualmente spostato dal sindacato per eccesso di potere, che ha rappresentato il veicolo per l'espansione dell'area della legittimità [...]»⁴⁰⁶, in ciò spiegandosi - per il medesimo Autore - l'opinione di chi ha individuato nel merito il contenuto discrezionale del provvedimento⁴⁰⁷ e nel sindacato di legittimità e in quello di merito due distinte forme di controllo sull'esercizio del potere discrezionale⁴⁰⁸; sembrerebbe, tuttavia, evidente come la distinzione tra legittimità e merito, in uno con la correlata insindacabilità di quest'ultimo, risulti maggiormente coerente con i principi immanenti all'intero assetto ordinamentale, primo fra tutti quello di separazione dei poteri, in questo modo contribuendo a garantirne coerenza e razionalità.

L'autonomia concettuale del merito (rispetto alla categoria della legittimità) è preservata dalla stessa giurisprudenza, che anche di fronte all'affermazione di un sindacato sull'atto amministrativo - condotto sul piano

⁴⁰⁵ Quest'ultimo passaggio, riportato testualmente, è di C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 8.

⁴⁰⁶ Tali rilievi sono di B.G. MATTARELLA, *L'Attività*, cit., 674.

⁴⁰⁷ Mattarella *ivi* (675, nota n. 184) richiama in tal senso principalmente il pensiero di Ottaviano [in Id., *Merito*, cit., 575], *supra* riportato.

⁴⁰⁸ Mattarella *ivi* (675, nota n. 185) richiama in tal senso principalmente la posizione di G. BARONE, v. *Discrezionalità*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989.

dell'eccesso di potere - nella sua massima ampiezza, si cura di tenere ben distinto l'ambito insindacabile della valutazione di merito.

Così, ad esempio, quando il Consiglio di Stato afferma che «[I]l difetto di motivazione è [...] un elemento rilevante in quanto sintomaticamente rivelatore di un eccesso di potere concernente il mancato rispetto dei precetti della logica, della coerenza interna e della razionalità; ovvero di un errore di valutazione dei presupposti del provvedimento; o ancora di uno sviamento dell'atto dalla causa tipica e/o dall'interesse pubblico», e che «la motivazione di un provvedimento può, e deve, essere sindacata dal giudice della legittimità sul piano della sufficienza intrinseca, della logica, d[e]lla sostanziale congruità e razionalità, al fine di accertare la possibile ricorrenza di un difetto strutturale o funzionale del provvedimento (per falsità o erroneità dei presupposti, travisamento della realtà di fatto ecc.), o di una sostanziale deviazione dagli interessi pubblici (per sviamento di potere o violazione del principio di imparzialità), o di una palese illogicità, irrazionalità, iniquità, ecc.», sottolineando infine come, «[I]n difetto di tale riscontro, la mera enunciazione della carenza o dell'inidoneità della motivazione, disgiunta da un'analisi approfondita della fattispecie, rischierebbe [...] di risolversi in un inammissibile giudizio di merito su scelte amministrative discrezionali»⁴⁰⁹.

Allo stesso modo, è stato pure rimarcato come, a fronte di valutazioni evidentemente irrazionali o contraddittorie ovvero fondate su elementi di fatto erronei o travisati, il giudice amministrativo possa certamente intervenire in considerazione del fatto che l'azione amministrativa posta in essere in siffatte condizioni risulta illegittima per eccesso di potere, non potendo, tuttavia, spingersi oltre e dovendo lasciare alle amministrazioni competenti il compito di

⁴⁰⁹ Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2013, n. 5768.

valutare nel merito ed in concreto la ricorrenza dei presupposti di fatto per l'adozione di specifici provvedimenti⁴¹⁰.

Si arguisce, allora, come al merito amministrativo possa - e debba - riconoscersi, rispetto al fenomeno della discrezionalità, una indipendenza definitoria e concettuale, oltre che funzionale.

Si è in tal senso evidenziato in dottrina che discrezionalità e merito costituiscono «due facce della medesima medaglia», la prima rappresentativa degli aspetti 'esterni' della scelta da effettuare, su cui operare il confronto con i vincoli e i limiti che presidiano la scelta discrezionale, «per garantire che si tratti di una scelta legittima», il secondo riguardante gli aspetti 'interni' della predetta scelta, quando la relativa legittimità sia fuori discussione⁴¹¹. Si è, dunque, in altri termini rimarcato come, una volta rispettati i limiti e vincoli surriferiti (la cui violazione darebbe invece luogo ad eccesso di potere), l'atto non potrebbe che dirsi - per tale profilo - legittimo, la scelta in concreto operata potendo ritenersi «più o meno opportuna, ovvero più o meno conveniente per l'interesse pubblico», ma risultando quest'ultima comunque (e salvi i casi di giurisdizione di merito) «indenne da ogni sindacato giurisdizionale [...]»⁴¹².

⁴¹⁰ Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2006, n. 5106.

⁴¹¹ Così G. GRECO, M. CAFAGNO, D.U. GALETTA, M. RAMAJOLI, M. SICA, *Argomenti di diritto amministrativo*, I, *Parte generale*, *Lezioni*, III ed., Milano, 2017, 187.

⁴¹² *Ibidem*. Cfr. altresì R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, *Parte generale*, Bologna, 2005, 779: «con il termine merito si fa riferimento all'ambito delle scelte dell'Amministrazione pubblica rimasto libero dopo l'osservanza di tutti i principi ed il rispetto di tutti i limiti che vincolano l'esercizio della discrezionalità [...]»; nonché V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002, 373: «[L]'emergere e il consolidarsi della dottrina della discrezionalità evidentemente non elimina la sostanziale libertà delle scelte amministrative nell'esercizio del potere, ma alla libertà di scelta pone limiti e vincoli [...] che ne consentono il sindacato esterno. L'ambito di scelta rimasto libero al di là di questi limiti e vincoli (e al di là ovviamente delle prescrizioni precise di legge) viene designato con la dizione gergale di *merito amministrativo*».

In una prospettiva definitoria che miri a compendiare, per quanto possibile, gli esiti ermeneutici della riflessione scientifica in materia, si potrebbe affermare, in definitiva, che è *merito* «l'ambito, più o meno ampio, delle scelte dell'amministrazione rimasto libero, [...] la parte del provvedimento non direttamente regolata, [...] l'area delle scelte di opportunità, [...] la valutazione degli interessi con il suo carattere di politicità; sicché il relativo apprezzamento implica la verifica dell'adeguatezza concreta del provvedimento al risultato, ovvero del successo del provvedimento medesimo [...]»⁴¹³.

2.3 *Precisazioni in punto di discrezionalità tecnica.*

È nota la massima giurisprudenziale secondo cui non è configurabile l'eccesso di potere giurisdizionale, sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, allorquando il sindacato del Consiglio di Stato abbia avuto ad oggetto (*sic et simpliciter*) le valutazioni tecniche (es. quelle compiute dalle commissioni di gara in sede di verifica della anomalia dell'offerta), tale controllo non attenendo al merito dell'azione amministrativa, bensì all'esercizio della discrezionalità tecnica⁴¹⁴.

D'altronde, la Cassazione ha puntualizzato, anche di recente, come sulle valutazioni delle commissioni di concorsi pubblici sia predicabile - senza che ciò comporti eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera del merito - il sindacato di legittimità del giudice amministrativo per manifesta illogicità del giudizio tecnico ovvero travisamento di fatto rispetto ai

⁴¹³ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 212.

⁴¹⁴ Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ. s.u. 29 novembre 2019, n. 31267, che richiama altresì Cass. civ. s.u. 25 settembre 2018, n. 22755; Cass. civ. s.u. 16 luglio 2014, n. 16239; Cass. civ. s.u. 10 agosto 2011, n. 17143; Cass. civ. s.u. 21 dicembre 2005, n. 28265.

presupposti del giudizio stesso⁴¹⁵, o ancora irragionevolezza, arbitrio, violazione del principio della *par condicio* tra i concorrenti⁴¹⁶.

Analogamente, la giurisprudenza amministrativa ha rimarcato che «Le valutazioni connotate da discrezionalità tecnica [ed amministrativa] sono [...] sindacabili in sede di giurisdizione generale di legittimità per tutti i vizi possibili dello svolgimento della funzione pubblica, e tra queste le figure sintomatiche dell'eccesso di potere, ma non per ragioni di merito. Ne consegue che, sulle valutazioni tecniche opinabili, il giudice adito non può sovrapporre la propria valutazione a quella della Pubblica amministrazione»⁴¹⁷, principio condiviso dalla stessa Corte regolatrice della giurisdizione⁴¹⁸.

Tali (seppur) minime notazioni restituiscono all'interprete un dato di piana evidenza: il riconoscimento della sindacabilità delle valutazioni tecniche (sempre, ovviamente, sotto il profilo dell'eccesso di potere) apre la strada all'indagine sulla determinazione dei limiti al relativo controllo giurisdizionale - a sua volta correlata alla peculiare conformazione dell'attività tecnica dell'amministrazione - e a quella, speculare, concernente l'individuazione del raggio di azione del ricorso *ex art. 111*, comma 8, Cost. *in subiecta materia*.

Prima di procedere alla disamina di alcune ipotesi emblematiche di invasione, da parte del giudice, delle prerogative dell'amministrazione in occasione del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica⁴¹⁹, occorre,

⁴¹⁵ Cass. civ. s.u. 13 maggio 2020, n. 8844; nello stesso senso, Cass. civ. s.u. 28 maggio 2012, n. 8412, richiamata dalla prima.

⁴¹⁶ Cass. civ. s.u. 13 febbraio 2020, n. 3562.

⁴¹⁷ Cons. Stato, sez. IV, 9 luglio 2018, n. 4153. Cfr. nello stesso senso Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2018, n. 2798. Cfr. altresì Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2018, n. 899 e Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2015, n. 4747.

⁴¹⁸ Cfr. Cass. civ. s.u. n. 5905/2020, cit., in cui si afferma che «[...] l'esame del giudice amministrativo può estendersi anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne della legittimità, salvo non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità [...]». Cfr. altresì Cass. civ. s.u. 20 gennaio 2014, n. 1013.

⁴¹⁹ Cfr. approfonditamente *infra*, cap. 3, par. 1.2.

dunque, in questa sede - seppur in una logica di sintesi⁴²⁰ - indagare di quest'ultima natura e fondamento giuridico.

La nozione di discrezionalità tecnica è alquanto controversa.

È stato in tal senso sottolineato come questa risulti «molto sfuggente, storicamente variabile, legata ad un percorso nominalmente caratteristico dell'ordinamento italiano, in bilico tra diritto sostanziale e diritto processuale»⁴²¹.

Cammeo riconduce la discrezionalità tecnica ad un'area dell'attività amministrativa regolata da norme *giuridiche* (tuttavia) diverse da quelle che rendono tale attività di natura vincolata: «[I]l vincolo c'è quando le norme sono precise [...] cioè entrano in applicazione col verificarsi di fatti semplici [...] cioè di fatti che esistono o non esistono, ma non sono suscettibili di un più o di un meno o di una qualunque valutazione da farsi in relazione alle esigenze dell'interesse della pubblica amministrazione»⁴²².

Nel pensiero del Giurista, la discrezionalità tecnica è collegata alla circostanza secondo cui spesso a disciplinare l'attività amministrativa sono

⁴²⁰ La letteratura in materia è copiosa: ci si permette un richiamo, *ex multis*, a V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., spec. 496 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 95 ss.; F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 983 ss.; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, *ivi*, 1992, 4, 685 ss.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'Amministrazione pubblica*, *ivi*, 1983, 4, 371 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., 485 ss. Per un'analisi recente cfr. S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 97 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *GiustAmm.it*, n. 7/2016; G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2, 705 ss.

⁴²¹ Così F. CINTIOLI, v. *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in *Enc. dir., Annali II-2*, Milano, 2008, 471.

⁴²² F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 403-404.

norme *imprecise*, la cui attuazione presuppone che si verifichino fatti *complessi*, ovvero, appunto, fatti «suscettibili di un più o meno, da apprezzarsi in relazione all'interesse pubblico e il cui apprezzamento [...] deve lasciarsi alla pubblica amministrazione stessa»⁴²³.

Muove dal riscontro di norme incomplete altresì Presutti, anche se in una prospettiva peculiare.

Per lo Studioso, infatti, la discrezionalità tecnica si sostanzia in ciò, che «la norma ricollega il sorgere dell'effetto giuridico, e cioè del diritto o dell'obbligo dell'amministrazione di emanare un dato atto, all'esistenza di un carattere, di un attributo, di una qualità di una cosa, di un fatto, di una persona, di natura tale che, se sussistono, possono presentarsi in grado o misura maggiore o minore, mentre la norma non determina il grado, la misura in cui debbono ricorrere perché l'effetto giuridico sorga»: la rispondenza del provvedimento alla norma deve essere accertata, in questa prospettiva, (necessariamente e) insindacabilmente dall'amministrazione⁴²⁴.

Nel pensiero scientifico di Ranelletti la discrezionalità tecnica è ricondotta alla categoria generale della discrezionalità (amministrativa), al riguardo così esprimendosi l'esimio Autore: «[E] non crediamo neppure di dover distinguere una discrezionalità *pura* da una discrezionalità *tecnica* o *tecnico-amministrativa*, per indicare con la prima quella puramente amministrativa, con la seconda quella fondata su apprezzamenti tecnico-amministrativi, perché, lasciando da parte la parola «tecnica», la quale da sola non può esprimere

⁴²³ *Ivi*, 405.

⁴²⁴ E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, cit., 160-161. L'Autore richiama, in via esemplificativa, la seguente situazione: «se una norma giuridica dice che un impiegato può essere destituito in caso di grave negligenza, rientra nei limiti del sindacato di legittimità il decidere se un dato comportamento può qualificarsi come negligenza, ma non il vedere se questa negligenza è talmente grave da giustificare la destituzione» (161). Cfr. altresì Id., *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, IV, 10 ss., spec. 47 ss.; Id., *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 54 ss.

propriamente questo concetto, la discrezionalità, sia l'apprezzamento puramente amministrativo, sia tecnico-amministrativo, è sempre amministrativa, e quella distinzione non ha alcuna importanza giuridica»⁴²⁵.

Strutturalmente diversa da quella amministrativa è la valutazione tecnica nel pensiero di Giannini. Il Giurista muove dalle teorie sulla c.d. discrezionalità determinata per categorie - riguardante quelle norme disciplinanti le potestà amministrative che impiegano, appunto, delle 'categorie' (a titolo esemplificativo, la 'grave alterazione psichica', le 'sostanze tossiche', ecc.) -, evidenziando il dato del superamento, da parte della dottrina successiva, di una nozione siffatta in considerazione della non univocità del relativo significato⁴²⁶.

In tale prospettiva, l'Autore constata come vi siano «casi nei quali il testo normativo, mediante l'uso di sostantivi e di aggettivi appropriati, vuol effettivamente delimitare l'ambito delle potestà discrezionali, fissando dei presupposti dell'esercizio di esse (p. es. provvedimento da adottare «in casi di particolare gravità»), o dei motivi non generici (p. es. atto che può esser adottato «per scongiurare un pericolo imminente»)), e casi in cui «il testo normativo ha significato totalmente diverso: non attribuisce potestà discrezionali, e quindi esclude che l'autorità compia valutazioni di opportunità; le attribuisce invece il compito di addivenire a dei *giudizi a contenuto scientifico*»⁴²⁷.

Da qui l'ontologica differenza, per Giannini, tra discrezionalità pura e discrezionalità tecnica, che non avrebbe «proprio nulla di discrezionale», essendo stata così definita «per un errore storico della dottrina»: la discrezionalità - rimarca lo Studioso - afferisce ad una potestà e implica giudizio

⁴²⁵ O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, 369 (in nota).

⁴²⁶ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 54-55.

⁴²⁷ *Ivi*, 55. Rimarca Giannini che «una sostanza o è tossica o non lo è; può accadere che possa essere più o meno tossica, ma non può accadere che sia «opportuno o inopportuno considerarla tossica». Il giudizio circa la tossicità richiede adeguate conoscenze farmacologiche, può talora comportare studi; ma ciò significa solo che deve essere dato alla competenza di un ufficio tecnico, esperto nella scienza da applicare».

e volontà, laddove la discrezionalità tecnica ha riguardo ad un momento conoscitivo e implica solo giudizio, quanto attinente alla volizione venendo dopo e potendo coinvolgere o meno una separata valutazione discrezionale⁴²⁸.

Nel sottolineare come i giudizi di discrezionalità tecnica investano tutte le discipline umane (fisica, chimica, biologia, ingegneria, ecc), l'Autore evidenzia che «sino a quando le scienze di cui si applicano le regole danno risultati sufficientemente certi [...], i giudizi sono correlativamente certi. Ma se la materia è solo relativamente certa, o addirittura opinabile, altrettanto divengono i giudizi»⁴²⁹. Da ciò consegue, nella ricostruzione di Giannini, che «se in astratto i giudizi tecnici dovrebbero essere sempre dei giudizi di esistenza, in concreto essi possono talora divenire dei giudizi di probabilità, ipotetici, in una parola si possono avvicinare ai giudizi valutativi propri della potestà discrezionale, possibilità, questa, particolarmente evidente quando vengono in rilievo i canoni delle c.d. discipline non esatte (economia, lettere, ecc.): nonostante il carattere fortemente valutativo, tali giudizi, tuttavia, non debordano nella potestà discrezionale, essendo sempre «giudizi tecnici, giuridicamente distinti dai giudizi di opportunità e dal momento decisionale»⁴³⁰.

È stato, comunque, rimarcato in dottrina come Giannini abbia riservato «[S]carsa attenzione» alla discrezionalità tecnica, «dato di massimo rilievo» (nel suo pensiero scientifico) essendo «la negazione che la c.d. discrezionalità tecnica sia rapportabile alla discrezionalità (vera e propria) [...]»⁴³¹: il «tiepido interesse per la nozione» si spiegherebbe «da un lato, per la sua ritenuta (e denunciata)

⁴²⁸ *Ivi*, 55-56.

⁴²⁹ *Ivi*, 56.

⁴³⁰ *Ivi*, 56-57. L'Autore riporta il pensiero della dottrina (al tempo) «più recente» secondo cui i giudizi valutativi sarebbero giudizi 'riservati', «in ordine ai quali cioè la norma delineerebbe una competenza esclusiva di organi amministrativi, tale da escludere anche il sindacato del giudice» (57).

⁴³¹ I rilievi sono di F.G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4, 1061.

erroneità (e, si può aggiungere, intrinseca contraddittorietà), e, dall'altro, per la totale insindacabilità dei giudizi tecnico-discrezionali, allora costantemente riaffermata dalla giurisprudenza»⁴³².

Occorre considerare, tuttavia, come nella dottrina successiva non si sia mancato di sottolineare il «carattere anfibologico» della discrezionalità tecnica, venendo al riguardo in rilievo «un po' di discrezionalità amministrativa e un po' di tecnica», e ciò in ragione della constatazione secondo cui «l'amministrazione applica una regola che, pur enunciata nella norma giuridica, non è, essa stessa, regola giuridica, ma non è neppure regola tecnica in senso proprio, dato che non deriva da una scienza esatta»⁴³³.

Si è in quest'ottica evidenziato che nella discrezionalità «si intende per *tecnico* un giudizio di qualificazione che appartiene a discipline non giuridiche (perché i criteri dell'interpretazione giuridica non gli forniscono un significato autosufficiente) e che tuttavia non è comprovabile in maniera assoluta»: in tale prospettiva, «la discrezionalità tecnica partecipa della relatività delle conoscenze che è propria delle scienze umanistiche e coinvolge [...] regole desunte da scienze non esatte»⁴³⁴. I connotati della discrezionalità tecnica sarebbero (così) da ricondurre all'essere questa basata su regole «non giuridiche», nonché «non comprovabili in maniera universalmente accettata», e, dunque, «opinabili»⁴³⁵.

Il tratto dell'opinabilità è altresì alla base della distinzione tracciata dalla giurisprudenza tra discrezionalità tecnica e accertamento tecnico: quest'ultimo, invero, «si esaurisce nella mera ricognizione degli elementi ai quali una determinata norma attribuisce rilevanza a certi fini», laddove la prima «postula che alla fase dell'accertamento segua quella del giudizio [...]»⁴³⁶.

⁴³² *Ivi*, 1062.

⁴³³ Tutte considerazioni di F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, cit., 986-987.

⁴³⁴ *Ivi*, 987.

⁴³⁵ *Ibidem*. Cfr. altresì, dello stesso Autore, *Discrezionalità tecnica*, cit., 472.

⁴³⁶ Cons. Stato, sez. IV, 12 dicembre 1996, n. 1299, in *Foro amm.*, 1996, 11-12, 3227 ss.

Il fondamento di tale differenziazione è riconducibile, in tal senso, alla ‘esattezza’ o meno delle scienze da cui si ricavano le regole tecniche nel caso di specie: così è invalso nella prassi il principio secondo cui «si deve distinguere tra potere tecnico discrezionale della pubblica amministrazione e potere di valutazione o accertamento tecnico che si ha quando la verifica demandata all’amministrazione è da condurre applicando non già regole dal risultato opinabile, bensì regole che, tratte da scienze esatte, consentano di approdare ad un risultato certo e ripetibile»⁴³⁷.

D’altro canto, la stessa caratterizzazione della valutazione tecnica in termini di opinabilità è stata per lungo tempo alla base della ritenuta insindacabilità della stessa⁴³⁸: in ciò, rimarchevole è stata l’osservazione secondo cui «[S]e è vero che gli apprezzamenti tecnici almeno in certo grado sono opinabili, ciò non giustifica alcuna riserva sull’ammissibilità del sindacato giudiziario, [...] ma rende piuttosto necessaria una determinazione dei limiti di questo sindacato»⁴³⁹.

In tale prospettiva è stato indagato il ruolo (*rectius*, il compito) del giudice di fronte al «margine di dubbio» proprio delle valutazioni tecniche: «egli deve sottoporre a verifica diretta le c.d. operazioni tecniche, per vagliare la loro correttezza, e può annullare o disapplicare l’atto quando il giudizio dell’amministrazione risulti inattendibile (o scarsamente verosimile) per l’insufficienza del criterio o per un vizio del procedimento applicativo. Qualora invece il medesimo giudizio risulti corretto e quindi attendibile ancorché

⁴³⁷ Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2012, n. 2552.

⁴³⁸ Un’ampia rassegna della giurisprudenza amministrativa in punto di limiti al sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica è contenuta nel contributo di M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 187-188-189, note da 2 a 7.

⁴³⁹ F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’amministrazione pubblica*, cit., 434.

opinabile, ad esso il giudice non può sostituire un proprio diverso apprezzamento, che sarebbe opinabile pur esso»⁴⁴⁰.

Tali considerazioni hanno aperto la strada⁴⁴¹ alla pronuncia del 1999 con cui il Consiglio di Stato ha stigmatizzato l'orientamento tradizionale ruotante intorno alla concezione della discrezionalità tecnica come momento insindacabile dell'attività amministrativa: il Collegio ha evidenziato, in tal senso, come discrezionalità tecnica e opinabilità siano *altra cosa* rispetto a merito amministrativo e opportunità⁴⁴².

La ritenuta afferenza delle valutazioni tecniche all'ambito del merito amministrativo (insindacabile) è stata pregevolmente esplicita da Virga, che, in un suo contributo sul tema⁴⁴³, così si esprimeva: «[V]iene tradizionalmente affermato che gli atti di discrezionalità tecnica non possono essere sindacati in sede di legittimità [...]»⁴⁴⁴. Ma, sotto l'incalzare delle esigenze giurisprudenziali, questo principio è stato derogato ripetutamente e[d], anche in sede dottrinale, si è continuato incessantemente a battere in breccia al principio stesso, per cui oggi non si trova più chi sia disposto seriamente a difenderlo ad oltranza [...]. È interessante osservare come la dottrina, non avendo l'ardire di combattere apertamente il principio tradizionale, sia costretta a ricorrere a ingegnosi artifici ed a sottili distinzioni per ammettere la sindacabilità degli atti di discrezionalità tecnica. [...] Ma è evidente che si tratta di criteri tutt'altro che sicuri ed esatti; il limite per il sindacato giurisdizionale di legittimità non è rappresentato dalla discrezionalità tecnica, bensì esclusivamente dal merito dell'atto amministrativo.

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

⁴⁴¹ Cfr. N. PAOLANTONIO, *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 10, 2587, nota n. 4, secondo cui «[L]a decisione 601 del 1999 riprende vistosamente le argomentazioni di F. Ledda [...]» di cui allo scritto da ultimo citato.

⁴⁴² Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.

⁴⁴³ P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, cit., spec. 100 ss.

⁴⁴⁴ Al riguardo Virga richiama (100, nota n. 21), tra gli altri, E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, cit., 49 ss.

Non si tratta di stabilire dove finisce la discrezionalità pura e dove comincia la discrezionalità tecnica, ma si tratta di precisare dove finisce il campo dei vizi di legittimità e dove invece comincia l'ambito del merito del provvedimento amministrativo»⁴⁴⁵.

Nel sottolineare come nel sindacato di merito si stabilisca «la corrispondenza fra il contenuto dell'atto ed il risultato cui esso dovrebbe tendere, in base al principio della opportunità», l'Autore ha rimarcato come un tale raffronto, che solitamente si svolge soltanto in base alle c.d. regole di buona amministrazione (i.e. regole di opportunità pratica), potrebbe essere condotto altresì secondo «criteri, cognizioni, operazioni di carattere tecnico [...]»⁴⁴⁶.

In quest'ottica, Virga ha evidenziato che all'amministrazione «si impone l'imperativo di raggiungere il risultato voluto nel modo più acconcio» (utilizzando, cioè, i mezzi più idonei ovvero graduando il provvedimento nella maniera più opportuna), osservando, in una prospettiva siffatta, che «le valutazioni sia tecniche sia di mera opportunità amministrativa che riflettono la idoneità del mezzo per raggiungere il fine voluto e la entità della misura da adottare sono sottratte al sindacato di legittimità, non già perché implicano apprezzamenti tecnici, ma esclusivamente perché rientrano nella determinazione di merito dell'autorità amministrativa [...]»⁴⁴⁷.

Come anticipato, il Consiglio di Stato non ha abbracciato la tesi della riconducibilità alla sfera del merito della discrezionalità tecnica. Secondo il giudice amministrativo, infatti, quest'ultima viene in rilievo quando l'amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve fare applicazione di una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta, tale applicazione potendo comportare la valutazione di fatti

⁴⁴⁵ P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, cit., 100-101.

⁴⁴⁶ *Ivi*, 101.

⁴⁴⁷ *Ivi*, 102.

suscettibili di vario apprezzamento qualora la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o richieda, comunque, apprezzamenti opinabili: in quest'ottica, la questione di fatto, afferente ad un presupposto di legittimità del provvedimento, non si trasforma - a detta del Collegio - in una questione di opportunità solo perché opinabile (anche se risulta antecedente o successiva ad una scelta di merito)⁴⁴⁸. Nel legare la valutazione tecnica alle questioni di fatto, conseguentemente rimarcando la considerazione secondo cui lo *specifico* della giurisdizione amministrativa di legittimità sia da rinvenire proprio nel potere di accertare i presupposti di fatto del provvedimento impugnato - in tale ambito risultando fondamentale lo strumento della consulenza tecnica d'ufficio⁴⁴⁹ -, il Collegio ha evidenziato come, in ordine all'apprezzamento di tali presupposti, debba ritenersi *ragionevole* non già l'esistenza di una 'riserva di amministrazione' ma, al contrario, la sindacabilità giurisdizionale, quest'ultima da svolgersi «in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo»⁴⁵⁰. E ciò in continuità proprio con la surriferita riflessione scientifica di Ledda, che, tuttavia, non sembra recepita dal Consiglio di Stato con riguardo alle conclusioni. Ha affermato, infatti, il Collegio che «[N]on è [...] l'opinabilità degli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione che ne determina la sostituzione con quelli del giudice, ma la loro inattendibilità per l'insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo»⁴⁵¹. Dal canto suo, Ledda aveva rimarcato come non dovesse darsi luogo a 'sostituzione' del giudice in caso di ritenuta inattendibilità dell'apprezzamento tecnico

⁴⁴⁸ Cons. Stato, sez. IV, n. 601/1999, cit.

⁴⁴⁹ Sulla valenza della consulenza tecnica d'ufficio come «*premessa per un sindacato intrinseco*» cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 143 ss.

⁴⁵⁰ Cons. Stato, sez. IV, n. 601/1999, cit.

⁴⁵¹ *Ibidem.*

effettuato dall'amministrazione in ragione della inadeguatezza del criterio ovvero del difetto delle operazioni applicative: il medesimo giudice avrebbe in questo caso dovuto «limitarsi [...] a rilevare l'inosservanza della norma giuridica che impone l'utilizzazione della tecnica per l'accertamento dei fatti o l'individuazione di una risposta razionale»⁴⁵².

Tali considerazioni si innestano in un ambito tematico profondamente dibattuto, che ancora oggi sembra non potersi giovare di una (seppur parziale) uniformità di vedute in letteratura così come in giurisprudenza.

Si ha riguardo, in tal senso, alle continue e costanti rimediazioni sulla natura *intrinseca* o *estrinseca*, *diretta* o *indiretta*, *forte* o *debole* del sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica⁴⁵³.

Il sindacato estrinseco è attuato mediante massime di esperienza appartenenti al sapere comune e inteso a ripercorrere l'*iter* logico seguito dall'amministrazione, mentre il sindacato intrinseco è quello che consente al giudice di avvalersi di regole e di conoscenze tecniche appartenenti alla stessa scienza specialistica e ai modelli di giudizio applicati dalla pubblica amministrazione, ed è volto a verificare direttamente l'attendibilità delle operazioni tecniche dal punto di vista della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo⁴⁵⁴.

Il sindacato intrinseco può assumere una declinazione 'forte' oppure 'debole'. Il primo si sostanzia in un potere sostitutivo del giudice, che finisce per sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'amministrazione, laddove nel sindacato 'debole' le cognizioni tecniche acquisite (eventualmente) grazie all'opera del consulente tecnico vengono

⁴⁵² F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., 435.

⁴⁵³ Cfr. l'analisi sul punto svolta da G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990, spec. 52 ss. Cfr. altresì F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005, spec. 199 ss.

⁴⁵⁴ In tal senso, *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 1° agosto 2016, n. 3445.

utilizzate al solo scopo di compiere un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica del *decisum* dell'amministrazione⁴⁵⁵.

Come rimarcato in dottrina, il sindacato - estrinseco o intrinseco - può esercitarsi sulla correttezza della valutazione intesa come prodotto, e in tal caso si tratterà di un 'sindacato diretto' («in quanto lo stesso interessa direttamente il criterio tecnico»), ovvero sulla valutazione intesa come procedimento intellettuale nonché sull'intera attività conoscitiva compiuta dall'amministrazione, in quest'ultima evenienza qualificandosi in termini di 'sindacato indiretto' (non coinvolgendo «l'apprezzamento in concreto, ma solo il ragionamento, le argomentazioni dell'Autorità e la loro coerenza e correttezza in base alle risultanze procedurali»)⁴⁵⁶.

Ciò considerato, il controllo effettuato dal Consiglio di Stato nella succitata pronuncia del 1999 sembra essersi innestato sul modello del sindacato diretto ed intrinseco⁴⁵⁷, tale controllo potendo assumere altresì carattere sostitutivo⁴⁵⁸. Al riguardo, si è (tuttavia) osservato non solo che resterebbe il

⁴⁵⁵ Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287. Cfr. in senso analogo Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

⁴⁵⁶ I rilievi, alcuni dei quali riportati testualmente, sono di M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, cit., 201.

⁴⁵⁷ Così (ancora) M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, cit., 201. Dopo aver richiamato il passaggio motivazionale in cui il Consiglio di Stato enuncia le modalità di svolgimento del sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici (cfr. *supra*, in corrispondenza della nota n. 450), nonché evidenziato che l'estraneità o intrinseco rinviano ai criteri di cui il giudice si avvale nella valutazione in ordine alla legittimità dell'apprezzamento tecnico (laddove con riguardo all'oggetto del sindacato si deve parlare di controllo diretto o indiretto), l'Autrice puntualizza che «l'opporvi ad un controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico, per proporre una verifica diretta, indirizzata esplicitamente ad un sindacato diretto e sembra far pensare, dovendosi la verifica condurre «sotto il profilo della [...] correttezza ([...]) delle operazioni tecniche) quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo», ad un sindacato che sia anche intrinseco» (201-202).

⁴⁵⁸ Di ciò dà atto (sempre) M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, cit., 202, la quale evidenzia che «[T]ale controllo, come più avanti il giudice precisa [...], può avere anche carattere sostitutivo»,

problema in ordine al *se* il giudice intenda sostituirsi «in ogni caso» oppure soltanto quando l'apprezzamento dell'amministrazione risulti «senza dubbio insostenibile», ma altresì che la possibilità per il giudice di sostituire il criterio adottato dalla p.a. quando quest'ultimo risulti scorretto non appare conforme ai principi generali⁴⁵⁹.

In letteratura è stato messo in luce come la giurisprudenza successiva, pur condividendo la necessità di un sindacato (anche) intrinseco, non abbia dato seguito alla possibilità di una *sostituzione* della valutazione amministrativa con quella giudiziale, in tal senso rimarcando che «[S]indacato intrinseco e sindacato forte non procedono [...] di pari passo per il giudice amministrativo»⁴⁶⁰.

In una siffatta prospettiva, particolare rilievo ha assunto (e assume) il ruolo dei concetti giuridici indeterminati nell'ambito della norma giuridica di riferimento. Emblematico è l'esempio dei provvedimenti dell'Autorità antitrust.

La giurisprudenza ha avuto modo di specificare, infatti, come tali atti abbiano natura atipica e risultino articolati in più parti: una prima fase di accertamento dei fatti, a cui corrisponde un sindacato pieno da parte del giudice sotto il profilo della verifica circa la verità degli stessi; una seconda fase di 'contestualizzazione' della norma posta a tutela della concorrenza, che, riferendosi a 'concetti giuridici indeterminati' (es. mercato rilevante, abuso di posizione dominante, ecc.), necessita di una esatta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito contestato; una terza fase in cui i fatti accertati vengono confrontati con il parametro 'contestualizzato'; una ultima fase di applicazione delle sanzioni, previste dalla disciplina vigente⁴⁶¹. In quest'ottica, si è osservato

richiamando quanto al riguardo affermato dal Collegio, *supra* riportato in corrispondenza della nota n. 451.

⁴⁵⁹ Tali considerazioni sono (di nuovo) di M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, cit., 202-203.

⁴⁶⁰ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 152.

⁴⁶¹ Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926.

come il sindacato giudiziale sull'attività discrezionale di natura tecnica esercitata dall'Autorità antitrust (seconda e terza delle predette fasi) sia di tipo 'debole', non consentendo una sovrapposizione, da parte del giudice amministrativo, della propria valutazione tecnica opinabile o del proprio modello logico di attuazione del 'concetto indeterminato' rispetto a quanto operato dalla predetta Autorità, potendo, tuttavia, il giudice censurare le valutazioni tecniche, incluso il giudizio tecnico finale, che, mediante un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica, appaiano inattendibili⁴⁶².

Da qui, tuttavia, il percorso seguito dalla giurisprudenza non è stato lineare: così, se da un lato si è rimarcata la necessità di un superamento della distinzione tra sindacato 'forte' o 'debole'⁴⁶³, dall'altro si è assistito a continui mutamenti nel modo di concepire i modelli di controllo sulla discrezionalità tecnica a seconda degli ambiti via via in esame (concorsi ed esami, procedure ad evidenza pubblica, provvedimenti delle Autorità di regolazione, ecc.), dei valori volta per volta ritenuti preminenti, della specifica conformazione della normativa di riferimento, delle istanze promananti dal diritto sovranazionale (si pensi all'intenso dibattito in tema di sindacato sulle sanzioni amministrative, ritenute - in ossequio ad un orientamento ormai consolidato della

⁴⁶² *Ibidem*. Cfr. altresì Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2006, n. 1397.

⁴⁶³ In tal senso cfr. (ancora) Cons. Stato, sez. VI, n. 926/2004, cit.: «in una prospettiva di armonizzazione con il sistema comunitario [...], appare preferibile raffrontare non gli istituti o le terminologie giuridiche (sindacato "debole" o "forte"), ma comparare i modi attraverso cui i problemi vengono risolti». Cfr. altresì, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050; Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266. Cfr. poi Cons. Stato, sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645: «Il limite del sindacato giurisdizionale, al di là dell'ormai sclerotizzata antinomia forte/debole, deve attestarsi sulla linea di un controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della pubblica autorità, assicuri la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza, anche e, vien fatto di dire, soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicismo, per le quali vengano in rilievo poteri regolatori con i quali l'autorità detta, appunto, "le regole del gioco"». Per una disamina della «non del tutto "sclerotizzata" antinomia tra sindacato debole e sindacato forte» cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 152 ss.

giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo - 'sostanzialmente penali', nella cui cornice si è innestato il tentativo di realizzare un modello volto all'attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale e, per esso, della c.d. *full jurisdiction*⁴⁶⁴).

Della evoluzione di uno di tali modelli - quello elaborato in relazione (proprio) ai provvedimenti sanzionatori delle Autorità amministrative indipendenti, e, nello specifico, dell'AGCM - si darà atto nel prossimo capitolo,

⁴⁶⁴ Secondo l'orientamento propugnato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (*ex multis*, Corte Edu, sez. II, 27 settembre 2011; Corte Edu, sez. II, 4 marzo 2014), tra le caratteristiche di un organo giudiziario avente piena giurisdizione vi è il potere di riformare in ogni modo, in fatto e in diritto, la decisione resa da un organo di grado inferiore; detto giudice, infatti, deve essere competente a giudicare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia di cui è investito. Per una ricostruzione del concetto di *full jurisdiction*, cfr. F. GOISIS, *La Full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 1 ss.; Id., *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, in *PA Pers. e Amm.*, 2018, 2, 199 ss.; Id., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, 546 ss.; C. FELIZIANI, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 3, 758 ss. Il meccanismo di funzionamento del canone della *full jurisdiction* nel processo amministrativo è chiaramente spiegato da M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1609-1610: «il processo amministrativo è coinvolto dai principi dell'«equo processo» in via di correzione *ex post* dei deficit di realizzazione degli stessi nel procedimento amministrativo che costituisce il luogo primario di determinazione dei «diritti di carattere civile» o di inflizione delle sanzioni materialmente “penali”: di conseguenza, in un sistema ottimale, i diritti di difesa dovrebbero già trovare compiuta soddisfazione proprio nel momento di esercizio della funzione amministrativa; tuttavia, ove il procedimento non sia stato giusto e paritario (ossia, in estrema sintesi, non sia stato adeguatamente conformato ai canoni di pienezza del contraddittorio e di parità delle armi tra la parte privata e quella pubblica), occorre che sia il processo a rimediare a tali inadempimenti; ma, per avere questa capacità correttiva, quest'ultimo deve costituire (se ciò il ricorrente domanda) luogo di compiuto riesame della scelta amministrativa: la giurisdizione amministrativa deve dunque essere “piena”, nel senso di sostitutiva, perché altrimenti sarebbe incapace di offrire al cittadino l'effettiva possibilità di godere, seppure *ex post*, di adeguati diritti di difesa, rispetto a un'azione pubblica idonea a determinare i suoi «diritti di carattere civile» o volta a comminare sanzioni afflittive [...]».

in considerazione della natura peculiare del sindacato del giudice amministrativo che la recente giurisprudenza ha in tale settore delineato, nonché dei conseguenti, altrettanto particolari riflessi che una siffatta conformazione genera (o dovrebbe generare) in punto di giurisdizione.

3. *La dogmatica del giudizio sull'eccesso di potere del giudice amministrativo. Conclusioni. Rinvio.*

L'eccesso di potere del giudice amministrativo si ricollega, nella declinazione di cui si è fin qui discusso, alla fattispecie dell'invasione delle prerogative dell'amministrazione da parte del giudice, e, più in particolare, dello sconfinamento di questi, in occasione dell'esercizio di una giurisdizione di sola legittimità, nel merito (insindacabile) delle scelte amministrative.

È evidente come, acquisita una siffatta accezione della figura in esame, risulti quanto mai necessaria, anche solo per un approccio allo studio della materia, l'opera di 'riempimento' dei fondamenti sui quali la categoria erige il proprio impianto contenutistico.

Così, per indagare la configurabilità del predetto sconfinamento occorre aver contezza di cosa sia *merito* e cosa sia *legittimità*, ed è chiaro che le coordinate teoriche e pratiche alla base della costruzione di una tale distinzione abbiano, come campo di elezione, il terreno nell'ambito del quale tali nozioni tradizionalmente sono state costruite, sviluppate, si sono evolute e adattate alla contingenza politica, istituzionale, ordinamentale.

L'elaborazione dell'eccesso di potere giurisdizionale non avrebbe potuto non risentire (*rectius*, non avrebbe potuto che giovare) dei contributi della riflessione scientifica e giurisprudenziale sui modi di intendere, concepire,

interpretare le categorie e i fenomeni che costituiscono i capisaldi della figura in analisi.

Il dibattito sull'eccesso di potere giurisdizionale si risolve, in definitiva, nell'indagine scientifica sui limiti alla discrezionalità amministrativa (e tecnica): il perno intorno al quale erigere la costruzione dogmatica della figura in esame diviene, in questo senso, il ruolo (o meglio, l'esatta definizione del ruolo) dei diversi organi giurisdizionali nell'opera di individuazione e applicazione di tali limiti.

Si intravede, in tale prospettiva, l'orizzonte ermeneutico che ha fatto sinora da sfondo al tentativo - assunto come perno del presente lavoro - di costruire la figura dell'eccesso di potere del giudice amministrativo in una dimensione che valorizzasse il dato della matrice dogmatica comune tra un tale vizio della decisione giudiziale (e, per il suo tramite, della funzione giurisdizionale) e quello speculare inficiante l'atto amministrativo (e, per esso, la funzione amministrativa).

L'attenzione sul versante dogmatico delle categorie che costituiscono l'essenza dell'eccesso di potere del giudice amministrativo ha, infatti, a parere di chi scrive, consegnato all'interprete il seguente dato: non è tanto la specificità dell'*oggetto* - mediato (atto amministrativo o atto giurisdizionale) o immediato (eccesso di potere amministrativo o eccesso di potere giudiziario) - del controllo del giudice quanto quella della *finalità* del suo sindacato (oltre ovviamente alla peculiarità strutturale del relativo giudizio) a fondare le basi per un inquadramento della figura in esame che ne esalti i connotati essenziali, l'autonomia funzionale, l'unicità strutturale, così da assurgere a strumento ermeneutico utile per la prassi.

È da ciò che logicamente consegue la differente conformazione - qualitativa e quantitativa - delle tecniche di sindacato a disposizione dei due

comparti giurisdizionali in sede di vaglio, rispettivamente, dell'eccesso di potere amministrativo e dell'eccesso di potere giudiziario.

Soccorre, a tal fine, una riflessione dotata di forte valenza sistematica.

Come pregevolmente osservato in dottrina, la Cassazione a Sezioni unite ha una funzione di garanzia dell'unità del diritto (*ex art. 65 r.d. n. 12 del 1941*), unità che «finisce per coincidere con la compatibilità dei parametri giuridici dell'azione amministrativa rispetto ai valori che l'intero sistema esprime in un dato periodo storico [...]»⁴⁶⁵.

Tale considerazione si iscrive in un dibattito complesso, che tocca i punti nevralgici della concezione del diritto amministrativo in termini di 'sistema'⁴⁶⁶: in una siffatta prospettiva, si è d'altronde osservato che «[L]a possibilità di ricondurre il diritto amministrativo a sistema è stata la convinzione profonda che ha animato lo sforzo, compiuto dalla nostra dottrina dopo la svolta orlandiana, di elevare il proprio oggetto di studio a dignità scientifica»⁴⁶⁷.

Il ruolo (*rectius*, l'azione) della Suprema Corte diviene, per tale via, fondamentale non solo per assicurare la 'tenuta' dell'impianto costituzionale in una materia ricca di implicazioni sistemiche e valoriali, ma altresì per garantire

⁴⁶⁵ Tali rilievi sono di A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, cit., 664-665. L'Autore sottolinea come le previsioni di cui all'art. 111, comma 8, Cost., nonché alla disciplina processuale di riferimento debbano «essere intese come norme che attribuiscono alle sezioni unite il compito di garantire che l'attività di integrazione svolta dal Consiglio di Stato nell'ambito del sistema giustiziale di sua pertinenza sia compatibile con i valori dell'ordinamento generale [...]» (664.)

⁴⁶⁶ Cfr. ancora A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, cit., 665, nota n. 110, il quale, proprio ricollegandosi a quanto dallo stesso Autore evidenziato e riportato testualmente in trattazione in corrispondenza della nota precedente, osserva che «[I]n tal senso pare possibile affermare la sussistenza di un «sistema» amministrativo che, nella sua parte generale, è contraddistinto da principi [...]».

⁴⁶⁷ M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 2, 353. Tale contributo è altresì richiamato, insieme ad altri, da A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, cit., 665, nota n. 110.

che i principi che presiedono ad una corretta esplicazione del potere dell'amministrazione e di quello del giudice chiamato a valutarne l'operato si attuino - nella cornice ordinamentale di riferimento - con razionalità e coerenza.

L'eccesso di potere giudiziario si sostanzierebbe - nello specifico - nel «superamento dei limiti dell'attività integrativa del giudice amministrativo, qualora si risolve nella enucleazione di criteri extralegali di integrazione del diritto positivo (preordinati alla valutazione dell'operato della pubblica amministrazione) del tutto incompatibili con le direttrici di valore espresse dall'ordinamento generale»⁴⁶⁸, proprio in tali assunti innestandosi precipuamente lo spartiacque tra le due diverse tipologie di eccesso di potere (quanto meno ai fini di cui in trattazione).

È stato lucidamente osservato in dottrina, invero, come l'eccesso di potere giurisdizionale operi quale «criterio selettore di nuove declinazioni dell'ideale di buona amministrazione isolate dalla giurisprudenza amministrativa, verificandone la compatibilità con l'ordinamento e precisandone il fondamento giuridico»⁴⁶⁹, le Sezioni unite dovendosi limitare ad una verifica della sussistenza di parametri giuridici che risultino idonei a

⁴⁶⁸ Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

⁴⁶⁹ Così (di nuovo) A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, cit., 666, che rimarca come ciò permetta di «chiarire i rapporti sussistenti fra eccesso di potere giurisdizionale ed eccesso di potere amministrativo». Nello stesso contributo, l'Autore aveva subito prima osservato che «l'eccesso di potere del Consiglio di Stato ha ad oggetto ipotesi in cui sia effettivamente contestato in Cassazione il fondamento giuridico di parametri di legittimità privi di esplicito riconoscimento normativo, in relazione al loro specifico fondamento assiologico», a tal fine non essendo sufficiente «un generico richiamo al divieto di uso arbitrario del potere, né un mero rinvio all'ideale di buona amministrazione, che va pur sempre contestualizzato in rapporto alla pluralità dei valori espressi dall'ordinamento ed alle loro iterazioni» (665). Ciò - rimarca lo Studioso - spiega la ragione per cui le ipotesi di riscontro del vizio risultino rare, dal momento che il fondamento giuridico della maggior parte delle norme non scritte promana dalle previsioni di cui all'art. 97 Cost. nonché al capo I della legge n. 241 del 1990, così come, con riguardo alla normativa sovranazionale, all'art. 41 della Carta Nizza e dell'art. 4 della Cedu (665-666).

condizionare, delle decisioni amministrative, modalità di formazione e relativo sindacato, non potendo la Corte, al contrario, determinare ulteriori limiti alla cognizione del giudice in ordine all'applicazione di tali parametri⁴⁷⁰.

A garantire dal rischio di sovrapposizione tra eccesso di potere amministrativo e eccesso di potere giudiziario sopra paventato è, in quest'ottica, lo stesso ruolo della Cassazione come organo supremo della giustizia, nella sua funzione assicuratrice dell'unità del diritto oggettivo nazionale: un eventuale 'eccesso di potere del giudice della giurisdizione' non potrebbe che risolversi, in tale prospettiva, in un mero *error in iudicando*.

4. *L'eccesso di potere come sconfinamento del giudice amministrativo nelle prerogative del legislatore.*

L'auspicio di dotare il presente lavoro di organicità e rigore sistematico passa necessariamente attraverso l'analisi di quella particolare tipologia di eccesso di potere giudiziario che viene in rilievo nel caso in cui il giudice amministrativo sconfini nelle prerogative del legislatore⁴⁷¹.

Tale figura sarà oggetto in questa sede di una specifica disamina, in considerazione dei connotati particolari dalla stessa assunti.

⁴⁷⁰ Rilevi questi sempre di A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, cit., 666.

⁴⁷¹ In una prospettiva speculare, definisce l'eccesso di potere *legislativo* non come ipotesi di «invasione della sfera di azione propria degli altri poteri diversi dal legislativo», bensì di eccesso di potere «inteso nel senso del classico eccesso di potere amministrativo, cioè sorpassamento dei limiti posti all'esercizio della discrezionalità [...]» C. MORTATI, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1949, I, 458, anche in Id., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, cit., 673. Per una disamina del vizio di eccesso di potere legislativo, cfr. F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, II, 193 ss.; G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Politica del diritto*, 1999, 3, 387 ss.

Una siffatta peculiarità si collega principalmente alla natura del fenomeno nel cui quadro l'eccesso di potere giudiziario *sub specie* di invasione del giudice amministrativo dell'azione legislativa si iscrive: quello della c.d. giurisprudenza normativa, che trascende l'ambito della giurisdizione amministrativa, aprendo ad una serie di questioni di ordine generale - e di tenuta stessa del sistema costituzionale con riguardo al riconoscimento del ruolo della funzione giurisdizionale nel suo complesso - sulla cui indagine il presente lavoro non può evidentemente soffermarsi, se non nei limiti in cui la relativa analisi giovi all'odierna trattazione.

In questa prospettiva, basti considerare il seguente assunto: la configurazione di un caso di eccesso di potere del giudice amministrativo per 'sconfinamento' nel campo legislativo postula necessariamente una risposta certa al quesito intorno al se, nella fattispecie concreta, l'opera del giudicante abbia esorbitato dai confini dell'interpretazione della legge.

La difficile verifica di una simile evenienza è viepiù ricollegabile alla tendenza - suffragata dalla giurisprudenza sovranazionale, con particolare riguardo a quella della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁷² - a riconoscere una valenza (per così dire) sistemica alla sopra menzionata giurisprudenza normativa.

⁴⁷² La Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene valevole anche per gli ordinamenti di *civil law* l'orientamento secondo cui la nozione di 'diritto' (*law*), utilizzata nella CEDU, deve comprendere altresì il diritto giurisprudenziale. Cfr. Grande Camera, 17 settembre 2009 - Ricorso n. 10249/03 - Scoppola c. Italia; Seconda sezione, 20 gennaio 2009 - Ricorso 75909/01 - Sud Fondi srl ed altri c. Italia. Cfr., tuttavia, la presa di posizione della Consulta nella pronuncia 12 ottobre 2012, n. 230: nell'evocare la riserva di legge in materia penale e il principio di separazione dei poteri, la Corte ha sottolineato come nell'impianto costituzionale il giudice sia soggetto soltanto alla legge: «[N]é la conclusione perde di validità per il solo fatto che la nuova decisione dell'organo della nomofilachia sia nel segno della configurabilità di una abolitio criminis. Al pari della creazione delle norme, e delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione - totale o parziale - non può, infatti, dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (*eius est abrogare cuius est condere*)».

Illuminanti, in tal senso, sono le statuizioni contenute in una pronuncia della Cassazione che perviene (addirittura) alla qualificazione della giurisprudenza normativa come «autonoma fonte di diritto»⁴⁷³.

Per la rilevanza, nella sopra citata prospettiva sistemica, delle relative implicazioni ermeneutiche, anche se direttamente riferite all'ordinamento civilistico, alcune delle statuizioni contenute nella predetta decisione meritano di essere qui di seguito pedissequamente riportate. Afferma, infatti, la Corte che «[È] indubbio che il vigente codice civile, contrariamente alle sue origini storiche sulla scia delle codificazioni europee ottocentesche che videro nel *Code Napoléon* la più evidente manifestazione, non rappresenta oggi più l'unica fonte di riferimento per l'interprete in un ordinamento caratterizzato da più fonti, tra cui una posizione preminente spetta alla Costituzione repubblicana del 1948 (che ha determinato il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale, caratterizzato da un punto di vista giuridico dalla c.d. centralità della persona), oltre alla legislazione ordinaria (finalizzata anche all'adeguamento del testo codicistico ai principi costituzionali), alla normativa comunitaria, ed alla stessa giurisprudenza normativa»⁴⁷⁴.

Si comprende, allora, come la valorizzazione del ruolo della giurisprudenza normativa contribuisca a ridurre notevolmente la pregnanza dogmatica della categoria dell'eccesso di potere giudiziario per invasione del potere legislativo, senza, peraltro, considerare le difficoltà (già) insite nell'opera di qualificazione dell'azione giudiziale in termini di attività (puramente) 'creatrice' o (meramente) interpretativa della legge.

⁴⁷³ Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741. Esula dal campo della presente indagine il dibattito intorno al ruolo, e, ancor prima, alla stessa ammissibilità della giurisprudenza normativa. Cfr. la ricca bibliografia in punto di 'diritto giurisprudenziale' riportata da T. E. EPIDENDIO, *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la "crisi" del diritto penale tra le Corti*, in M. DONINI, L. FOFFANI (a cura di), *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, 455, nota n. 26.

⁴⁷⁴ Cass. civ., sez. III, n. 10741/2009, cit.

Di ciò si avvede altresì la Suprema Corte, nelle sue vesti di giudice regolatore della giurisdizione, quando rileva che «[...] la figura dell'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è di rilievo meramente teorico, in quanto postulando che il giudice applichi non la norma esistente, ma una norma da lui creata, può ipotizzarsi solo a condizione di potere distinguere un'attività di formale produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice, da un'attività interpretativa, che, come si riconosce dalle più recenti ed accreditate teorie post illuministiche, non ha una funzione meramente euristica, ma si sostanzia in opera creativa della volontà di legge nel caso concreto»⁴⁷⁵.

Da tali premesse si desume la ragione del mancato accoglimento, da parte della Cassazione, di quei ricorsi contro le sentenze del giudice speciale le cui doglianze risultino incentrate sulla sussistenza di un tale vizio⁴⁷⁶, rinvenibile nella considerazione secondo cui «la mancata o inesatta applicazione di norme di legge non comporta la creazione di una norma inesistente, con conseguente invasione della sfera di attribuzioni del legislatore, giacché il controllo sulla giurisdizione non è in alcun caso estensibile alla prospettazione di pure e semplici violazioni di legge da parte del giudice speciale»⁴⁷⁷.

Raramente la giurisprudenza si è spinta però a vagliare quel *discrimen* tra violazione di legge e eccesso di potere *sub specie* di invasione delle prerogative legislative che costituisce il *punctum dolens* del dibattito scientifico in materia.

⁴⁷⁵ Cass. civ. s.u. 15 luglio 2003, n. 11091. Nello stesso senso cfr. Cass. civ. s.u. 30 dicembre 2004, n. 24175; Cass. civ. s.u. 16 febbraio 2009, n. 3688; Cass. civ. s.u. 28 gennaio 2011, n. 2068; Cass. civ. s.u. 21 novembre 2011, n. 24411; Cass. civ. s.u. 10 settembre 2013, n. 20698; Cass. civ. s.u. 23 dicembre 2014, n. 27341.

⁴⁷⁶ Cfr., oltre alle pronunce richiamate nella nota precedente, *ex multis*, Cass. civ. s.u. 13 dicembre 2018, n. 32357; Cass. civ. s.u. 12 dicembre 2018, n. 32175; Cass. civ. s.u. 16 ottobre 2018, n. 25936; Cass. civ. s.u. 4 luglio 2014, n. 15302; Cass. civ. s.u. 17 aprile 2014, n. 8993; Cass. civ. s.u. 12 dicembre 2012, n. 22784; Cass. civ. s.u. 26 aprile 2012, n. 6491.

⁴⁷⁷ Cass. civ. s.u. 11 settembre 2019, n. 22711; cfr., nello stesso senso, Cass. civ. s.u. 27 giugno 2018, n. 16974.

Sul punto si registra, tuttavia, un prezioso contributo di Carnelutti⁴⁷⁸, la cui analisi ha riguardo, comunque, alla figura dell'eccesso di potere del giudice in un'ottica generale (sia, cioè, nella declinazione qui in discussione, sia in quella dell'invasione, da parte del giudice amministrativo, delle prerogative dalla legge riconosciute in capo all'amministrazione).

Partendo dall'assunto secondo cui ogni eccesso di potere si risolverebbe in una violazione di legge e ogni violazione di legge in un eccesso di potere⁴⁷⁹, l'Autore evidenzia come la nota differenziale debba ricercarsi nella stessa legge, che delle due figure opera una distinzione, e ciò sceverando nell'ambito delle ipotesi di violazione di legge quelle che rispetto alle altre presentano un carattere peculiare⁴⁸⁰. Carnelutti rintraccia una tale distinzione in quella grave⁴⁸¹ violazione di legge che si rinviene nella usurpazione del potere altrui da parte del giudice quando quest'ultimo «decide *come* non può decidere»⁴⁸².

A detta dell'esimio Giurista, «il giudice non può provvedere che *secundum ius*, cioè applicando le norme di diritto obbiettivo»; di conseguenza, se questi

⁴⁷⁸ F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, cit., a cui si è già fatto cenno nel corso della trattazione (cfr. *supra*, cap. 1, par. 2.2, in corrispondenza della nota n. 145).

⁴⁷⁹ F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, cit., 35.

⁴⁸⁰ *Ivi*, 42.

⁴⁸¹ *Ivi*, 43. Carnelutti richiama sul punto la tesi di Raggi [cfr. L. RAGGI, *A proposito dell'art. 40 della legge 17 agosto 1907 sul Consiglio di Stato*, cit.], che evidenzia come non qualunque cattivo uso del potere potrebbe essere considerato come eccesso, altrimenti venendo meno la differenza tra l'eccesso e la violazione di legge: tale eccesso potrebbe paventarsi, dunque, soltanto in un *dato* cattivo uso *specifico* e grave del potere competente. Tale impostazione è accolta con favore da Carnelutti, che tuttavia critica lo sviluppo che della stessa è proposto da Raggi, secondo cui il carattere specifico del cattivo uso sarebbe da rinvenire nell'uso soltanto *apparente* del potere. Per Carnelutti, Raggi «[P]erde la strada perché scivola senza accorgersi dal campo dell'eccesso a quello del difetto di potere [...]». Carnelutti sottolinea, in tal senso, come quando l'atto risulta inesistente o 'nullo di nullità assoluta' non vi sia esercizio di potere, concludendo che «[N]on potere e potere *eccessivo* sono bianco e nero».

⁴⁸² F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, cit., 45. L'Autore sottolinea che quando il giudice «decide *quando* non può decidere» si ha, invece, sempre un caso di incompetenza, «tanto se vi sia quanto se non vi sia un giudice al quale spetti codesto potere».

decide diversamente usurpa l'altrui potere, «che può essere o il *potere sovrano* (legislativo) o il *diritto subbiiettivo* (in ispecie, *potere discrezionale della amministrazione*)»: l'eccesso di potere, dunque, starebbe in ciò, che «il potere vi è, ma si esercita in eccesso, cioè per un fine proprio di un potere diverso», venendo per tale via in rilievo non un difetto bensì un cattivo uso del potere⁴⁸³.

Occorre, tuttavia, un tassello ulteriore per la definizione puntuale della linea di demarcazione tra eccesso di potere e violazione di legge. Tale elemento viene rintracciato dall'Autore nella preordinazione o meno del giudizio *contra ius* compiuto dal giudice: «[F]ino a che il giudice vuole accertare il diritto, il suo errore non riesce mai a configurarsi come una usurpazione; questa comincia quando egli vuole un fine diverso. Non è dunque il *contenuto*, ma la *direzione* del giudizio che caratterizza l'eccesso di potere. [...] Così la formula si perfeziona col dire che l'eccesso consiste nella *direzione del potere giudiziario al conseguimento di un fine non giudiziario, cioè non all'accertamento ma alla costituzione del diritto obbiiettivo o all'esercizio del diritto subbiiettivo*»⁴⁸⁴.

Lo sviluppo del pensiero dell'Autore confluisce nella seguente considerazione: quando il giudice enuncia nell'atto il fine legislativo o amministrativo, a rilevare non è un atto processuale viziato da eccesso di potere bensì un atto legislativo o amministrativo affetto dal vizio di incompetenza; viceversa, qualora il fine non giudiziario risulti non palesato occorre aver riguardo alla gravità dell'errore («gravità dal lato della facilità del suo discernimento piuttosto che da quello delle sue conseguenze»): l'errore (così) manifesto «da non poter essere involontario» vale, in definitiva, a *dimostrare* il fine non processuale e quindi l'eccesso, e ciò «[N]on perché la gravità della

⁴⁸³ *Ivi*, 45-46.

⁴⁸⁴ *Ivi*, 47.

violazione di legge lo converta in eccesso, ma perché costituisce il sintomo dell'eccesso»⁴⁸⁵.

In questo modo Carnelutti perviene a definire l'eccesso di potere come «l'esercizio del potere processuale rivolto a un fine non processuale [...] rivelato dalla particolare gravità dell'errore del giudice»⁴⁸⁶.

La costruzione di Carnelutti ha incontrato il dissenso di Zanobini.

Nel commentare una sentenza della Corte di Cassazione che, a detta dell'Autore, «tenta evidentemente di recare una innovazione nell'interpretazione dell'art. 3 n. 3 della legge 31 marzo 1877», Zanobini dà atto del significato (ritenuto pacifico dalla giurisprudenza «consolidata attraverso la pratica di mezzo secolo») di 'eccesso di potere' di cui alla legge sui conflitti in termini di 'straripamento' (i.e. «invadenza dell'attività del giudice speciale nelle funzioni riservate ad autorità di ordine diverso e particolarmente in quelle dell'autorità giudiziaria ordinaria e dell'autorità amministrativa attiva»)⁴⁸⁷.

L'Autore evidenzia, in tal senso, come la stessa giurisprudenza, in molteplici occasioni, abbia proprio condannato «quel concetto che la odierna sentenza vuole con tanta sicurezza affermare»⁴⁸⁸. Secondo tale decisione della Suprema Corte, commette eccesso di potere il giudice che, pronunciando in materia attribuita alla sua giurisdizione, non esercita il potere nel modo e nei limiti segnati dalla legge, in quanto male interpretando la norma giuridica applica la medesima a casi e situazioni dalla stessa non contemplati⁴⁸⁹. In tale

⁴⁸⁵ *Ivi*, 47-48.

⁴⁸⁶ *Ivi*, 49.

⁴⁸⁷ G. ZANOBINI, *Eccesso di potere e violazione di legge*, in Id., *Scritti vari di diritto pubblico*, cit., 473. L'Autore richiama altresì (476) il precedente costituito da Cass. civ. s.u. 15 marzo 1926, in *Foro amm.*, 1926, II, 99, che ha accolto il ricorso avverso una pronuncia del Consiglio di Stato per una inesatta interpretazione della legge.

⁴⁸⁸ G. ZANOBINI, *Eccesso di potere e violazione di legge*, cit., 473.

⁴⁸⁹ Cass. civ. s.u. 11 aprile 1927, cit. (massime riportate *ivi*).

prospettiva, Zanobini paventa la possibilità che la predetta pronuncia sia stata ispirata dall'impostazione dottrinale sopra enunciata: più precisamente, l'Autore richiama la tendenza che «ha le prime manifestazioni col Raggi e col Chiovenda e riceve col Carnelutti la sua più precisa formulazione»⁴⁹⁰.

L'illustre Giurista dissente dall'opinione secondo cui l'erronea interpretazione della legge da parte del giudice integrerebbe una ipotesi di creazione normativa ed esercizio di funzione legislativa («il passaggio è così forte che la conclusione non può persuadere»)⁴⁹¹.

In tal senso, l'esimio Autore afferma perentoriamente di non condividere il pensiero di Carnelutti secondo cui la distinzione tra la comune violazione di legge e quella violazione che si sostanzia nella sostituzione del giudice al legislatore consisterebbe nella gravità, maggiore o minore, dell'errore commesso dal giudice, e più precisamente in ciò, che l'errore così grave da non poter essere involontario dimostrerebbe il fine non processuale, e dunque l'eccesso, la maggiore gravità non costituendo l'eccesso, bensì un sintomo di esso: «[P]ur riconoscendo l'acutezza logica della costruzione, noi riteniamo che la pratica debba assolutamente respingere queste conclusioni»⁴⁹².

⁴⁹⁰ G. ZANOBINI, *Eccesso di potere e violazione di legge*, cit., 474. Lo Studioso riporta le statuizioni di Cass. civ. s.u. 10 gennaio 1927 - (dunque) di poco antecedenti rispetto alla pronuncia in commento - secondo cui «[S]e nella legittima esplicazione della potestà giurisdizionale attribuita, l'autorità giurisdizionale interpreta, sia pure in modo errato, le disposizioni di legge che dovevano essere applicate e la cui interpretazione rientrava puntualmente nei limiti delle sue facoltà giurisdizionali, si avrà bensì una violazione di legge, ma questa non potrà manifestatamente risolversi in un eccesso di potere, dappoiché non costituisce né arbitrario esercizio di facoltà non consentite, né usurpazione di funzioni spettanti ad altro organo giurisdizionale o non appartenenti ad alcuna giurisdizione». Nel domandarsi come si giustifichi «la novella ed opposta massima a così breve distanza» enunciata dalla Suprema Corte, l'Autore prende le mosse dall'esame della tendenza dottrinale riportata in trattazione («che, tutto induce a crederlo, deve avere ispirato, direttamente o indirettamente, l'attuale decisione»).

⁴⁹¹ G. ZANOBINI, *Eccesso di potere e violazione di legge*, cit., 475.

⁴⁹² *Ibidem*.

Si evidenzia, in tale prospettiva, come la violazione di legge possa dar luogo all'ordinario ricorso in Cassazione solo con riguardo alle sentenze del giudice ordinario («tribunali dell'ordine giudiziario»), non anche in relazione alle pronunce dei tribunali speciali, e che la distinzione tra errore più grave, rivelatore della volontà di sostituire la legge, e errore meno grave, che si sostanzia in una semplice violazione, risulta «del tutto ignota al nostro diritto, né per forza di argomentazioni, per quanto acute e logicamente rispettabili, può esservi introdotta»⁴⁹³. L'Autore, inoltre, pone l'accento sulla *ratio* della legge del 1877, che avrebbe avuto come scopo quello di regolare i rapporti tra potere esecutivo e ordine giudiziario nonché quelli tra giurisdizione ordinaria e giurisdizioni speciali, senza considerare i possibili conflitti di queste autorità con il potere legislativo: in tal senso, la 'innovazione' di una siffatta interpretazione si sostanzierebbe nell'elusione della norma che esclude per le decisioni delle giurisdizioni speciali l'ordinario ricorso in Cassazione⁴⁹⁴.

Le considerazioni di Zanobini sembrano difficilmente confutabili: anche a voler approfondire il dibattito sulla particolare declinazione, nell'ambito delle violazioni di legge, di quella specifica fattispecie in cui si sostanzia l'eccesso di potere, non può non darsi atto della 'pericolosità' - per la tenuta stessa del sistema - di una tendenza che promuova il soggettivismo giudiziario.

In una siffatta prospettiva, autorevole dottrina ha avuto modo di osservare come non sia possibile compiere «un processo alle intenzioni del giudice per comprendere se egli abbia commesso la violazione della legge per non averne inteso bene il significato, commettendo un comune errore di interpretazione, ovvero l'abbia violata per un intimo spirito ribelle, che gli abbia fatto giudicare la legge non giusta o non opportuna che lo abbia spinto a sostituire la propria volontà a quella del legislatore. L'indagine sottile e

⁴⁹³ *Ibidem*.

⁴⁹⁴ *Ivi*, 475-476.

pericolosa difficilmente può dare risultati soddisfacenti; è diretta più contro il giudice che contro la sentenza e dovrebbe essere condotta quasi sempre con elementi estranei al processo, fra i quali la conoscenza personale del temperamento del giudice da parte del magistrato superiore»⁴⁹⁵.

Anche la giurisprudenza successiva, dal canto suo, ha mostrato di non condividere la tesi di Carnelutti. In una pronuncia del 1954, nel tentativo di delimitare l'eccesso di potere giurisdizionale sotto il profilo della invasione da parte del giudice delle prerogative legislative rispetto al vizio di violazione di legge, sul presupposto che il primo è «innanzi tutto e sempre» una violazione di legge, la Cassazione ha (invero) affermato che «[I]l criterio per tale discriminazione è offerto non dall'elemento della direzione del giudizio, perché comporterebbe un'inammissibile e pericolosa indagine sulla volontà del giudice, sibbene dal contenuto del giudizio stesso, nel senso che in tanto una decisione può ritenersi affetta dall'eccesso di potere giurisdizionale considerato, in quanto contenga disposizioni eccedenti i poteri della giurisdizione ed implicanti esercizio di potestà legislativa»⁴⁹⁶.

Nel dare rilievo in materia al *contenuto* piuttosto che alla *direzione* del giudizio, la Cassazione è sembrata porsi in aperto contrasto con l'impostazione di Carnelutti che aveva, in precedenza, sostenuto proprio il contrario, valorizzando il dato della *direzione* del potere giudiziario al conseguimento di un fine non giudiziario quale fondamento del vizio di eccesso di potere⁴⁹⁷.

All'atto di declinare nello specifico un tale *contenuto*, la Cassazione, tuttavia, non è andata oltre la mera (ri)affermazione del principio secondo cui il giudice che commetta un errore di interpretazione della legge non incorre nell'eccesso di potere giurisdizionale, e ciò in quanto «il giudice che si limita a

⁴⁹⁵ M. D'AMELIO, A. AZARA, *Eccesso di potere*, cit., 345.

⁴⁹⁶ Cass. civ. s.u. n. 2543/1954, cit.

⁴⁹⁷ Cfr. quanto rilevato da Carnelutti e riportato *supra* in trattazione (spec. in corrispondenza della nota n. 484).

male interpretare la legge non pone norme giuridiche, non esercita funzione legislativa, ma solo commette violazione o falsa applicazione della legge»⁴⁹⁸.

Analoghe statuizioni sono contenute in una decisione del 1976: anche in tale occasione, al di là di mere affermazioni di principio, la Cassazione non è andata oltre l'assunto secondo cui il vizio di violazione di legge rileverebbe in caso di errore del giudice nell'interpretazione ovvero nell'applicazione di una norma formale o sostanziale, giammai potendosi configurare, in una simile evenienza, l'ipotesi dello sconfinamento atto a giustificare il ricorso in Cassazione⁴⁹⁹.

La pronuncia ha altresì richiamato il precedente del 1954, evidenziando come, in rapporto a quel particolare tipo di eccesso giurisdizionale costituito dall'esercizio da parte del giudice di una potestà legislativa, nell'opera di demarcazione tra tale eccesso e la violazione di legge debba considerarsi non la direzione del giudizio del giudice, bensì il suo contenuto, nel senso che «la decisione in tanto può considerarsi affetta dall'eccesso di potere considerato, in quanto contenga disposizioni implicanti la usurpazione della potestà degli organi legislativi dello Stato»⁵⁰⁰.

Anche in questo caso, alcun beneficio esegetico di rilievo alla questione innanzi posta può ritenersi ricavabile dal tessuto argomentativo proposto dalla Corte.

Non resterebbe, a questo punto, che spostare la prospettiva di indagine su altri fronti.

Si potrebbe, in tal senso, tentare un approccio alla definizione della portata e dell'ampiezza dell'attività giudiziale che si sostanzia nell'interpretazione della legge.

⁴⁹⁸ Cass. civ. s.u. n. 2543/1954, cit.

⁴⁹⁹ Cass. civ. s.u. 21 aprile 1976, n. 1387, in *Foro it.*, 1976, I, 2416 ss.

⁵⁰⁰ *Ibidem*.

Un tale proposito appare arduo sol che si considerino la complessità e la vastità della materia⁵⁰¹: a voler attingere alle parole di un insigne Giurista, non può che osservarsi, infatti, che «[O]vunque ci troviamo in presenza di manifestazioni oggettive, attraverso le quali un altro spirito parla al nostro facendo appello alla nostra intelligenza, ivi entra in movimento la nostra attività interpretativa per intendere qual senso abbiano quelle manifestazioni, che cosa esse ci vogliano dire»⁵⁰².

Non meno evidente, nell'ambito di uno studio da condurre sulla tematica in oggetto, è la rilevanza dell'indagine sullo stretto legame tra il modo di intendere l'attività ermeneutica del giudice e quello di concepire il ruolo stesso di quest'ultimo, nonché, più in generale, della funzione giurisdizionale nell'ambito del complessivo sistema costituzionale così come dei rapporti con gli altri poteri dello Stato, esecutivo e - soprattutto, per i fini di cui in trattazione - legislativo⁵⁰³.

Il tema, ancora una volta, trascende il campo della presente trattazione, venendo in rilievo considerazioni di stampo sociologico, filosofico e finanche metagiuridico alla cui maturazione scientifica in alcun modo gioverebbe una concisa parentesi epistemologica condotta in vista di obiettivi di analisi riferiti

⁵⁰¹ Cfr., per un'analisi non solo giuridica del problema, la significativa opera in due volumi di E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Milano, 1955. Per una teoria dell'interpretazione giuridica in generale e dell'interpretazione dell'atto amministrativo in particolare, fondamentale è l'opera di M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, cit., 2000. Cfr. altresì, anche per la ricchezza di riferimenti bibliografici, E. PARESCE, v. *Interpretazione (fil. dir. e teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972.

⁵⁰² E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, Prolusione al corso di diritto civile pronunciata il 15 maggio 1948, rist., in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, (nuova serie) 5/2014, 12.

⁵⁰³ Cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, trad. it. di A. Caracciolo, Milano, 1984, 246-247, che, nel commentare l'enunciazione dei tre poteri compiuta da Montesquieu, osserva come quest'ultimo Autore faccia sul potere giudiziario «un'osservazione che ha qualcosa di misterioso, secondo cui esso sarebbe «in qualche modo inesistente», «*en quelque façon nulle*» [...]], pervenendo alla conclusione che a suscitare vero interesse sia soltanto la distinzione tra potere legislativo e potere esecutivo.

ad altro specifico settore. D'altro canto, il semplicistico tentativo di abbozzare definizioni ovvero assumere determinazioni in una materia così profondamente teorizzata nel corso di secoli di studi e dissertazioni risulterebbe addirittura controproducente.

Lo scopo di questa breve digressione sull'ermeneutica giudiziale non è, allora, quello di ricostruire, seppur sinteticamente, le coordinate del dibattito scientifico in materia, né tanto meno di contribuire alla sua maturazione, bensì di dare atto di quell'intima connessione esistente tra interpretazione e creazione della legge che allo stesso tempo dia la misura di quanto ne sia labile il confine.

Sempre attuale, in tale prospettiva, risulta il pensiero di Kelsen, che, nel definire l'interpretazione come «un procedimento spirituale che accompagna il processo di produzione del diritto nel nuovo sviluppo da un grado superiore a uno inferiore regolato da quello superiore»⁵⁰⁴, vede nel giudice «un creatore del diritto», assumendo che quest'ultimo sia anche «relativamente libero in questa funzione»⁵⁰⁵. Per lo Studioso, «[I]l compito di estrarre dalla legge la sentenza giusta o l'atto amministrativo giusto è approssimativamente lo stesso di quello di creare, nello schema della costituzione, le leggi giuste»: di conseguenza, come non è possibile «estrarre dalla costituzione a mezzo dell'interpretazione delle leggi giuste, così non si possono nemmeno estrarre dalla legge per mezzo dell'interpretazione delle sentenze giuste»⁵⁰⁶. Esiste, per Kelsen, una differenza tra questi due casi, «ma questa è soltanto quantitativa e non qualitativa e consiste nel fatto che, dal punto di vista materiale, il vincolo del legislatore è molto più debole di quello del giudice per il fatto che il primo, nella creazione del diritto, è relativamente molto più libero del secondo»⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. di R. Treves, Torino, 2000, 117.

⁵⁰⁵ *Ivi*, 123.

⁵⁰⁶ *Ibidem*.

⁵⁰⁷ *Ibidem*.

Da queste poche seppur rilevanti notazioni, si comprende, come lucidamente rimarcato in dottrina, che il fulcro della questione ruota intorno al *grado di creatività*, ai *modi*, ai *limiti* e all'*accettabilità* della creazione del diritto, piuttosto che aver riguardo al problema di un contrasto netto tra i concetti di interpretazione e creazione⁵⁰⁸.

Ciò non significa che i due momenti si sovrappongono⁵⁰⁹.

Se è vero, infatti, che ogni atto di interpretazione contiene di per sé «un certo grado di creatività», altro sarebbe affermare in tal senso una *totale libertà* dell'interprete⁵¹⁰.

A ben vedere, è la stessa natura delle norme che impone una conformazione in questi termini dell'attività interpretativa: è dall'interpretazione che deriva la norma⁵¹¹.

⁵⁰⁸ Così M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, 10. Cfr. altresì S. SPINELLI, *Re giudice o re legislatore? Sul conflitto di attribuzioni tra potere legislativo e giurisdizionale (A margine dell'ordinanza 334 del 2008 della Corte Costituzionale)*, in *Dir. fam. e pers.*, 2009, 3, 1495, che dà rilievo al quesito circa il fin dove possa spingersi la libertà dell'atto di conoscenza e di volontà del giudice perché questa non trasmodi in atto di creazione normativa.

⁵⁰⁹ Cfr. F. CIARAMELLI, *Creazione e interpretazione della norma*, Troina, 2003, 117, il quale rimarca che «l'ambigua tendenza a sovrapporre interpretazione e legislazione conduce a conseguenze improponibili», e che il processo ontologico della creazione e quello epistemologico dell'interpretazione in nessun caso possano confondersi.

⁵¹⁰ Tali considerazioni sono (di nuovo) di M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit., 13. L'Autore sottolinea come il concetto di discrezionalità non coincida necessariamente con quello di arbitrarietà: «e il giudice, benché sia inevitabilmente creatore di diritto, non è necessariamente un creatore completamente libero da vincoli», proseguendo poi nell'analisi di quei limiti processuali e sostanziali della libertà giudiziale che «ogni sistema giuridico civilizzato ha cercato di disegnare ed applicare».

⁵¹¹ Cfr. in tal senso F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, II ed., Padova, 2012, 262: «[L]a "norma" non è che il risultato della interpretazione di enunciati o testi normativi, il significato ad essi ascritto mediante l'interpretazione». L'Autore evidenzia come a preesistere siano (dunque) i testi normativi, non le norme, queste ultime essendo frutto dell'attività interpretativa del giudice che deve darne applicazione e di quella di tutti gli altri interpreti che in maniera diretta o indiretta «concorrono (collaborano)» con il legislatore, con misura e modalità diverse, nella 'produzione' del diritto.

Solo in quest'ottica è possibile parlare (in un certo senso) del giudice come di un 'creatore del diritto', e ciò per una ragione di carattere ontologico, sistemico, che attiene alla natura stessa dello *ius positum*.

In una siffatta prospettiva è stato affermato che «[I]n un (qualche) senso egli [il giudice, ndr] "crea" la norma, almeno "quella" norma che applica nella decisione», e ancora che «[L]egislatore e interprete (segnatamente il giudice) *concorrono* alla produzione del diritto», tale produzione risultando «dalla combinazione della produzione dei testi con la produzione *strictu sensu* delle norme applicabili (e applicate) nel caso concreto»⁵¹².

Da una tale (condivisibile) impostazione deriva, dunque, la constatazione secondo cui la tenuta del sistema è assicurata solo se il giudice, con la propria attività ermeneutica, non si ponga al di fuori della predetta logica collaborativa, procedendo *sic et simpliciter* a 'creare' il diritto⁵¹³.

Illuminante in materia è il pensiero di Santi Romano, che può compendiarsi nelle seguenti osservazioni: «la giurisdizione si distingue dalla legislazione in quanto questa costituisce l'ordinamento giuridico, mentre quello lo tutela e lo attua. [...] Il mezzo che spesso è sufficiente perché la giurisdizione raggiunga il suo scopo di attuare la volontà della legge è quello di interpretarla, imponendo come obbligatoria tale interpretazione, non a tutti [...], ma solo alle persone cui l'atto giurisdizionale si rivolge e per quanto concerne il caso speciale. Ora è da notare che, a parte siffatta obbligatorietà che le è conferita,

⁵¹² Tutti rilievi di F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, cit., 262. L'Autore sottolinea, peraltro, che il dato della non incompatibilità (come pure non disomogeneità) dei due momenti - legislativo e interpretativo - risulta (tra l'altro) dal fatto che spesso è proprio il legislatore a 'costringere' il giudice ad una collaborazione in tal senso, e ciò quando l'enunciato normativo contenga i c.d. concetti valvola ovvero le clausole generali.

⁵¹³ Cfr. ancora F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, cit., 264, che rileva come il termine 'creazione' possa ritenersi compatibile con la 'creazione giudiziale' di diritto solo se inteso «semplicemente (o riduttivamente?) come "produzione" e non già come "facimento dal nulla" [...]».

l'interpretazione che della legge fa l'autorità giurisdizionale non differisce nel suo contenuto da quella che può fare ogni altra autorità o anche un privato: non si risolve in un atto di volontà, ma in una semplice cognizione della norma giuridica, che occorre avere prima di arrivare ad una manifestazione di volontà. [...] La semplice interpretazione della legge non basta però molte volte ad attuarla, e allora l'atto giurisdizionale potrà rappresentare l'esercizio di poteri diversi, a seconda dei casi, ma sempre a norma del diritto obbiettivo, che non modificheranno né creeranno mai *ex novo*. Così talvolta la giurisdizione dovrà far dipendere la sua pronuncia da alcuni criteri cui la norma giuridica rinvia: l'interesse collettivo [...], l'opportunità amministrativa, l'equità, il sentimento di giustizia, etc. Ma con ciò la giurisdizione non [si] muta [...] in legislazione né assume contemporaneamente i caratteri di quest'ultima, appunto perché, nei casi suddetti, essa non pone delle norme giuridiche, ma si serve di alcuni elementi o criteri che non sono da per sé giuridici, e che le sono indicati dalla stessa legge perché sia attuata la volontà che quest'ultima ha creduto di esprimere mediante concetti più o meno mobili ed elastici»⁵¹⁴.

Il rilievo della mancanza di *volontà* quale connotato fondamentale dell'attività interpretativa induce ad effettuare un parallelismo con un tema molto dibattuto e per certi versi affine a quello in discussione: quello del rapporto tra interpretazione e discrezionalità⁵¹⁵.

⁵¹⁴ S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988, 362-363-364. Cfr. altresì, dello stesso Autore, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 119, dove si evidenzia che l'interpretazione, pura opera dell'intelletto, non si risolve in un atto di volontà, bensì in una semplice cognizione del diritto vigente.

⁵¹⁵ Per una ricostruzione del dibattito in materia ci si permette di rinviare a R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 61 ss.; per uno studio del concetto di discrezionalità in rapporto al tema dell'interpretazione cfr. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 15 ss., spec. 22 ss.; per una indagine sull'apporto integrativo del giudice amministrativo nell'ambito del «*sindacato sul processo interpretativo seguito dall'amministrazione nella fase predecisionale di impostazione delle premesse del problema*» cfr. N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 369 ss.

È vero che l'atto di interpretazione ha carattere (solo) *intellettivo*⁵¹⁶: alla base di tale attività vi è, infatti, una «natura ricettiva, inattiva, non produttiva cioè di nuove situazioni, ma ricognitiva dell'esistenza di quelle già in atto [...]»⁵¹⁷.

Dal canto suo, è dato constatare - come d'altronde constatato - che «[E]sclusivo» della discrezionalità è (invece) «un momento volitivo» (oltre, ovviamente, a quello intellettuale) e «una capacità creativa», i quali «possono essere legittimamente ammessi solo e conseguentemente ad una specifica attribuzione di potere discrezionale»⁵¹⁸.

L'attività interpretativa può assumere, rispetto alla norma scritta, una valenza integrativa «ma mai di innovazione», contenendo «un momento valutativo ed assiologico» tuttavia «interno alla norma da interpretare»⁵¹⁹: e così è stato chiarito che «[L]'integrazione è limitata dalla valutazione normativa espressa e da interpretare», non potendo «giungere a liberamente volere e quindi proporre nuove disposizioni normative. In questo senso la soluzione valida è teoricamente una sola»⁵²⁰.

Ciò a differenza della discrezionalità. Quest'ultima, infatti, compendia, insieme, «giudizio, come fissazione del valore comparativo degli interessi, e

⁵¹⁶ Cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 68-69.

⁵¹⁷ M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, cit., 68.

⁵¹⁸ Così G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, cit., 320, il quale pure evidenzia che «[I] problema dell'interpretazione delle norme e degli atti giuridici si è costantemente intrecciato, fino a venire a volte identificato, con quello del potere discrezionale» (319).

⁵¹⁹ *Ivi*, 326-327.

⁵²⁰ *Ivi*, 330. Sulla «garanzia dell'oggettività» dell'interpretazione cfr. M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, cit., 12, che dà atto dei risultati ermeneutici in materia sviluppati dalla scuola storica. Nel prosieguo della sua opera, Giannini evidenzia come non esista una interpretazione più o meno adatta, ma soltanto una interpretazione esatta (62). Nello stesso senso, cfr. Id., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 69, secondo cui «la soluzione esatta, una volta stabilito l'ordo argumentorum giusto, è una sola».

volontà, come scelta della soluzione imposta da tale valutazione»⁵²¹: una volta «consumata nel proprio margine libero la scelta di una delle soluzioni possibili», l'amministrazione pone un «*quid novi*», ovvero «qualche cosa che prima non esisteva e da cui derivano effetti giuridici»⁵²².

Le considerazioni che precedono in punto di individuazione del *proprium* dell'attività in cui si sostanzia l'interpretazione assumano una valenza (per così dire) assiomatica: l'interprete integra, ma non innova, in un certo senso dichiara, ma non costituisce, e ciò a prescindere dall'ampiezza e della portata della sua attività intellettuale, che giammai lambisce il terreno della volontà (e, per essa, dei giudizi di valore).

Un tentativo di tracciare le coordinate essenziali dell'attività di interpretazione giudiziale delle norme in una prospettiva 'di sistema' è rinvenibile altresì nella giurisprudenza della Suprema Corte.

Si segnala, in particolare, una pronuncia del 2011, di spiccata pregnanza dogmatica⁵²³. Partendo dalla constatazione secondo cui «[L]a *suitas* della norma giuridica sta [...] nella sua struttura ternaria, essendo in essa individuabile un significante (l'insieme, cioè, dei frammenti lessicali di che si compone), un significato, o più possibili significati (e, cioè, il contenuto precettivo, in termini di comando - divieto - permesso, che il significante esprime) ed un giudizio di valore (di avvertita positività, cioè, di un dato bene - interesse, che postula la meritevolezza della creazione di un congegno di protezione del bene stesso all'interno della collettività)», la Cassazione ha posto l'attenzione su quei «fattori propulsivi, interni ed esterni» in ragione dei quali la norma sarebbe «suscettibile di assumere una molteplicità di contenuti, in relazione ed entro il limite dei significati resi possibili dalla plurivocità del significante testuale»⁵²⁴.

⁵²¹ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 166.

⁵²² *Ivi*, 91.

⁵²³ Cass. civ. 11 luglio 2011, n. 15144.

⁵²⁴ *Ibidem*.

Da un lato, verrebbe, infatti, in rilievo, «entro il limite [...] di tolleranza ed elasticità del significante testuale», l'adeguamento che di volta in volta la norma fa del suo contenuto, «in guisa da conformare il predisposto meccanismo di protezione alle nuove connotazioni, valenze e dimensioni che l'interesse tutelato nel tempo assume nella coscienza sociale»; dall'altro, risulterebbe «decisivo l'aspetto strutturale-sistematico della regola iuris, quale elemento non in sé autoconcluso, ma segmento invece di una complessa architettura giuridica, coordinata secondo postulati di unitarietà e completezza»⁵²⁵. La Cassazione si è soffermata quindi sull'interpretazione della *regola iuris*, che ha qualificato come 'evolutiva' o 'correttiva': la prima sarebbe «volta ad accertare il significato evolutivamente assunto dalla norma nel momento in cui il giudice è chiamato a farne applicazione (e con risalenza a quello di invero di tale evoluzione)»; mediante la seconda, invece, il giudice tornerebbe «direttamente sul significante, sul testo cioè della disposizione, per desumerne - indipendentemente da vicende evolutive che l'abbiano interessata - un significato diverso da quello consacrato in un una precedente esegesi giurisprudenziale»⁵²⁶.

Volendo, dunque, tirare le fila del discorso, è evidente come la (seppur breve) appena condotta digressione sul concetto di interpretazione giudiziale restituisca il seguente dato di non poco momento: l'individuazione dell'essenza e della portata dell'attività interpretativa del giudice nei termini che precedono costituisce elemento poco propizio rispetto alla possibilità di constatare, nella prassi applicativa, ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale nella declinazione di cui in questa sede si discorre.

Anche di recente la Cassazione ha evidenziato come un tale vizio non sia rinvenibile allorché il giudice svolga attività interpretativa delle norme (né in

⁵²⁵ *Ibidem.*

⁵²⁶ *Ibidem.*

caso di disapplicazione della legge), l'interpretazione rappresentando il *proprium* della funzione giurisdizionale: in tale prospettiva, darebbe luogo ad «un inaccettabile paralogismo l'affermazione che la mancata o inesatta applicazione di norme di legge determinerebbe la creazione di una norma inesistente [...]»⁵²⁷.

Nella fattispecie portata all'attenzione della Corte si era contestato che il giudice amministrativo avesse reso una pronuncia solo formalmente interpretativa delle norme della *lex specialis* e di quelle generali in punto di partecipazione ai concorsi pubblici da parte dei cittadini comunitari, asseritamente creando *ex novo* un criterio più stringente per i concorrenti stranieri che avrebbero dovuto conoscere perfettamente la lingua italiana anche in forma scritta: da qui l'ipotesi della invasione giudiziale delle prerogative legislative⁵²⁸.

La Cassazione ha, tuttavia, evidenziato come, nell'escludere che il requisito della conoscenza della lingua italiana potesse valere soltanto per la prova orale (come invece preteso dalla parte ricorrente), il Consiglio di Stato avesse richiamato, oltre al bando, l'art. 3 del D.P.C.M. 7 febbraio 1994, n. 174, secondo cui i cittadini degli Stati membri dell'Unione Europea devono possedere, ai fini dell'accesso ai posti della pubblica amministrazione, tra gli altri, il requisito dell'adeguata conoscenza della lingua italiana⁵²⁹.

Lo stesso giudice amministrativo - si legge sempre nella motivazione della pronuncia (di rigetto) della Corte - aveva sottolineato come il bando prescrivesse che la prova scritta dovesse svolgersi in italiano, in questo modo «richiedendo [...] per implicito, ma inequivocabilmente, che il candidato

⁵²⁷ Cass. civ. s.u. 3 marzo 2020, n. 5905, che ha richiamato in tal senso Cass. civ. s.u. n. 16974/2018, cit. In quest'ultima pronuncia si legge che «[D]i natura paralogica, oltre che viziato da un'errata interpretazione dei precedenti di queste S.U., è [...] l'assunto secondo cui la mancata o inesatta applicazione di norme di legge determinerebbe la creazione di una norma inesistente e, quindi, l'invasione della sfera di attribuzioni del potere legislativo o amministrativo».

⁵²⁸ Cass. civ. s.u. n. 5905/2020, cit.

⁵²⁹ *Ibidem*.

sapesse esprimersi anche per iscritto in italiano in coerenza con quanto si richiede ad un ricercatore, alla cui scelta era volto il concorso in esame»⁵³⁰.

Per le Sezioni unite, in definitiva, nel sottolineare come i molteplici errori di ortografia, grammatica e sintassi fossero espressione di chi “si esprima appunto in italiano senza conoscerlo perfettamente”, il Consiglio di Stato non aveva creato una nuova norma maggiormente stringente per i concorrenti stranieri: l’adeguatezza (*ex art. 3 del succitato DPCM*) della conoscenza della lingua italiana, anche nella forma scritta, avrebbe, infatti, dovuto essere rapportata alla figura del ricercatore, il quale, per definizione, deve saper produrre testi per iscritto⁵³¹.

Nella prospettiva della Corte, dunque, non trasmoda in eccesso di potere *sub specie* di sconfinamento nelle prerogative legislative neanche la violazione di legge connotata da un particolare livello di gravità.

Un tale assunto è da accogliere con plauso: se si qualificasse come ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale ogni ‘grave’ violazione di legge non potrebbe al primo riconoscersi autonoma dignità giuridica.

Nelle pochissime occasioni in cui ha censurato le decisioni del giudice speciale sotto il profilo del vizio in oggetto, la stessa Corte di Cassazione si è curata di sottolineare come alla base della propria decisione non vi fosse il riscontro di una ‘grave’ violazione di legge.

Emblematica è una pronuncia del 1947, con cui la Suprema Corte ha cassato una decisione di una giurisdizione speciale per aver quest’ultima - proclamandosi organo di eccezionale natura politico-giurisdizionale, non vincolato all’obbligo della motivazione - applicato sanzioni in casi non previsti dalla legge ed essersi deliberatamente sottratta all’obbligo della motivazione⁵³².

⁵³⁰ *Ibidem*.

⁵³¹ *Ibidem*.

⁵³² Cass. civ. s.u. 9 luglio 1947, n. 1093, in *Foro it.*, 1947, I, 554 ss.

Nel caso di specie, la Cassazione, dopo aver stigmatizzato la condotta del giudice speciale, il quale, nell'adottare decisioni di massima, aveva «sostituito una propria statuizione di carattere generale [...] a quella che era la norma tassativa della legge; e ciò contro il principio che solo al legislatore spetta la facoltà di emanare norme di carattere generale per tutti obbligatorie; mentre al giudice è vietato di prendere parte, direttamente o indirettamente, all'esercizio del potere legislativo e di creare egli le leggi», si è soffermata sul citato difetto di motivazione, che è «elemento essenziale di ogni decisione di carattere giurisdizionale», e la cui assenza costituisce «una violazione di legge di particolare gravità»⁵³³. La Corte ha sottolineato, in tal senso, come, in difetto di motivazione, le decisioni giurisdizionali debbano considerarsi inesistenti, e che un tale vizio «che di per sé costituisce una violazione di legge per le decisioni del giudice ordinario, diventa di una gravità ancora più rilevante, quando riguarda le decisioni di qualsiasi giudice speciale», dal momento che «solo attraverso la motivazione è possibile controllare se il giudice speciale si sia mantenuto entro i limiti di giurisdizione e di competenza, tassativamente stabiliti dalla legge»⁵³⁴.

La Cassazione, tuttavia, non è pervenuta ad un giudizio di eccesso di potere giurisdizionale sulla base dell'elemento dell'assenza di motivazione (che, puntualizza, «non andrebbe al di là di una grave violazione di legge»), bensì in considerazione del fatto che nel caso di specie a venire in rilievo era un «voluto difetto di motivazione», dovuto al fatto che il giudice speciale si fosse espressamente autoproclamato, con invasione del campo riservato al legislatore, «come un organo giudiziario di un particolare ed eccezionale carattere politico-costituzionale, non vincolato a motivare in fatto ed in diritto le sue pronunzie [...]»: in questo modo il giudice speciale si era attribuito, infatti, un potere

⁵³³ *Ibidem.*

⁵³⁴ *Ibidem.*

esorbitante i limiti fissati dalla legge («un potere giurisdizionale di tale eccezionale natura»), che nessuna norma gli conferiva⁵³⁵. Da qui il rilievo di un eccesso di potere giurisdizionale per usurpazione del potere legislativo⁵³⁶.

In un altro precedente, la Cassazione ha ritenuto configurabile il vizio in esame in una decisione di un organo (previsto da un r.d. del 1923) - non prima di averlo qualificato in termini di giurisdizione speciale - per avere quest'ultimo applicato, nel caso di specie, una norma incostituzionale, in questo modo esercitando la sua funzione «fuori dei limiti» di legge⁵³⁷. A venire in rilievo non è stata, anche qui, una 'grave' violazione della legge, ma proprio un caso di travalicamento dei limiti da questa imposti al giudice speciale: quest'ultimo, che avrebbe dovuto «derivare la sua potestà da norme legittimamente vigenti ed applicabili [...]», nel fondare - invece - la sua pronuncia su una norma illegittima, è incorso nel vizio di eccesso di potere *ex art. 3* della legge sui conflitti del 1877⁵³⁸.

Le risultanze della prassi mostrano, allora, un dato inconfutabile: oltremodo arduo risulta rinvenire fattispecie tipiche di sconfinamento che possano costituire un valido ausilio esegetico per l'opera dell'interprete.

Ancor prima, la constatazione della ben difficile evenienza che in concreto si realizzi uno sconfinamento dell'attività giudiziale nelle prerogative legislative costituisce, date le direttrici dogmatiche delineate in trattazione, approdo ermeneutico parimenti ineluttabile.

⁵³⁵ *Ibidem.*

⁵³⁶ *Ibidem.*

⁵³⁷ Cass. civ. s.u. 27 marzo 1946, n. 333, in *Foro it.*, 1944-46, I, 941 ss. Con riguardo ad un ambito affine a quello appena analizzato, cfr. di recente R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 32, secondo cui «[...] esiste almeno una ipotesi certa di invasione del giudice nella sfera del legislatore, ed è quando il giudice disapplica una norma di legge che ritiene incostituzionale, senza rimettere la questione alla Corte cost. così esercitando un non consentito sindacato diffuso di costituzionalità».

⁵³⁸ Cass. civ. s.u. n. 333/1946, cit.

In ciò sta forse la ragione per cui, a differenza dell'ipotesi della invasione da parte del giudice delle prerogative della pubblica amministrazione, in cui l'apporto di dottrina e giurisprudenza in termini di esplicazione e sviluppo dei nuclei essenziali di un tale vizio è stato (e continua ad essere) proficuo, l'elaborazione dell'eccesso di potere giudiziario nella speciale declinazione di cui si è discusso non si è (forse) giovata di contributi esegetici che risultassero precipuamente orientati a scandagliarne la natura, i confini applicativi, i rapporti con figure affini.

Ad un più profondo livello di analisi, tuttavia, non si può non arguire da quest'ultima considerazione una sorta di fallacia argomentativa: la difficile configurabilità in concreto di una tale tipologia di vizio non ha nulla a che vedere con la (probabilmente) insufficiente attenzione rivolta alla figura in discorso nella sua specificità, interezza ed autonomia dogmatica, venendo sul punto piuttosto in rilievo una diversa prospettiva di indagine che in questa sede poteva essere soltanto accennata.

Dibattere intorno al concetto di 'sconfinamento' nell'azione legislativa, al suo ambito di applicazione, ai rapporti del vizio in oggetto con la violazione (o la grave violazione) di legge è operazione che ne sottende necessariamente altra ben distinta e logicamente antecedente: quella che si sostanzia nell'esatta perimetrazione del confine tra attività interpretativa e attività creatrice del giudice. Su tale profilo, che della figura in disamina costituisce l'essenza, il contributo della riflessione scientifica è stato (e continua ad essere) di indubbio pregio ermeneutico.

Deve darsi atto, tuttavia, di una recente presa di posizione della Corte di Cassazione⁵³⁹ che sembrerebbe aver individuato (almeno) una delle surriferite fattispecie tipiche di sconfinamento: la violazione del diritto eurounitario.

⁵³⁹ Cass. civ. s.u. ord. 19598/2020, cit. Cfr. altresì *supra*, cap. 1, par. 3, in corrispondenza e con riguardo al contenuto stesso delle note nn. 196 ss.

A suo tempo si è disquisito di quei casi eccezionali o estremi di *errores in procedendo e in iudicando* da cui derivi un radicale stravolgimento della normativa di riferimento, tale da ridondare in manifesta denegata giustizia, che, in ossequio ad un orientamento giurisprudenziale, sarebbero sindacabili dal giudice dei conflitti nell'ambito dei motivi di giurisdizione⁵⁴⁰, tesi questa, tuttavia, osteggiata con fermezza nel 2018 dalla Corte costituzionale⁵⁴¹.

Il caso di una vera e propria 'creazione' giudiziale della norma si pone, tuttavia, su di un piano affatto peculiare.

Le due ipotesi vengono contemplate in maniera autonoma altresì dalla giurisprudenza, seppur evidentemente - per chi ammette il sindacato per motivi di giurisdizione anche qualora rilevi il predetto radicale stravolgimento - a soli fini qualificatori⁵⁴².

Sulla scia dell'intervento della Consulta sopra richiamato si pone quello della Cassazione in disamina. La Suprema Corte ha richiesto, infatti, in via pregiudiziale, l'intervento interpretativo della Corte di giustizia in merito al ritenuto dubbio di compatibilità con il diritto eurounitario della *prassi interpretativa* - propugnata, appunto, dalla Corte costituzionale con la predetta pronuncia del 2018 nonché dalla giurisprudenza successiva - secondo cui non sarebbero sindacabili per motivi di giurisdizione, sotto il profilo del 'difetto di potere giurisdizionale', le «sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con

⁵⁴⁰ Cfr. la giurisprudenza in materia richiamata *supra* in trattazione, cap. 1, par. 2.3.

⁵⁴¹ Corte cost. n. 6/2018, cit. Cfr. *supra*, cap. 1, par. 3.

⁵⁴² Cfr. di recente Cass. civ. s.u. 11 settembre 2019, n. 22711: «[...] in tema di sindacato della Corte Suprema di Cassazione sulle decisioni giurisdizionali del giudice contabile (o amministrativo), l'interpretazione della legge o la sua disapplicazione rappresentano invero il *proprium* della funzione giurisdizionale, e non possono pertanto integrare la violazione dei limiti esterni della giurisdizione legittimante il ricorso ex art. 111, 8° co., Cost., fatti salvi i casi del radicale stravolgimento delle norme o dell'applicazione di una norma creata *ad hoc* [...]» Cfr. altresì, *ex multis*, Cass. civ. s.u. 11380/2016, cit.; Cass. civ. s.u. 6 maggio 2016, n. 9145; Cass. civ. s.u. 20360/2013, cit.

sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea [...] nei quali gli Stati membri hanno rinunciato ad esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto»⁵⁴³. In tale occasione, la Corte ha evidenziato come l'orientamento che riteneva ammissibile il ricorso per motivi di giurisdizione avverso le sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con il diritto unionale⁵⁴⁴ fosse fondato «sulla decisiva considerazione che il giudice nazionale che faccia applicazione di normative nazionali (sostanziali o processuali) o di interpretazioni elaborate in ambito nazionale che risultino incompatibili con disposizioni del diritto dell'Unione applicabili nella controversia, come interpretate dalla Corte di giustizia [...], esercita un potere giurisdizionale di cui è radicalmente privo, ravvisandosi un caso tipico di difetto assoluto di giurisdizione - per avere compiuto un'attività di diretta produzione normativa non consentita nemmeno al legislatore nazionale - censurabile per cassazione con motivo inerente alla giurisdizione, a prescindere dall'essere la sentenza della Corte di giustizia precedente o successiva alla sentenza amministrativa impugnata nel giudizio di cassazione»⁵⁴⁵.

⁵⁴³ Cass. civ. s.u. ord. 19598/2020, cit.

⁵⁴⁴ Sul punto cfr. in particolare quanto riportato nel par. 26 dell'ordinanza n. 19598/2020 in oggetto: «[L]orientamento consolidato delle Sezioni Unite (sino alla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 [...]) era nel senso che, in sede di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo dei limiti esterni della giurisdizione - che l'art. 111 Cost., comma 8, affida alla vigilanza della Corte di cassazione - non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare meri errori "in iudicando" o "in procedendo", "salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tali da ridondare in denegata giustizia, ed in particolare, salvo il caso, tra questi, di errore "in procedendo" costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione Europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia" (in tal senso Sez. Un., n. 31226 del 2017 citata; in senso conforme, Sez. Un.; 18 dicembre 2017, n. 30301; 17 gennaio 2017, n. 953; 8 luglio 2016, n. 14042; 29 febbraio 2016, n. 3915; n. 2242 del 2015 citata)».

⁵⁴⁵ Cass. civ. s.u. ord. 19598/2020, cit.

La Suprema Corte è pervenuta, in questo modo, a qualificare l'attività giudiziale che sostanzialmente, nel singolo caso di specie, è una violazione del diritto unionale in termini di (vera e propria) 'produzione normativa'⁵⁴⁶.

Si tratta di un assunto rimarchevole, solo che si consideri come la Cassazione abbia, in tale prospettiva, valorizzato il dato della particolare natura dell'oggetto della violazione (i.e. diritto eurounitario), e ciò a prescindere dal riferimento alla 'eccezionalità' della stessa: il solo rilievo di una violazione del diritto dell'Unione aprirebbe la strada al ricorso in Cassazione per eccesso di potere giurisdizionale *sub specie* di sconfinamento nei poteri legislativi.

A riprova di ciò vi è il tenore del seguente passaggio argomentativo, in cui la Suprema Corte ha affermato che «[D]iversamente dalla sentenza affetta da semplice violazione di legge in fattispecie regolate dal diritto nazionale, ove la erronea interpretazione o applicazione della legge è, di regola (tranne in casi eccezionali), pur sempre riferibile a un organo giurisdizionale che è emanazione della sovranità dello Stato, nelle controversie disciplinate dal diritto dell'Unione lo Stato ha rinunciato all'esercizio della sovranità, la quale è esercitata dall'Unione tramite i giudici nazionali, il cui potere giurisdizionale esiste esclusivamente in funzione dell'applicazione del diritto dell'Unione»⁵⁴⁷.

Nel ragionamento della Corte, dunque, la violazione del diritto dell'Unione europea coinciderebbe sempre con un'ipotesi di produzione normativa da parte del giudice al pari dei casi in cui, nell'ambito delle controversie regolate dal diritto nazionale, il giudice finisca per invadere *tout court* la sfera legislativa.

In altri termini, la Cassazione ha individuato una specifica fattispecie di sconfinamento nel potere legislativo nell'evenienza in cui il giudice interpreti la

⁵⁴⁶ Espressione (ovviamente) qui da intendersi nell'accezione di *creazione (sic et simpliciter)* della norma, e non di *produzione* normativa 'rientrante' nell'attività di interpretazione giudiziale (cfr. *supra*, in corrispondenza e con riguardo al contenuto stesso delle note nn. 511-512-513).

⁵⁴⁷ Cass. civ. s.u. ord. 19598/2020, cit.

normativa nazionale in un modo giudicato incompatibile con il diritto unionale (come interpretato dalla Corte di giustizia), a tal fine valorizzando (semplicemente) l'elemento dell'oggetto della violazione, *non anche* il dato della gravità della stessa (ritenuta evidentemente insita nella stessa violazione del diritto sovranazionale), né quello di un eventuale analogo trattamento tra situazioni equivalenti (quelle in cui si sostanzierebbero le violazioni del diritto nazionale, da una parte, e del diritto unionale, dall'altra).

In una siffatta prospettiva si deve leggere l'ulteriore passaggio argomentativo in cui la Cassazione ha sottolineato il dubbio di compatibilità (proprio) con il principio di equivalenza della prassi giurisprudenziale che, se da un lato ammette, per le controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto nazionale, il ricorso in Cassazione per difetto di potere giurisdizionale avverso le sentenze del Consiglio di Stato cui si imputi di avere svolto un'attività di *produzione normativa* invasiva delle attribuzioni del legislatore, dall'altro, invece, per le controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto unionale, dichiara pregiudizialmente inammissibili i ricorsi volti a denunciare «il difetto di potere giurisdizionale del giudice che, elaborando ed applicando regole processuali di diritto nazionale, eserciti poteri di produzione normativa preclusi allo stesso legislatore nazionale, essendo esclusivamente riservati al legislatore comunitario sotto il controllo della Corte di giustizia»⁵⁴⁸.

La Corte di Cassazione, in definitiva, ha finito per equiparare la violazione del diritto sovranazionale a quei casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento tali da ridondare in manifesta denegata giustizia, che, nella prospettiva anteriore a quella delineata dalla Corte costituzionale nel 2018, erano ritenuti suscettibili di ricorso *ex art. 111, comma 8, Cost.* In ciò, dunque, 'forzando' lo stesso predetto orientamento, che richiedeva, per dare luogo ad

⁵⁴⁸ *Ibidem*. Il passaggio è richiamato altresì *supra*, cap. 1, par. 3, in corrispondenza della nota n. 200.

un tale ricorso, la sussistenza, nel caso di specie, (non di un qualsiasi caso di violazione del diritto UE, bensì) di uno ‘stravolgimento’ della normativa (nazionale così come di quella) unionale che avesse avuto l’effetto di negare l’accesso alla tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo⁵⁴⁹.

È pur vero che, nella fattispecie posta all’attenzione della Suprema Corte, il ricorrente aveva dedotto la violazione degli artt. 362 c.p.c., comma 1, e 110 c.p.a. per avere il Consiglio di Stato negato ad un soggetto escluso dalla gara - con provvedimento la cui legittimità, essendo contestata in giudizio, non era stata definitivamente accertata - la legittimazione e l’interesse ad esporre le censure finalizzate al travolgimento della gara stessa, con conseguente violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale (codificato nell’art. 1, par. 1, comma 3, della Direttiva Cee 21 dicembre 1989, n. 665), e, appunto, diniego di accesso alla tutela stessa⁵⁵⁰. Tuttavia, è evidente come dalle argomentazioni via via rappresentate dalla Cassazione, alcune delle quali sopra riportate, traspaia la convinzione della Corte secondo cui il ricorso per motivi di giurisdizione possa fungere da rimedio a *tutte* le violazioni del diritto dell’Unione europea.

⁵⁴⁹ Chiarissima, in tal senso, Cass. civ. s.u. 4 febbraio 2014, n. 2403: «[...] queste Sezioni Unite hanno escluso che la violazione del diritto dell’Unione da parte del giudice amministrativo valga, di per sè, ad integrare un superamento delle attribuzioni del giudice amministrativo [...]; e ancora «[...] l’*error in iudicando* non si trasforma in eccesso di potere giurisdizionale solo perchè viene in gioco, nell’interpretazione della norma sostanziale attributiva di diritti, il diritto dell’Unione. Non ogni pretesa deviazione dal corretto esercizio della giurisdizione, sotto il profilo interpretativo ed applicativo del diritto sostanziale, si risolve in un difetto di giurisdizione sindacabile ad opera della Corte di cassazione, a meno che non ci si trovi di fronte ad un indebito rifiuto di erogare la dovuta tutela giurisdizionale a cagione di una male intesa autolimitazione, in via generale, dei poteri del giudice speciale». Al riguardo, cfr. le pronunce riportate *supra*, cap. 1, par. 2.3, nota n. 157.

⁵⁵⁰ Cass. civ. s.u. ord. 19598/2020, cit. (spec. par. 12). Cfr. altresì il richiamo effettuato dalla Cassazione (par. 26) alla giurisprudenza delle Sezioni unite in punto di sindacato *ex art.* 111, comma 8, Cost. proprio sui casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell’Unione) tali da ridondare in denegata giustizia, *supra* riportato nella nota n. 544.

In questa prospettiva si pongono altresì la paventata «esigenza di scongiurare il consolidamento di una violazione del diritto comunitario da parte del Consiglio di Stato» (par. 36), ovvero il rilievo in base al quale il ricorso per Cassazione costituirebbe «l'unico strumento per reagire a violazioni del diritto dell'Unione imputabili a sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con sentenze della Corte di giustizia (precedenti o successive)» (par. 37), o, ancora, la considerazione secondo cui l'orientamento giurisprudenziale formatosi a seguito della pronuncia della Consulta del 2018 - che preclude al giudice della giurisdizione l'esame nel merito dei ricorsi denunciati la violazione del diritto unionale da parte delle sentenze del Consiglio di Stato - determinerebbe il consolidamento della violazione di tale diritto ed esporrebbe a responsabilità lo Stato, così come gli organi giurisdizionali (par. 38)⁵⁵¹.

La bontà giuridica del surriferito ragionamento risulta, tuttavia, quanto meno dubbia non solo in considerazione della valenza sistemica della ricostruzione che dei motivi di giurisdizione ha effettuato la Corte costituzionale (seppure in una prospettiva non condivisa dalla Cassazione, che per tale ragione ha richiesto l'intervento interpretativo del giudice comunitario), ma finanche in virtù della constatazione secondo cui lo stesso principio di primazia del diritto dell'Unione europea, anche nella sua accezione più estesa, non vale a sovvertire gli assetti procedimentali degli ordinamenti nazionali, così come la relativa funzione di garantire certezza e stabilità ai rapporti giuridici⁵⁵².

Prima di questo, tuttavia, è proprio l'ontologica natura dell'interpretazione giudiziale, come *supra* analizzata, a porsi quale elemento ostativo ad una qualificazione della violazione del diritto eurounitario in termini di (attività di) creazione normativa (e, per tale via, di eccesso di potere giudiziario per sconfinamento nei poteri legislativi): il giudice avrebbe pur

⁵⁵¹ Cass. civ. s.u. ord. 19598/2020, cit.

⁵⁵² In tal senso Cass. civ. s.u. 1° marzo 2012, n. 3236.

sempre e solo - anche se erroneamente, e con gravissime conseguenze -
dichiarato, non anche *costituito*, il *diritto obiettivo*.

CAPITOLO III

L'ESSENZA DEL GIUDIZIO

SOMMARIO: 1. Il sindacato sull'eccesso di potere del giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità. Profili generali. – 1.1. (*Segue*) Lo sconfinamento nel merito amministrativo. Esegesi del vizio. – 1.2. In particolare: il controllo sulla discrezionalità tecnica tra tradizione e innovazione e i riflessi in punto di eccesso di potere del giudice amministrativo. – 2. Il sindacato sull'eccesso di potere del giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione di merito: il ricorso "improprio" al giudizio di ottemperanza. – 3. Il sindacato sull'eccesso di potere del giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione esclusiva.

1. Il sindacato sull'eccesso di potere del giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità. Profili generali.

Nel distinguere la giurisdizione dall'amministrazione, Santi Romano valorizzava l'elemento dello *scopo* delle due funzioni: la «tutela obbiettiva dell'ordinamento giuridico» per la prima, la «soddisfazione dei propri interessi» per la seconda⁵⁵³.

Oltremodo ardua appare, tuttavia, l'opera dell'interprete che si accinga ad enucleare, nella congerie di fattispecie astrattamente configurabili nella prassi, il substrato ontologico dell'eccesso di potere del giudice amministrativo *sub specie* di invasione da parte di quest'ultimo delle prerogative dalla legge attribuite all'amministrazione.

Ciò in considerazione dell'essenza proteiforme dell'istituto in oggetto, a sua volta correlata ad un fenomeno immanente al sistema nel suo complesso:

⁵⁵³ S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, cit., 364, che sottolinea come la legge sia *limite* - non *obbietto* - dell'attività amministrativa.

l'intima e costante interazione - seppur nella logica del fondamentale principio di divisione - tra i diversi poteri sovrani.

Illuminante in tal senso è l'insegnamento di Vittorio Emanuele Orlando, che così si esprimeva nei suoi *Principii di diritto amministrativo*: «[...] se per indipendenza di due poteri si intende che ognuno d'essi debba vivere in una sfera propria, isolata, e respingere ogni rapporto con altro, come una diminuzione di dignità, in tal caso [...] dovremo ritenere [...] che, *a priori*, ogni modo di risoluzione dei conflitti si aggirerà in un circolo vizioso perenne. Ma par più vero ritenere che la *distinzione* dei poteri non induca già *separazione*, il che sarebbe contrario all'idea organica dello Stato, oramai non contrastata dall'indirizzo moderno della scienza. Ogni potere, per integrare la missione che gli spetta, può venire in rapporti con gli altri, e, quando i limiti delle funzioni reciproche son rispettati, non avremo in nessun caso *subordinazione*, ma necessario completamento»⁵⁵⁴.

Emerge, per tale via, la valenza sistemica del sindacato sull'eccesso di potere giurisdizionale, che diviene strumento idoneo ad osteggiare le derive patologiche dei rapporti surriferiti, contribuendo a preservare (e garantire) razionalità e coerenza dell'ordinamento.

Oggetto della presente analisi saranno, dunque, i criteri e le tecniche alla base di un siffatto giudizio in una prospettiva che abbia riguardo non solo (e non tanto) agli elementi definitivi, quanto agli aspetti pragmatici e contingenti della figura in esame: d'altronde, è stato autorevolmente osservato «[...] come le definizioni, quando non si riducano a una ripetizione uniforme di luoghi comuni, a prescindere dall'esattezza della specie decisa, non offrano elementi di sicura costruzione»⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, II ed., Firenze, 1892, 340.

⁵⁵⁵ L. CALIENDO, *In tema di eccesso di potere*, cit., 49. Cfr. altresì *supra*, cap. 1, par. 3, in corrispondenza della nota n. 210.

Di mirabile pregio ermeneutico è la ricostruzione di un Autore che ha provveduto ad ordinare i suddetti criteri in tre gruppi, disegnando il limite esterno dei poteri di *cognizione* del giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione di legittimità una prima volta in negativo (rientrerebbero in tale gruppo «le affermazioni della Cassazione su ciò che il giudice amministrativo di legittimità non può conoscere senza invadere la sfera del merito amministrativo») e una seconda volta in positivo (con riguardo, cioè, alle «affermazioni della Cassazione su ciò che il giudice amministrativo può conoscere rimanendo entro i confini della legittimità»), nonché ricomprendendo in un terzo gruppo i criteri alla base della individuazione del limite dei poteri (questa volta) di decisione del predetto giudice, sempre nelle more della giurisdizione di legittimità⁵⁵⁶.

Attingendo all'ampia rassegna giurisprudenziale dall'Autore riportata in relazione a ciascuno dei gruppi menzionati, segnerebbero, così, il surriferito *limite negativo* le statuizioni della Suprema Corte in merito al divieto del giudice amministrativo di penetrare nell'intrinseco del provvedimento amministrativo, di sindacare i criteri di opportunità e di convenienza che lo hanno determinato e di sostituire il proprio giudizio a quello dell'organo amministrativo⁵⁵⁷.

Alla base, invece, della configurazione del predetto *limite positivo* si porrebbero quelle pronunce della Cassazione volte a scandagliare più propriamente la natura della giurisdizione di legittimità: in tal senso, il giudice dei conflitti ha avuto modo di evidenziare come il sindacato di legittimità comprenda «non soltanto l'indagine rivolta ad accertare la conformità, o meno, dell'atto amministrativo alla legge, ma anche quella diretta a constatare se l'atto

⁵⁵⁶Tali rilievi, compresi quelli citati testualmente, sono di B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, cit., 1568.

⁵⁵⁷Cass. civ. s.u. 9 luglio 1965, n. 1429, in *Foro it., Rep.*, 1965, v. *Giustizia amministrativa*, n. 615, richiamata, insieme ad altre pronunce di analogo tenore, da B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, cit., 1568-1569.

sia stato emanato nelle condizioni di fatto, in cui il diritto obiettivo consentiva di emanarlo e con quel contenuto», sottolineando, in tale prospettiva, come la giurisdizione di legittimità non si limiti «ad individuare la norma di diritto applicabile nel caso concreto», attuandosi, piuttosto, «anche con l'accertamento relativo ai fatti assunti a presupposto dell'azione amministrativa e della norma di diritto applicata, differenziandosi [...] dalla nozione di giudizio di legittimità che caratterizza il ricorso per cassazione»⁵⁵⁸.

In relazione, poi, all'ambito dei poteri decisorii in capo al giudice amministrativo, si è constatato come ricorra un eccesso di potere giurisdizionale quando questi abbia effettuato, in una materia in cui la legge prevede che la *potestas iudicandi* sia limitata alla sola legittimità degli atti amministrativi, «[...] invece (od anche) un sindacato di merito, pervenendo all'annullamento dell'atto per motivi di merito, oppure alla sostituzione dell'atto amministrativo, mediante una pronuncia avente il contenuto e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostitutivo, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti della P.A. [...]»⁵⁵⁹.

Tali principi sono enunciati in maniera ormai tralatizia dalla giurisprudenza della Cassazione, che anche di recente ha rimarcato il nocciolo duro della categoria in disamina. Afferma, infatti, la Suprema Corte che «l'eccesso di potere giurisdizionale, in relazione al profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, è configurabile soltanto quando l'indagine svolta dal giudice amministrativo, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, divenga strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto,

⁵⁵⁸ Cass. civ. s.u. 20 gennaio 1987, n. 462, in *Foro it.*, 1988, I, 2373 ss., pure richiamata, insieme ad altre pronunce analoghe, da B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, cit., 1569.

⁵⁵⁹ Cass. civ. s.u. 26 luglio 1990, n. 7560, sempre richiamata, nell'ampia rassegna di pronunce contenenti analoghe statuizioni, da B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, cit., 1569.

ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, procedendo ad un sindacato di merito che si estrinsechi in una pronunzia la quale abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà propria del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa [...]»⁵⁶⁰. Nella specie, la Suprema Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto per motivi di giurisdizione, evidenziando come il Consiglio di Stato si fosse limitato «a valutare il provvedimento emesso dall'Amministrazione alla luce della normativa così come dallo stesso consesso interpretata, svolgendo, in definitiva, quel riscontro della legittimità dei provvedimenti amministrativi che gli compete»⁵⁶¹.

Un approccio ermeneutico affatto peculiare alla ricostruzione dell'essenza del sindacato sull'eccesso di potere giudiziario è, poi, quello che ha riguardo, più che alla peculiare conformazione dei poteri - di cognizione e di decisione - del giudice amministrativo, ai connotati specifici delle fattispecie via via assunte alla base del giudizio sui motivi inerenti alla giurisdizione.

Ci si può riferire, a titolo esemplificativo, al dibattito instauratosi in punto di sindacabilità *ex art. 111, comma 8, Cost.* della questione in ordine all'esistenza o meno - *in astratto* - di una posizione giuridica soggettiva tutelabile di fronte al giudice amministrativo.

In senso affermativo, in una pronuncia emblematica in materia, la Corte di Cassazione ha osservato come il concetto di 'interesse sostanziale' - i.e. «la posizione giuridica soggettiva tutelabile davanti al giudice amministrativo (interesse legittimo)» - afferisse ai limiti esterni della giurisdizione del Consiglio

⁵⁶⁰ Cass. civ. s.u. 13 maggio 2020, n. 8843, che richiama in senso analogo, tra l'altro, Cass. civ. s.u. 24 maggio 2019, n. 14264; Cass. civ. s.u. 26 novembre 2018, n. 30526.

⁵⁶¹ Cass. civ. s.u. n. 8843/2020, cit.

di Stato: in quest'ottica, dopo aver richiamato il principio secondo cui, fuori dei casi di giurisdizione esclusiva, il Consiglio di Stato è investito della cognizione (e tutela) degli interessi legittimi, esulando dalla giurisdizione generale di legittimità «quelle posizioni soggettive che, corrispondendo a situazioni di semplice interesse di fatto, non sono suscettibili di alcuna tutela giurisdizionale», nonché il principio del c.d. *petitum* sostanziale («[I]l che significa» - ha evidenziato la Cassazione - «che, a far rientrare la controversia nella sfera di giurisdizione del giudice amministrativo di legittimità, non basta che il privato sostenga di essere stato leso, dall'atto amministrativo impugnato, in un suo interesse legittimo, ma occorre che la posizione giuridica di cui si lamenta la lesione, così come dedotta in giudizio, sia effettivamente, ma in astratto, configurabile come interesse legittimo alla stregua dell'ordinamento giuridico»), la Suprema Corte ha così perentoriamente statuito: «[Q]uesto, e soltanto questo, è il sindacato che a queste Sezioni unite è affidato, in sede di impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato per difetto assoluto di giurisdizione»⁵⁶².

Nessun dubbio residuava, invece, con riguardo alla estraneità all'ambito dei predetti limiti esterni della questione circa la proponibilità *in concreto* della domanda: «[S]i sottraggono [...] a tale sindacato così la concreta ed effettiva appartenenza al soggetto impugnante della vantata posizione di interesse legittimo, il cui accertamento attiene al giudizio di merito e, quindi, al modo in cui la giurisdizione fu esercitata, come la titolarità dell'interesse processuale a ricorrere, la cui sussistenza, come condizione dell'azione, anche dal Consiglio di Stato, come da ogni altro giudice, deve necessariamente essere verificata nell'ambito dell'esercizio della propria giurisdizione [...]»⁵⁶³.

⁵⁶² Cass. civ. s.u. 15 marzo 1972, n. 745, in *Foro it.*, 1972, I, 2482 ss.

⁵⁶³ *Ibidem*. Cfr. altresì Cass. civ. s.u. 9 maggio 1983, n. 3145, in *Giust. civ.*, 1984, I, 506 ss., secondo cui il sindacato della Corte di Cassazione è circoscritto al controllo in ordine al se l'atto impugnato riguardi l'esplicazione di funzioni amministrative assolutamente discrezionali, in modo che debba escludersi, *a priori* e in astratto, l'esistenza di posizioni soggettive di interesse

L'afferenza della tematica all'oggetto precipuo della presente trattazione è stata puntualizzata dalla stessa giurisprudenza, che, nel richiamare, tra i vizi attinenti all'assenza della funzione giurisdizionale, l'eccesso di potere giudiziario per invasione dell'area riservata alla discrezionalità della pubblica amministrazione, ha fatto cenno proprio all'ipotesi in cui «si affermi la giurisdizione del giudice amministrativo in campi privi di tutela giurisdizionale: ad es., attinenti a semplici interessi di fatto»⁵⁶⁴.

Negli anni '90, tuttavia, si è assistito ad un cambio di rotta da parte della Cassazione, che ha qualificato come attinente ai limiti interni alla giurisdizione la questione in ordine alla improponibilità assoluta della domanda, che, per tale via, equivarrebbe «alla dichiarazione di infondatezza della stessa e quindi ad una pronuncia di merito»⁵⁶⁵.

Una siffatta linea interpretativa, confermata anche successivamente dalla giurisprudenza⁵⁶⁶, non ha ricevuto, tuttavia, consenso unanime nella prassi.

In alcune occasioni è stato, infatti, (ri)affermato il principio secondo cui «la questione, concernente la configurabilità o meno di un interesse suscettibile di tutela giurisdizionale dinanzi al Consiglio di Stato, coinvolge un problema di giurisdizione, in quanto attiene ai limiti esterni delle attribuzioni di detto giudice e, pertanto, è deducibile con ricorso alle Sezioni Unite della Corte di cassazione,

legittimo, laddove resta in tale sede preclusa ogni indagine in merito alla effettiva appartenenza al ricorrente di un interesse siffatto, ovvero, più in generale, di una sua legittimazione ad agire [principio in massima].

⁵⁶⁴ Cass. civ. s.u. 7 maggio 1981, n. 2957, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1965 ss.

⁵⁶⁵ Cass. civ. s.u. 4 gennaio 1993, n. 5. Cfr. altresì Cass. civ. s.u. 14 ottobre 1996, n. 8959; Cass. civ. s.u. 29 settembre 1997, n. 9550, secondo cui la deduzione della improponibilità assoluta della domanda per insussistenza, nell'ordinamento, di una norma astratta idonea al riconoscimento ed alla tutelabilità della posizione soggettiva fatta valere in giudizio introduce una questione attinente al merito e non alla competenza giurisdizionale del giudice adito.

⁵⁶⁶ Cfr. Cass. civ. s.u. 20 settembre 2007, n. 19391, secondo cui la problematica della tutelabilità della posizione soggettiva fatta valere riguarda non la giurisdizione ma il merito. In senso analogo, Cass. civ. s.u. 31 ottobre 2008, n. 26299.

a norma dell'art. 362 c.p.c. [...]»⁵⁶⁷. Anche tale orientamento ha trovato risponidenza in alcune successive prese di posizione della Suprema Corte⁵⁶⁸.

Il dibattito è risultato vivace anche in dottrina⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ Cass. civ. s.u. 6 maggio 1993, n. 5238. Dopo aver ritenuto il ricorso ammissibile, la Cassazione ne ha statuito, tuttavia, l'infondatezza, sulla base del seguente ragionamento: l'interesse legittimo consiste in una posizione del soggetto collegata con l'interesse pubblico, in vista del quale è dato all'amministrazione il potere di provvedere (il criterio di collegamento essendo costituito da speciali *status*, qualità, situazioni del soggetto, che assumono rilevanza nel settore operativo in cui si spiega il potere e, più specificamente, nel rapporto in cui questo si inserisce o cui dà luogo l'esercizio del potere, secondo le norme relative al potere stesso); la sussistenza della giurisdizione generale di legittimità è condizionata dalla comprensione, in via generale ed astratta, dell'atto impugnato nella categoria di quelli operanti nel campo delle posizioni soggettive protette da quella giurisdizione; ricorrendo tale condizione, l'effettiva appartenenza al ricorrente - esclusiva o in concorso attuale o virtuale con altri soggetti - dell'interesse legittimo, come dell'interesse processuale a ricorrere, non condiziona in sé la giurisdizione del giudice amministrativo, ma rappresenta soltanto, in termini generici, condizioni o presupposti per ottenere una qualsiasi pronuncia sul merito del ricorso, con la conseguenza che l'apprezzamento, positivo o negativo, da parte del Consiglio di Stato, circa la titolarità nel ricorrente dell'interesse sostanziale, della legittimazione ad agire o dell'interesse ad agire, anche se errato nei presupposti di fatto o nelle premesse di diritto, implicando semplici errori *in iudicando* o *in procedendo*, rimane estraneo al controllo dei limiti esterni della giurisdizione.

⁵⁶⁸ Cfr. Cass. civ. s.u. 8 luglio 2003, n. 10734: «[D]a lungo tempo queste Sezioni unite affermano che l'art. 111, terzo (ora ottavo) comma, Cost., nell'ammettere il ricorso in cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, rende ammissibile il ricorso per difetto assoluto di giurisdizione solo quando manchi nell'ordinamento una norma di diritto astrattamente idonea a tutelare l'interesse dedotto in giudizio, sì che non possa individuarsi alcun giudice titolare del potere di decidere. Non è, per contro, ammissibile il ricorso in cassazione che asserisca un'erronea interpretazione della norma di diritto, inidonea in concreto a tutelare l'interesse affermato dalla parte, poiché in tal caso la questione attiene al merito della controversia e non alla giurisdizione [...]». Cfr. altresì Cass. civ. s.u. 29 ottobre 1999, n. 754, secondo cui «[È] questione che riguarda il modo in cui tale giurisdizione è esercitata stabilire se chi domanda tutela davanti al giudice amministrativo versi nel caso concreto in una situazione di fatto corrispondente ad una situazione di interesse legittimo. Attiene invece alla giurisdizione stabilire se in relazione all'atto compiuto dalla pubblica amministrazione è configurabile, secondo l'ordinamento, una situazione di interesse protetto».

⁵⁶⁹ Per una puntuale ricostruzione delle varie opinioni emerse sul punto in letteratura cfr. I. ZINGALES, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, cit., 153 ss., spec. 177 ss.

Alla tesi della riconducibilità al piano della giurisdizione della questione in ordine alla (im)proponibilità della domanda⁵⁷⁰, si contrappone quella secondo cui la valutazione circa la sussistenza in capo al ricorrente di una situazione soggettiva tutelabile in termini di interesse legittimo involge una questione di merito, riguardando il contenuto dei poteri del giudice amministrativo «in ragione dei quali l'ordinamento ha previsto la sua istituzione», con la conseguenza che «il ritenere investita la Cassazione, in quanto regolatrice dei limiti della giurisdizione, della potestà di compiere quella verifica, equivale a renderla compartecipe del giudizio sul merito della controversia ed a ridurre il giudice amministrativo ad un giudice sotto la curatela o il beneplacito della Cassazione proprio in relazione a quelli che sono i poteri in vista dei quali risulta a livello costituzionale istituita la giurisdizione amministrativa»⁵⁷¹.

⁵⁷⁰Cfr. la riflessione di S. GATTAMELATA, *Interesse da tutelare: problema di giurisdizione o di merito?*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 1, 48 ss., secondo cui «[È] evidente che nell'ipotesi in cui la posizione legittimante è un interesse legittimo, l'indagine che il giudice della giurisdizione deve effettuare involge necessariamente e, direi, automaticamente, il potere che è preposto a tutelarlo. Questo [...] significa esercitare pienamente il controllo sulla giurisdizione. Una differente impostazione sarebbe limitativa per la Suprema Corte che non potrebbe esplicare il proprio potere (di regolamentare la giurisdizione), e sarebbe penalizzante per la figura stessa dell'interesse legittimo, che diverrebbe in tal modo difficilmente individuabile ed in progressiva dissoluzione» (57). L'Autore evidenzia, in tal senso, «la difficoltà di stabilire con la maggior esattezza possibile il punto in cui termina l'indagine in astratto (la sola consentita in sede di controllo sulla giurisdizione) ed inizi quella in concreto, con un sostanziale avvicinamento (ma non con una unificazione) tra la questione di giurisdizione e quella di merito» (58). Non si entrerebbe, infatti, nella sfera del merito della questione, nella prospettiva dell'Autore, «neppure se la Corte, nel ricercare a chi spetti la giurisdizione, consideri non tutelabile la posizione dedotta in giudizio», e ciò in quanto, «seppur si dovesse riscontrare l'insussistenza di alcun interesse legittimo (e cioè l'inesistenza di alcuna posizione che legittima l'azione)[,] il giudizio sulla giurisdizione avrebbe svolto perfettamente il suo compito, stabilendo che non poteva essere adito alcun giudice; il merito della controversia non sarebbe in tal modo intaccato né valutato, accertandosi solamente l'improponibilità della domanda in quanto esorbitante i limiti esterni delle attribuzioni del giudice adito» (58).

⁵⁷¹V. CAIANIELLO, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, cit., 23-24. L'Autore evidenzia che, a differenza del diritto soggettivo perfetto, che ha una precisa connotazione nella norma che lo contempla, la situazione giuridica soggettiva dedotta

Quanto fin qui considerato⁵⁷² non fa che confermare la rilevanza del dibattito sull'eccesso di potere del giudice amministrativo e sul relativo

dal ricorrente nel processo amministrativo si realizza solo attraverso l'intermediazione della potestà amministrativa. Ciò in quanto, se la tutela dei diritti soggettivi si esaurisce nel rapporto tra interesse del soggetto e norma che lo protegge (e che ne delimita e definisce il contenuto in maniera compiuta), la tutela degli interessi legittimi non si esaurisce nell'ambito di un parametro normativo definito, assumendo invece come riferimento la norma mediante l'apprezzamento operato dall'amministrazione sugli interessi pubblici e privati considerati: «[N]ella giurisdizione amministrativa di legittimità ed in quella di merito il sindacato del giudice sull'atto impugnato incide sull'esercizio del potere pubblico esercitato per cui l'interesse del soggetto si realizza e quindi la situazione soggettiva giuridicamente protetta risulta definita e conformato proprio per effetto del giudizio di verifica compiuto dal giudice amministrativo sul potere amministrativo esercitato». Cfr. sul tema, dello stesso Autore, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 307 ss. Cfr. altresì in tal senso i contributi dottrinali richiamati da I. ZINGALES, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, cit., 179, nota n. 85, e lo stesso Autore, il quale, dopo aver dato atto della linea interpretativa "classica", secondo cui la questione in ordine alla tutelabilità dell'interesse fatto valere dalla controparte privata attiene alla giurisdizione (177), sottolinea che «[Q]uanto evidenziato dagli autori che contestano la linea interpretativa "classica" induce lo scrivente a ritenere che la verifica in ordine all'esistenza o meno, nella fattispecie dedotta in giudizio, di una posizione giuridica tutelabile nei confronti della pubblica amministrazione costituisca intrinsecamente questione di merito» (181-182). L'Autore, inoltre, partendo dalla constatazione secondo cui sin dal 1987 la Cassazione ha escluso, in relazione a controversie sorte tra privati, che la questione relativa alla improponibilità della domanda attenesse alla giurisdizione, evidenzia come «l'intrinseca natura (a prescindere, dunque, dal disposto di cui all'art. 37 c.p.c.) della questione *de qua* non possa mutare sol perché una delle parti in causa sia una pubblica amministrazione o sol perché la controversia riguardi la sfera dei poteri dell'autorità amministrativa. Tali circostanze possono, infatti, determinare, nel vigente sistema, l'applicabilità di particolari istituti o di specifiche norme, ma non possono causare, a ben riflettere, l'ontologica mutazione di una questione che, di per sé, resta, sostanzialmente, sempre la stessa [...], a prescindere dalla qualità dei contendenti» (184). L'Autore conclude sottolineando che «[P]ertanto, se è "di merito" l'indagine che compie, in controversie tra privati, il giudice nel ricercare una norma che tuteli la situazione dedotta in giudizio, non si comprende per quale arcana ragione la stessa indagine dovrebbe cambiare intrinseca natura nel caso in cui a contestare la giustiziabilità della pretesa azionata sia una autorità amministrativa» (185).

⁵⁷² Una particolare declinazione della tematica appena analizzata è quella afferente alla qualificazione, ancora una volta, in termini di questione di giurisdizione o di merito, della valutazione in ordine alla politicità o meno di un atto. Cfr. I. ZINGALES, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, cit., 191, che, proprio partendo dalla considerazione secondo cui una siffatta valutazione si ricollega strettamente a quella

sindacato della Corte regolatrice della giurisdizione nel più ampio e generale contesto ordinamentale del diritto amministrativo, sostanziale e processuale, valorizzando altresì la centralità dell'elaborazione in materia con riguardo allo sviluppo di questioni nevralgiche e sempre attuali, come quella, da ultimo accennata, concernente la riflessione scientifica in ordine alla natura e alla portata dell'interesse legittimo, nonché alla individuazione della linea di demarcazione tra quest'ultimo e l'interesse semplice o di mero fatto.

Ad ogni buon conto, al di là del modo in cui l'interprete si appresti ad indagare l'eccesso di potere giudiziario nella prospettiva del suo sindacato, nell'ambito della relativa analisi un dato assume valenza pressoché assiomatica. Ed è alquanto emblematico che quest'ultimo si atagli perfettamente alla logica ermeneutica che ha fatto (e, per tale via, evidentemente continua a fare) da sfondo al presente lavoro: l'affinità categoriale tra l'eccesso di potere come vizio dell'atto e l'eccesso di potere come vizio della decisione giudiziale.

Tale 'comunanza' è stata sinora esaminata nella sua veste dogmatica (e, dunque, per così dire, 'fisiologica'): l'indagine che segue mira piuttosto ad illuminare il nesso di intersezione tra le due categorie nella cornice del processo (nel suo momento, dunque, patologico, o, meglio - considerando la natura di vizio dell'eccesso di potere - 'doppiamente' patologico)⁵⁷³.

In tale prospettiva, si è osservato che l'eccesso di potere amministrativo «da un lato è strumento per la verifica della legittimità dell'atto (dell'attività) discrezionale, dall'altro è suscettibile di divenire mezzo di abuso, nel quale legittimità e merito si mescolano»⁵⁷⁴.

concernente la tutelabilità della pretesa dedotta in giudizio, evidenzia come possano di conseguenza applicarsi sul punto le medesime conclusioni: (anche) tale questione riguarderebbe, dunque, il merito della domanda.

⁵⁷³ Molte decisioni del giudice dei conflitti sono state (comunque) già analizzate in precedenza, nell'ambito dell'indagine sull'evoluzione della categoria dell'eccesso di potere giudiziario. Cfr. cap. 1, par. 2 e relativi sottoparagrafi (spec. par. 2.3, ult. parte).

⁵⁷⁴ Così C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., 42.

Ed è alquanto evidente come proprio in quest'ultima direzione operi l'eccesso di potere *giudiziario*, che, per tale via, assicurerebbe, a parere di chi scrive, l'attuazione della finalità perseguita mediante il sindacato sull'eccesso di potere *amministrativo*: quella di «rendere controllabile l'esercizio della discrezionalità, senza però consentire al giudice (almeno in astratto) di entrare nel nucleo della scelta riservata»⁵⁷⁵.

D'altro canto, il sindacato della Cassazione è a sua volta suscettibile di trasmodare in 'abuso', integrandosi per tale via una situazione (per così dire) analoga a quella sopra paventata con riguardo al sindacato sul vizio dell'atto: la Suprema Corte che cassi la decisione del giudice amministrativo per eccesso di potere giurisdizionale in ipotesi in cui l'azione di quest'ultimo si era, invece, mantenuta nella cornice del sindacato di legittimità invade la sfera d'azione 'insindacabile' del Consiglio di Stato.

Una tale evenienza è prospettabile - se non sempre, quanto meno nella maggior parte dei casi - qualora il sindacato del giudice regolatore della giurisdizione venga condotto mediante strumenti e tecniche che costituiscono appannaggio esclusivo del giudizio sull'eccesso di potere amministrativo: 'rifacendo' sotto tale lente il giudizio in precedenza compiuto dal Consiglio di Stato, la Cassazione finisce per permeare l'essenza delle valutazioni non solo (e non tanto) del giudice amministrativo ma della stessa amministrazione, tuttavia di fatto pervenendo a sostituire il suo apprezzamento non (ovviamente) a quello di quest'ultima ma a quello proprio del primo.

In altri termini, si configurerebbe in questo modo un terzo grado di giudizio avente ad oggetto l'esame della legittimità del provvedimento amministrativo.

⁵⁷⁵ Sottolinea che a ciò 'aspira' lo strumento dell'eccesso di potere (amministrativo) ancora C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., 7.

Per ovviare ad un tale rischio di ‘confusione’⁵⁷⁶ occorre prendere atto della eterogeneità delle *finalità* che connotano i giudizi, rispettivamente, del giudice amministrativo e del giudice dei conflitti⁵⁷⁷.

In una siffatta prospettiva, l’analisi della prassi applicativa in punto di eccesso di potere del giudice amministrativo, il quale, nell’ambito della sua generale giurisdizione di legittimità, abbia invaso - ovviamente ad avviso della Cassazione - il merito delle scelte amministrative, intende indagare la portata dell’assunto, di valenza assiomatica in materia, a cui si è poc’anzi fatto cenno: la differenza qualitativa e quantitativa degli strumenti del giudizio della Suprema Corte in sede di ricorso *ex art. 111*, comma 8, Cost.⁵⁷⁸.

L’analisi di un ambito tematico - quello inerente alla struttura del sindacato sull’eccesso di potere *amministrativo* - ricco di implicazioni anche di stampo logico, epistemologico, gnoseologico, che si collega all’indagine sulla natura di categorie, istituti, principi e fenomeni complessi, la cui elaborazione è alla base della individuazione e dello sviluppo dei *parametri di legittimità* intorno ai quali costruire il relativo controllo giudiziale⁵⁷⁹, esula, ovviamente, dal tracciato del presente lavoro. Ciò che si intende, piuttosto, evidenziare è che la Cassazione non potrebbe, sotto la veste di un sindacato sull’atto giurisdizionale, giudicare il *come* l’amministrazione abbia effettuato la ponderazione degli interessi, seppur sotto il filtro del giudizio del giudice amministrativo. L’accertamento per ‘sintomi’, il ricorso alla clausola di ragionevolezza, ovvero al parametro della logicità-congruità, al principio di proporzionalità, e così via

⁵⁷⁶ Cfr. *supra* in trattazione, spec. cap. 1, par. 3, in corrispondenza e con riguardo al contenuto stesso delle note nn. 211, 212 e 213.

⁵⁷⁷ Cfr. *supra*, cap. 2, par. 3.

⁵⁷⁸ Cfr. (di nuovo) *supra*, cap. 2, par. 3.

⁵⁷⁹ Per un’analisi approfondita del tema del sindacato di legittimità sugli atti amministrativi si rimanda ai contributi di F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, *passim*, e di N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit., *passim*.

non sono strumenti utilizzabili dal giudice dei conflitti, o, comunque, non nel modo in cui a tali tecniche si ricorre per sindacare il vizio dell'atto amministrativo.

L'indagine sul 'farsi' dell'azione amministrativa, sul processo decisionale dell'amministrazione, sulla funzione - pur necessaria nell'ottica della costruzione della 'base del giudizio' della Corte - non mira a valutare, neanche indirettamente, la legittimità del provvedimento, e, per tale via, l'errore del giudice amministrativo che la abbia esclusa, ma è propedeutica all'accertamento di un (eventuale) *deficit* del processo decisionale dello stesso (e del solo) giudice, i cui contorni risultano, almeno da un punto di vista teorico, ben definiti. Dimostrazione ne è che, in una prospettiva invertita, un eccesso di potere giudiziario è *astrattamente* configurabile, dal punto di vista del ricorrente in primo grado, altresì quando il giudice amministrativo abbia riconosciuto la legittimità dell'atto amministrativo (sfavorevole) per averne condiviso piuttosto l'opportunità o la convenienza, in questo modo impingendo nel merito.

Il controllo della Cassazione, in tal senso, è di tipo semplificato, sostanziandosi nell'opera di demarcazione del confine tra ciò che è merito della scelta e ciò che non lo è. Ovviamente qui la criticità attiene alla difficoltà - a volte estrema - di procedere, caso per caso, ad una demarcazione siffatta.

Con precipuo riguardo alle valutazioni tecniche dell'amministrazione, di carattere *opinabile*, la questione si pone in termini oltremodo peculiari, risentendo della struttura del giudizio del giudice amministrativo, a sua volta collegata alla natura della discrezionalità (propriamente) tecnica: come lucidamente evidenziato dalla Cassazione, (qui) «il sindacato del giudice [amministrativo, ndr], essendo pur sempre un sindacato di legittimità e non di merito, è destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce d'individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo»,

e ciò con «l'ovvio corollario che compete comunque al giudice di vagliare la correttezza dei criteri giuridici, la logicità e la coerenza del ragionamento e l'adeguatezza della motivazione con cui l'amministrazione ha supportato le proprie valutazioni tecniche, non potendosi altrimenti neppure compiutamente verificare quali siano in concreto i limiti di opinabilità dell'apprezzamento da essa compiuto»⁵⁸⁰.

È evidente, in tal senso, come, una volta chiarita la natura *non* sostitutiva e la struttura (con riguardo, tra l'altro, al potere-dovere del giudice di sindacare pienamente i presupposti di fatto alla base dell'apprezzamento tecnico) del sindacato giudiziale sul potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione, risulterà di più immediata percezione, per la Cassazione, l'individuazione della linea di confine tra il mero *error in iudicando* e l'eccesso di potere del giudice amministrativo, il quale, nella specie, abbia finito per sostituire il suo giudizio (parimenti opinabile) a quello dell'amministrazione.

In questo caso, infatti, il controllo della Suprema Corte potrà apparire ulteriormente semplificato (sempre da un punto di vista perlomeno teorico), in quanto a venire in rilievo sarebbe il giudizio in ordine alla sovrapposizione dell'apprezzamento del giudice rispetto a quello compiuto dall'amministrazione. Una tale 'semplicità' (*rectius*, semplificazione) di giudizio è, in quest'ottica, riflesso logico della stessa conformazione (di tipo, per così dire, schematico) del sindacato del giudice amministrativo sulla valutazione tecnica. Si pensi all'ambito delle sanzioni antitrust (ma la giurisprudenza sul punto è alquanto ondivaga, come si avrà modo di evidenziare *infra*), dove pure è stato osservato che «[I]l giudice può sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto della indagine ed il processo valutativo mediante il quale l'Autorità applica alla fattispecie concreta la regola individuata, anche utilizzando le scienze specialistiche appartenenti all'Autorità», ma «[U]na volta ritenute applicate

⁵⁸⁰ Cass. civ. s.u. n. 1013/2014, cit.

correttamente tali regole», un tale sindacato dovrà «necessariamente arrestarsi, non potendo consistere in una reiterazione del procedimento Antitrust»⁵⁸¹.

Risulterebbe, invece, alquanto arduo riconoscere autonomia funzionale alla categoria dell'eccesso di potere giudiziario qualora si ammettesse un sindacato di tipo sostitutivo da parte del giudice amministrativo con riguardo al potere tecnico dell'amministrazione.

A ben vedere, dunque, il fulcro della questione in punto di eccesso di potere del giudice amministrativo sugli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione è proprio quello concernente l'ammissibilità di un sindacato di tipo sostitutivo, ragione per cui intorno a tale profilo ruoterà la relativa analisi.

Ritornando, in conclusione, al campo della discrezionalità in generale, si deve constatare come risulti evidente che il pericolo di un 'eccesso di potere' da parte della stessa Cassazione sia paventabile soltanto quando la pronuncia della Corte, emessa nell'ambito di un giudizio per motivi inerenti alla giurisdizione, sia di 'accoglimento' del ricorso.

La rilevanza 'sistemica' della categoria dell'eccesso di potere giudiziario rinviene, tuttavia, il suo fondamento anche - e forse soprattutto - nelle ipotesi (di gran lunga più frequenti) in cui la Corte abbia ritenuto infondate le doglianze del ricorrente, ovvero dichiarato il ricorso inammissibile.

Tale constatazione si lega profondamente, ancora una volta, alla specifica (diversa) *finalità* dei due giudizi, l'uno di fronte al giudice amministrativo, l'altro dinanzi al giudice dei conflitti.

Il sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere amministrativo mira a garantire (*rectius*, assicurare) che l'azione dell'amministrazione si sia mossa (e si muova) all'interno della legalità - in questo modo risultando il suo operato legittimo - sulla scorta di parametri (basati su regole, valori, principi) dallo stesso

⁵⁸¹ Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2479.

giudice amministrativo elaborati, sviluppati, implementati, in ossequio ai principi invalsi in letteratura e in giurisprudenza, avuto riguardo all'assetto ordinamentale, culturale, sociale e politico di volta in volta vigente⁵⁸².

In veste di giudice regolatore della giurisdizione, la Corte di Cassazione (in un certo senso) sovrintende al processo di individuazione, da parte del giudice amministrativo, del parametro di legittimità dell'azione amministrativa, non con riguardo alla sua interpretazione o applicazione, bensì soltanto sotto il

⁵⁸² Secondo S. CASSESE, *Grandezza e insuccessi del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 8, 777 ss., «il giudice amministrativo ha posto, specialmente nel secondo dopoguerra, le norme della costituzione materiale sulla democrazia amministrativa». In tale prospettiva, l'esimio Giurista evidenzia come il giudice amministrativo sia stato «un giudice di legittimità, in Italia, nel senso che ha posto le norme sulla pubblica amministrazione e poi le ha fatte rispettare, specialmente tramite quell'istituto fondamentale che è l'eccesso di potere: con le figure sintomatiche ha costruito la cattedrale in cui consiste il diritto amministrativo», osservando che «[N]ella maggior parte dei casi [...] il giudice amministrativo trae dalla Costituzione o dall'ordinamento principii, che poi applica al problema propostogli; mette ordine nelle norme, stabilendo quale debba applicarsi o prevalere; elabora *standards* destinati alla soluzione non solo del problema concreto, ma anche di fattispecie similari, ecc. In una parola, il giudice amministrativo elabora la norma da applicare al caso concreto», e, in definitiva, che «il giudice amministrativo è l'autore del diritto amministrativo». Cfr. sul punto altresì N. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere "amministrativo" secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit., 468-469, in nota, secondo cui: «[...] Non c'è bisogno di attribuire al Supremo Consesso la qualifica di giudice di equità [...] per riconoscere la grandiosa opera costruttiva dei principi del nostro diritto amministrativo, compiuta in grandissima parte dal Consiglio di Stato. Basterà pensare che, specialmente nel campo del diritto *non scritto* e *in formazione*, quale è stato fino a tempi non lontani il diritto amministrativo, l'opera precipua del giudice è quella di *trarre dall'ordinamento giuridico le norme che vi sono immanenti*. Ma - ed ecco la differenza essenziale con il giudice di equità - trattasi appunto di norme preesistenti, alla cui osservanza il giudice è vincolato in tutti i casi»; in aggiunta, Pappalardo evidenzia come un'altra fonte del potere creativo della giurisprudenza del Consiglio di Stato sia data «dal carattere peculiare del sindacato di legittimità sull'eccesso di potere [...]»: «[...] è evidente come in questo campo le massime adottate dal magistrato amministrativo costituiscano la spinta più forte alla formazione del diritto, sia sotto forma scritta che consuetudinaria [...]», osservando, tuttavia, che «[P]er quanto ampia sia la sfera di apprezzamento lasciata al giudice, il potere di lui non può e non deve varcare i limiti di un accertamento condotto rigorosamente sulla base di norme preesistenti e generali, alle quali il giudice è vincolato per tutti i casi». Cfr. sul punto altresì *infra*, nota n. 801.

profilo della *compatibilità* di tale parametro all'ordinamento giuridico nel suo complesso⁵⁸³.

In tale prospettiva, le statuizioni che precedono il dispositivo di rigetto del ricorso per eccesso di potere giudiziario sovente fungono, allo stesso tempo, da criteri che illuminano la motivazione in ordine all'esito positivo del giudizio sulla predetta compatibilità (e ciò sempre che i motivi denunciati dal ricorrente risultino 'inerenti alla giurisdizione', in caso contrario risolvendosi il giudizio nel mero riscontro della inammissibilità del ricorso⁵⁸⁴).

1.1 (Segue) *Lo sconfinamento nel merito amministrativo. Esegesi del vizio.*

Emblematica nella prospettiva da ultima evidenziata è una pronuncia del 2012 con cui la Cassazione ha rigettato il ricorso avverso una sentenza del Consiglio di Stato che aveva annullato una delibera del Consiglio superiore della magistratura avente ad oggetto il conferimento di un incarico direttivo, dal

⁵⁸³ Come già osservato (cfr. *supra*, in corrispondenza della nota n. 469), il rilievo secondo cui «l'eccesso di potere giurisdizionale opera come criterio selettore di nuove declinazioni dell'ideale di buona amministrazione isolate dalla giurisprudenza amministrativa, verificandone la compatibilità con l'ordinamento e precisandone il fondamento giuridico» è di A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, cit., 666. Cfr. le osservazioni dell'Autore sul punto riportate (anche *infra*) in corrispondenza e, ove richiesto, con riguardo al contenuto stesso delle note nn. 465, 469 (surriferita), 470, 808 e 809.

⁵⁸⁴ Cfr., a titolo esemplificativo, Cass. s.u. 12 novembre 2012, n. 19598, che, dopo aver riportato i motivi di ricorso enunciati dal ricorrente, ha evidenziato come questi non apparissero 'inerenti alla giurisdizione', «denunciando tutti errori "in iudicando" o "in procedendo", o asseriti travisamenti di fatto, e lamentando in sostanza un cattivo esercizio da parte del Consiglio di Stato della propria giurisdizione, nell'esplicazione interna del potere giurisdizionale conferito dalla legge al giudice amministrativo, senza in alcun modo investire i limiti esterni delle attribuzioni dello stesso giudice (anche tenendosi conto dell'evoluzione del concetto stesso di giurisdizione)».

giudice amministrativo ritenuta viziata per eccesso di potere, in considerazione dell'emersione della figura sintomatica del difetto di motivazione⁵⁸⁵.

Nell'adire la Suprema Corte di Cassazione per motivi di giurisdizione, il CSM si è soffermato sulle prerogative costituzionali allo stesso attribuite in materia di conferimento degli incarichi giurisdizionali, sostenendo che il Consiglio di Stato, nell'operare direttamente il giudizio comparativo con riguardo al *curriculum* professionale dei candidati in competizione, aveva invaso la sfera di valutazione riservata all'organo di autogoverno della magistratura, andando ben al di là dell'accertamento di un vizio di motivazione della delibera consiliare⁵⁸⁶.

La bontà giuridica della prospettazione del ricorrente non è stata, tuttavia, accolta dalla Corte.

Dopo aver richiamato il costante orientamento in punto di eccesso di potere del giudice amministrativo (di cui si è dato in questa sede abbondantemente atto), la Cassazione ha, infatti, evidenziato come fosse «indubbio ed evidente che, per esercitare la propria giurisdizione di legittimità, e quindi valutare gli eventuali sintomi dell'eccesso di potere dai quali un atto amministrativo impugnato potrebbe essere affetto, il giudice amministrativo non [potesse] esimersi dal prendere in considerazione la congruità e la logicità del modo in cui la medesima amministrazione [aveva] motivato l'adozione di quell'atto»⁵⁸⁷.

Una tale constatazione si impone, ad avviso della Corte, altresì quando a venire in rilievo siano atti a contenuto fortemente valutativo, rispetto ai quali «certamente» si configura «un ampio grado di discrezionalità anche tecnica»: non si potrebbe, in questo caso, negare che in capo al giudice vi sia il potere-

⁵⁸⁵ Cass. civ. s.u. 8 marzo 2012, n. 3622.

⁵⁸⁶ *Ibidem*.

⁵⁸⁷ *Ibidem*.

dovere di vagliare, di tali atti, la relativa motivazione ovviamente ai fini e nei limiti anzidetti⁵⁸⁸.

Nel permeare l'essenza della questione in ordine alla individuazione dell'*ubi consistam* dell'eccesso di potere giudiziario *sub specie* di sconfinamento nel merito amministrativo, le Sezioni unite hanno a questo punto osservato che «se pure è vero che, in siffatte situazioni, esiste il rischio che detto giudice travalichi quei limiti e sostituisca indebitamente la propria valutazione a quella dell'amministrazione, per riscontrare un tale eccesso non basta certo soltanto il fatto che il giudice si sia soffermato a soppesare gli argomenti sui quali la motivazione dell'atto impugnato si articolava»: in difetto di ciò, al giudice sarebbe impossibile pronunciarsi sulla congruità e sulla logicità di quella motivazione, «che si perverrebbe così all'inammissibile risultato di rendere di fatto insindacabile»⁵⁸⁹.

Nell'occasione, tuttavia, la Cassazione non si è limitata a mere enunciazioni di principio, ma ha mostrato di voler lambire il nocciolo duro di una questione che costituisce uno dei temi più annosi dell'intera scienza amministrativa: la distinzione tra sindacato giurisdizionale di legittimità e sindacato giurisdizionale di merito⁵⁹⁰. Nell'ambito di una tale contrapposizione viene, invero, in rilievo l'indagine in ordine al «se e come [il giudice, ndr] può “accedere al fatto”, se e fino a che punto può esaminare le questioni tecniche, se e fino a che punto può occuparsi della scelta della misura e della concretizzazione dell'interesse pubblico e così via»⁵⁹¹.

E proprio in una siffatta direzione si è mosso, nella fattispecie sottoposta alla sua attenzione, il tentativo della Suprema Corte di «cogliere la linea di

⁵⁸⁸ *Ibidem*.

⁵⁸⁹ *Ibidem*.

⁵⁹⁰ Di ciò si è già parlato innanzi in trattazione con riguardo ai profili più prettamente dogmatici. Cfr. *supra*, cap. 2, paragrafi 2.1 e 2.2.

⁵⁹¹ F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit., 124.

discrimine - talora sottile, ma mai inesistente - tra l'operazione intellettuale consistente nel vagliare l'intrinseca tenuta logica della motivazione dell'atto amministrativo impugnato e quella che si sostanzia invece nello scegliere tra diverse possibili opzioni valutative, più o meno opinabili, inerenti al merito dell'attività amministrativa di cui si discute»⁵⁹².

In questa prospettiva, la Cassazione ha enunciato uno dei tratti essenziali della predetta distinzione, perentoriamente affermando che «[A]ltro è l'illogicità di una valutazione, altro è la non condivisione di essa. Un conto è stabilire quali criteri di valutazione l'amministrazione intende privilegiare nel compiere una certa scelta, a quali elementi essa intende dare maggior peso ed a quali un peso minore o come ritiene di dover contemperare i primi con i secondi, altro conto è motivare la concreta applicazione di quei medesimi criteri nel caso concreto»⁵⁹³.

È fuor di dubbio che congruità e illogicità della motivazione costituiscono alcune delle figure sintomatiche di eccesso di potere che hanno più avuto riscontro nella prassi applicativa: per tale via, non si discute in ordine alla compatibilità di tale parametro di legittimità al sistema ordinamentale.

In tal senso, occorre ulteriormente considerare che l'evoluzione del modo di concepire la motivazione del provvedimento nell'ottica della c.d. *dequotazione* ha influito in maniera profonda sulla conformazione del sindacato giudiziale sulla legittimità del provvedimento. Come autorevolmente sostenuto, infatti, conseguenza della nuova linea di pensiero è che «[...] si sposta l'accento dell'indagine giudiziale: al giudice non interessa più sapere che cosa l'amministrazione ha esternato, in particolare quali motivi ha esternato e come; interessa sapere che cosa, con il provvedimento adottato, ha voluto e ha compiuto, e, per saperlo, ripercorre l'intero procedimento in quanto

⁵⁹² Cass. civ. s.u. n. 3622/2012, cit.

⁵⁹³ *Ibidem*.

dimostrativo della genesi del provvedimento. La motivazione [...] [R]imane il principale elemento interpretativo del provvedimento, però si ammettono largamente altri elementi di integrazione dell'atto, anche non espressamente richiamati in motivazione; soprattutto però gli enunciati della motivazione perdono il significato formale e vincolante che era loro attribuito in precedenza, perché ciò che balza in rilievo non è la motivazione (in senso largo), ma sono il motivo o il presupposto nella loro realtà effettiva»⁵⁹⁴.

Ciò considerato, è opportuno osservare come a rilevare, nel caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte, sia stata piuttosto l'indagine circa il *se*, in concreto, il Consiglio di Stato si fosse mantenuto nel solco del sindacato di legittimità sulla motivazione: quest'ultimo, più che meramente 'ammissibile', deve, infatti, considerarsi 'doveroso', avendo riguardo ai principi e ai valori che presiedono al corretto svolgimento dei rapporti di diritto amministrativo.

La Cassazione ha, in questo senso, rimarcato l'assunto secondo cui «[L]'insindacabilità della valutazione discrezionale dell'amministrazione ad opera del giudice non esclude che sia invece sindacabile una motivazione che non consenta di comprendere i criteri ai quali quella valutazione si è ispirata o che, peggio ancora, manifesti l'illogicità o la contraddittorietà della loro applicazione nella fattispecie concreta»⁵⁹⁵. Successivamente, la Corte ha esplicitato le ragioni del non accoglimento delle doglianze del ricorrente.

Il giudice regolatore della giurisdizione ha, infatti, evidenziato come «per vedere accolta la propria doglianza, l'amministrazione ricorrente non avrebbe potuto limitarsi - come invece ha fatto - a denunciare che la pronuncia del Consiglio di Stato "sembra lambire l'esercizio di un potere valutativo di merito", ma avrebbe dovuto evidenziare se ed in qual punto il riesame della motivazione

⁵⁹⁴ M.S. GIANNINI, v. *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977.

⁵⁹⁵ Cass. civ. s.u. n. 3622/2012, cit.

della delibera consiliare, da parte di quel giudice, sia andato oltre i limiti di un sindacato di logicità e non contraddittorietà», limiti che «non possono dirsi trascesi sol perché l'impugnata sentenza discorre dei requisiti dei due candidati che concorrevano al conferimento del medesimo incarico»⁵⁹⁶.

L'impianto motivazionale della pronuncia in esame merita, a parere di scrive, di essere condiviso. Le Sezioni unite hanno, infatti, lucidamente osservato che i rilievi compiuti dal Consiglio di Stato apparivano «espressamente finalizzati ad evidenziare l'incongruità logica di una motivazione la quale, premessa l'eccellenza delle qualità professionali di entrambi i candidati, [aveva] poi fatto leva sulla versatilità e sulle conoscenze ordinamentali di uno di essi senza dar conto delle ragioni per le quali [aveva] considerato che tali elementi dovessero prevalere sulla varietà di esperienze professionali [...] dell'altro»: in tale prospettiva, la Corte ha evidenziato come non fosse l'uso «come parametro di valutazione dei suaccennati criteri della versatilità e dell'esperienza in materia ordinamentale ad essere stato censurato dal giudice amministrativo, bensì l'insufficienza e la contraddittorietà della motivazione adottata nella delibera del CSM per giustificare come essi [erano] stati applicati dal medesimo CSM soppesando e comparando la storia professionale dei due candidati in concorso»⁵⁹⁷.

Allo stesso tempo, tuttavia, non sembrerebbe condivisibile la successiva considerazione della Suprema Corte, nella parte in cui ha rinvenuto una conferma del fatto che il giudizio del giudice amministrativo non avesse invaso la sfera riservata alle determinazioni discrezionali di competenza dell'amministrazione dal rilievo, contenuto nella sentenza impugnata, «ovvio ma pur espresso», secondo cui l'annullamento della delibera consiliare non avrebbe in alcun modo pregiudicato «le ulteriori determinazioni che l'Amministrazione

⁵⁹⁶ *Ibidem.*

⁵⁹⁷ *Ibidem.*

assumerà”: nel ragionamento della Cassazione, il significato di una tale circostanza era in ciò, che il Consiglio di Stato non aveva inteso, né avrebbe potuto, operare esso stesso una qualche valutazione comparativa tra i candidati, ma soltanto far venire meno l’atto amministrativo, inficiato da eccesso di potere, a cui quella valutazione aveva dato luogo, in questo modo lasciando aperto ogni spazio all’organo di autogoverno della magistratura nella determinazione del contenuto di una nuova eventuale successiva deliberazione, motivata adeguatamente e non affetta da un vizio analogo⁵⁹⁸.

Il limite di tale ricostruzione è, infatti, quello di fermarsi all’aspetto formale del *decisum* del giudice amministrativo, senza entrare nel nucleo delle relative statuizioni per valutarne la coincidenza, nel caso di specie, con la realtà effettuale, una tale coincidenza dovendo verificarsi in concreto e non per mezzo di formule astratte, pur se espressamente enunciate⁵⁹⁹.

In disparte tale ultima considerazione, non pare che possano residuare dubbi sulla genuinità giuridica delle conclusioni della Corte.

Nell’evidenziare la necessità di individuare il *discrimen* tra il giudizio intellettuale avente ad oggetto il vaglio dell’intrinseca tenuta logica della motivazione dell’atto e quello che si risolve nella scelta tra diverse possibili opzioni valutative (più o meno opinabili), la Cassazione ha, infatti, osservato come il sindacato del giudice amministrativo si fosse mantenuto nei binari del predetto giudizio intellettuale: il Consiglio di Stato si era, nella specie, astenuto dal censurare i criteri di valutazione adottati dall’amministrazione e la scelta degli elementi a cui la stessa amministrazione aveva inteso dare peso, limitandosi ad annullare la delibera consiliare in ragione del vizio di eccesso di

⁵⁹⁸ *Ibidem*.

⁵⁹⁹ Non è un caso che proprio la decisione del giudice amministrativo, (questa volta) cassata dalla Suprema Corte per eccesso di potere giurisdizionale con la decisione che ci si accinge ad analizzare, contenga il medesimo riferimento alla salvezza degli ulteriori provvedimenti da parte dell’amministrazione.

potere «desunto dall'insufficienza o dalla contraddittorietà logica della motivazione in base alla quale il Consiglio Superiore [aveva] dato conto del modo in cui, nel caso concreto, gli stessi criteri da esso enunciati [erano] stati applicati per soppesare la posizione di contrapposti candidati»⁶⁰⁰.

A conclusioni opposte, ma sulla base di analoghe enunciazioni in punto di diritto, è pervenuta la Suprema Corte in una decisione del 2015, il cui impianto argomentativo, pur presentando profondi profili di contatto con quanto si dirà nel prosieguo della trattazione in punto di eccesso di potere del giudice dell'ottemperanza (in ciò la decisione ha dato continuità alle statuizioni di diritto contenute nella sentenza n. 23302 del 2011, che si procederà *infra* ad analizzare compiutamente), merita di essere trattato in questa sede essendovi ivi contenuta una lucida disamina del tema dello sconfinamento del giudice amministrativo nella sfera delle scelte insindacabili dell'amministrazione (nella specie, proprio del Consiglio superiore della magistratura)⁶⁰¹.

È necessario preliminarmente procedere ad una sintetica esposizione dei fatti di causa⁶⁰².

Il CSM aveva approvato il conferimento ad un magistrato di un incarico direttivo con delibera che veniva impugnata da un altro aspirante mediante ricorso al T.A.R. in cui si evidenziava, in particolare, come il magistrato designato fosse stato per molti anni fuori della magistratura, avendo prestato servizio presso l'Avvocatura dello Stato. Il T.A.R. respingeva le doglianze dell'aspirante rimasto insoddisfatto, che venivano però accolte in appello dal Consiglio di Stato, con conseguente annullamento dell'atto di nomina per

⁶⁰⁰ Cass. civ. s.u. n. 3622/2012, cit.

⁶⁰¹ Si tratta di Cass. civ. s.u. 5 ottobre 2015, n. 19787. In punto di sindacabilità degli atti del CSM da parte del giudice amministrativo, cfr. altresì F. PATRONI GRIFFI, *Notazioni in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti del consiglio superiore della magistratura*, in *Giust. civ.*, 2015, 4, 723 ss., che si sofferma altresì sulla pronuncia in commento (737 ss.).

⁶⁰² La trattazione che segue riprende l'enunciazione dei fatti di causa contenuta in Cass. civ. s.u. n. 19787/2015, cit.

difetto di motivazione. Il giudice amministrativo di secondo grado osservava, in tal senso, come la valutazione comparativa dei due candidati fosse risultata carente per aver tralasciato di considerare che l'esperienza giurisdizionale complessiva del magistrato nominato era di vari anni inferiore a quella dell'appellante. Nell'annullare la delibera consiliare, il Consiglio di Stato faceva salvi i provvedimenti ulteriori dello stesso CSM, chiamato ad una rinnovazione della valutazione comparativa alla luce del contenuto conformativo della sentenza.

Dopo un nuovo esame, l'organo di autogoverno conferiva ancora l'incarico al magistrato originariamente designato, in particolare evidenziando come l'attività di avvocato dello Stato, se non del tutto assimilabile a quella giurisdizionale, fosse equiparabile a quella svolta in una 'magistratura speciale', tanto da essere riconosciuta ai fini della riammissione nell'ordine giudiziario; inoltre, e tra l'altro, il predetto magistrato aveva comunque esercitato le funzioni di legittimità da maggior tempo rispetto all'altro aspirante.

Quest'ultimo impugnava la delibera - oltre che in sede di ottemperanza per ritenuta violazione e/o elusione del giudicato, sull'assunto che il secondo provvedimento fosse una pura riedizione di quello già in precedenza annullato, ricorso, tuttavia, respinto dal Consiglio di Stato - dinanzi al T.A.R. per vizi di legittimità. Il giudice di prime cure respingeva l'impugnazione, osservando, tra l'altro, come dovesse considerarsi la particolare "vicinanza" alla giurisdizione dell'attività svolta presso l'Avvocatura di Stato, da equipararsi a quella svolta in una 'magistratura speciale', tanto da essere stata riconosciuta ai fini della riammissione del magistrato designato nell'ordine giudiziario.

Con sentenza n. 3501 del 2014, il Consiglio di Stato accoglieva, tuttavia, l'appello proposto avverso la decisione di primo grado, annullando la delibera impugnata e facendo "salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione".

Nello specifico, il giudice amministrativo aveva respinto l'argomento che, richiamando la pronuncia delle Sezioni Unite n. 23302 del 2011 di cui si darà atto *infra*⁶⁰³, aveva evidenziato come non residuasse l'interesse del ricorrente - anche in caso di esito positivo del gravame - all'ottenimento di una nuova delibera consiliare a sé favorevole avente ad oggetto il conferimento *ora per allora* dell'incarico, in quanto la parte appellante (come anche la parte appellata) era nel frattempo cessata dal servizio per collocamento in quiescenza.

Il Consiglio di Stato osservava, in tal senso, come, in considerazione della natura sostanziale dell'interesse legittimo fatto valere dall'originario ricorrente e dell'esigenza che comunque ci fosse una risposta di giustizia alle doglianze di quest'ultimo con riguardo al provvedimento del CSM, non potesse ritenersi preclusa una nuova pronuncia di annullamento in ragione del sopravvenuto collocamento in quiescenza dei magistrati che avevano concorso per l'incarico. Nel merito, poi, il giudice amministrativo aveva ritenuto la fondatezza del rilievo del ricorrente in ordine alla non equiparabilità dell'esperienza 'fuori dalla giurisdizione' del magistrato designato come avvocato dello Stato con l'attività svolta in una 'magistratura speciale', potendosi dar luogo ad una equiparazione tra Avvocatura dello Stato e magistratura solo ai fini economici e retributivi: una minore durata dell'esercizio dell'attività giurisdizionale del soggetto designato non avrebbe quindi potuto essere compensata dalla maggiore durata dell'esercizio delle funzioni di legittimità rispetto a quella dell'appellante.

⁶⁰³ Il principio di diritto enunciato dalla Corte nella pronuncia n. 23302 del 2011 è il seguente: «[L]a sentenza con cui il Consiglio di Stato, pronunciando su un ricorso per l'ottemperanza ad un giudicato avente ad oggetto l'annullamento del conferimento di pubbliche funzioni a seguito di una procedura concorsuale non più ormai ripetibile, ordina alla competente amministrazione di provvedere ugualmente a rinnovare il procedimento ("ora per allora"), al solo fine di determinare le condizioni per l'eventuale accertamento di diritti azionabili dal ricorrente in altra sede e nei confronti di altra amministrazione, eccede i limiti entro i quali è consentito al giudice amministrativo l'esercizio della speciale giurisdizione di ottemperanza ed è soggetto, pertanto, al sindacato della Corte di Cassazione in punto di giurisdizione».

Adita per motivi di giurisdizione, la Cassazione ha nell'occasione offerto una rassegna dei più importanti approdi ermeneutici a cui è giunto il dibattito scientifico in materia di eccesso di potere giurisdizionale⁶⁰⁴.

Innanzitutto, le doglianze in punto di (ritenuta) violazione del principio di diritto affermato dalle Sezioni unite nella richiamata pronuncia n. 23302 del 2011 sono state dalla Suprema Corte, nell'occasione, ritenute infondate⁶⁰⁵.

La scelta in ordine all'analisi in questa sede della pronuncia in oggetto è correlata proprio alla specificità dell'impianto motivazionale di quest'ultima: nonostante siano stati enunciati importanti principi con riguardo all'elaborazione dell'eccesso di potere giurisdizionale nell'ambito del giudizio di ottemperanza, di cui si darà compiutamente atto in seguito, la cornice ordinamentale di riferimento è rimasta pur sempre quella della giurisdizione generale di legittimità, in cui *solo* (come, di nuovo, si vedrà in seguito) si inquadra e si sviluppa la specifica declinazione del vizio in esame, che si sostanzia nella fattispecie dello sconfinamento, da parte del giudice, nel merito amministrativo insindacabile.

Volendo anticipare alcune considerazioni rilevanti nello studio del vizio inficiante la decisione resa in sede di ottemperanza, occorre evidenziare come la pronuncia in analisi abbia rimarcato che l'eccesso di potere giurisdizionale si atteggia diversamente nella giurisdizione di legittimità (per violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere) e nella giurisdizione di merito del giudizio di ottemperanza: travalica, infatti, i limiti esterni della giurisdizione il giudice amministrativo che, in quest'ultimo caso, ritenga vi siano i presupposti dell'ottemperanza anche quando tali presupposti in realtà non ricorrano, non sussistendo né violazione né elusione del giudicato, anche in quest'ultima

⁶⁰⁴ Come anticipato nella precedente nota n. 602, quanto sinora riportato ricalca l'esposizione dei fatti di causa descritta in Cass. civ. s.u. n. 19787/2015, cit. Nel prosieguo, si darà atto dell'impianto motivazionale essenziale della pronuncia in analisi.

⁶⁰⁵ Cass. civ. s.u. n. 19787/2015, cit.

evenienza finendo il giudice amministrativo per esercitare «un'attività amministrativa discrezionale sotto le vesti di una giurisdizione dichiaratamente di merito»⁶⁰⁶.

Partendo dall'analisi della disposizione di cui all'art. 114 c.p.a., secondo cui il giudice amministrativo può, nel giudizio di esecuzione, ordinare l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emaneazione dello stesso in luogo dell'amministrazione, la Corte regolatrice della giurisdizione ha, per giunta, osservato che in tale sede «una particolare ipotesi di travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione si ha allorché il giudice amministrativo conformi l'agire della pubblica amministrazione in un contenuto "impossibile" essendo la vicenda ormai "chiusa" con il definitivo accertamento dell'illegittimità del provvedimento annullato in sede di cognizione e non sussistendo più le condizioni perché la pubblica amministrazione possa provvedere ancora[,] sicché la tutela dell'interesse legittimo violato, non più realizzabile nella forma (specifica) dell'ottemperanza, è indirizzata verso quella compensativa e risarcitoria»⁶⁰⁷.

Proprio in relazione ad una tale fattispecie, la Suprema Corte ha evidenziato come peculiare risulti l'ipotesi di una delibera del CSM che, nel suo potere di autogoverno, assegni incarichi giudiziari a magistrati con procedura concorsuale, rispetto alla quale è possibile ribadire il principio di diritto enunciato in occasione della summenzionata pronuncia delle Sezioni unite n. 23302 del 2011, secondo cui si ha eccesso di potere giurisdizionale quando il giudice amministrativo 'ordini' al CSM, in sede di ottemperanza del giudicato di annullamento di una delibera di quest'ultimo (pur nell'esercizio, dunque, di una giurisdizione di merito), di attribuire *ora per allora* l'incarico giudiziario a

⁶⁰⁶ *Ibidem.*

⁶⁰⁷ *Ibidem.*

magistrati in quiescenza, ossia a magistrati che ormai non possono prendere possesso del posto⁶⁰⁸.

Ma a venire in rilievo dinanzi alla Cassazione - ed ecco il fulcro della questione - era una sentenza pronunciata non in sede di ottemperanza, bensì di legittimità in grado di appello, ragione per cui non poteva in tale sede applicarsi quanto statuito nel 2011⁶⁰⁹: secondo la Suprema Corte, invero, «il principio affermato da Cass., sez. un., 9 novembre 2011, n. 23302, e qui ribadito, non riguarda l'ordinario giudizio di legittimità, ma solo quello di ottemperanza e limitatamente all'ottemperanza consistente nell'assegnazione dell'incarico giudiziario ora per allora ad un magistrato in concorso che sia ormai in quiescenza. Si ha invece che la circostanza del sopravvenuto collocamento in quiescenza dei magistrati in competizione nella procedura concorsuale non esime il giudice amministrativo, investito della legittimità della delibera del CSM impugnata da uno dei magistrati concorrenti, dal pronunciarsi nel merito delle censure (per violazione di legge, eccesso di potere, incompetenza) anche se tale circostanza sopravvenuta non consentirà, in caso di accoglimento dell'impugnativa, un'ottemperanza in forma specifica con l'assegnazione, ora per allora, dell'incarico giudiziario»⁶¹⁰.

⁶⁰⁸ *Ibidem*.

⁶⁰⁹ Sottolineano le Sezioni unite che «[L]'oggetto del giudizio innanzi al Consiglio di Stato è stato l'appello avverso l'impugnata sentenza del TAR; appello che il Consiglio di Stato ha accolto e, per l'effetto, ha annullato la delibera [...] del CSM “facendo salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione”. Quindi il Consiglio di Stato non ha affatto conformato le successive possibili determinazioni del CSM, pur riconoscendo che permaneva l'interesse dell'appellante, ancorché collocato in quiescenza, ad ottenere comunque l'incarico giudiziario “ora per allora”. Ma quest'ultimo riferimento argomentativo, pur non corretto perché contrastante con il principio affermato da Cass., sez. un., n. 23302/2011, e qui ribadito, non vale a[d] determinare una sorta di permutazione dalla sede di legittimità in (impropria) sede di ottemperanza. Del resto l'interesse sotteso all'atto di appello rimaneva quello diretto ad ottenere, in sede di legittimità, una pronuncia del giudice amministrativo che accertasse i denunciati vizi dell'impugnata delibera del CSM e l'annullasse».

⁶¹⁰ Cass. civ. s.u. n. 19787/2015, cit.

In una tale prospettiva, la pronuncia in esame suscita, dunque, interesse altresì con riguardo al tema, da condurre sotto la lente ermeneutica dell'eccesso di potere giudiziario, del rapporto tra la fase della cognizione e quella dell'esecuzione della sentenza e, per tale via, tra la giurisdizione di legittimità e quella particolare tipologia di giurisdizione di merito in cui si sostanzia (*rectius*, che sostanzia) il giudizio di ottemperanza, che sicuramente della prima costituisce l'ipotesi più importante, ma rispetto alla quale non è configurabile il vizio in oggetto nel suo archetipo concettuale di sconfinamento nel merito amministrativo.

Una fattispecie siffatta è stata dalla Suprema Corte ravvisata, invece, proprio nell'ambito del giudizio in esame, instaurato avverso la decisione n. 3501 del 2014 con cui il Consiglio di Stato ha annullato, in sede di appello, la (seconda) delibera del CSM con cui quest'ultimo aveva conferito nuovamente l'incarico direttivo all'originario soggetto nominato: da qui l'accoglimento del relativo motivo di ricorso e la conseguente cassazione (con rinvio) della sentenza impugnata⁶¹¹.

Al riguardo, dopo aver richiamato il principio - invalso ormai unanimemente nella prassi - secondo cui si ha eccesso di potere giurisdizionale quando il giudice amministrativo, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito riservato all'amministrazione, abbia compiuto una diretta e concreta valutazione della opportunità e convenienza dell'atto, ovvero qualora la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, abbia espresso una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione, procedendo, dunque, ad un sindacato di merito⁶¹², il giudice della giurisdizione ha rimarcato quanto

⁶¹¹ *Ibidem*.

⁶¹² Cass. civ. s.u. n. 19787/2015, cit. La Cassazione ha richiamato in tal senso, tra le altre, Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit. e Cass. civ. s.u. 19 maggio 2015, n. 10182.

in precedenza affermato dalle stesse Sezioni unite (e a suo tempo richiamato in trattazione⁶¹³) secondo cui «per esercitare la propria giurisdizione di legittimità, e quindi valutare gli eventuali sintomi dell'eccesso di potere dai quali un atto amministrativo impugnato potrebbe essere affetto, il giudice amministrativo non può esimersi dal prendere in considerazione la congruità e la logicità del modo in cui la medesima amministrazione ha motivato l'adozione di quell'atto. In tal caso l'individuazione dell'eccesso di potere giurisdizionale corre lungo la linea di discriminare tra l'operazione intellettuale consistente nel vagliare l'intrinseca tenuta logica della motivazione dell'atto amministrativo impugnato e quella che si sostanzia invece nello scegliere tra diverse possibili opzioni valutative, più o meno opinabili, inerenti al merito dell'attività amministrativa di cui si discute: altro è l'illogicità di una valutazione, altro è la non condivisione di essa»⁶¹⁴.

In tal senso, la Corte ha sottolineato che anche quando venga in rilievo la discrezionalità nell'assegnazione di incarichi direttivi e semidirettivi affidata al CSM, a cui il legislatore ha riconosciuto un margine di apprezzamento particolarmente ampio («e tale è» - puntualizza la Corte - «la discrezionalità del CSM, quale organo di rilievo costituzionale, segnatamente nell'assegnazione di incarichi direttivi e semidirettivi, come ora indirettamente emerge anche dalla disciplina differenziata dettata dal [cit.] art. 2, comma 4, d.l. n. 114/2014 [d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. nella l. 11 agosto 2014, n. 114, ndr], in tema di giudizio di ottemperanza»), «a maggior ragione il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano del sindacato parametrico (e quindi esterno) della

⁶¹³ Cfr. *supra*, in corrispondenza delle note nn. 587, 592 e 593.

⁶¹⁴ Cass. civ. s.u. n. 19787/2015, cit., che ha ripreso proprio le statuizioni di Cass. civ. s.u. n. 3622/2012, cit., *supra* analizzata.

valutazione degli elementi di fatto compiuta dalla p.a. e non può pervenire ad evidenziare una diretta “non divisibilità” della valutazione stessa»⁶¹⁵.

Ciò in quanto l'adozione del criterio della ‘non divisione’ si tradurrebbe, a detta della Cassazione, non in un errore di giudizio ma proprio nello sconfinamento nell'area della discrezionalità amministrativa; sul punto la Suprema Corte ha di nuovo avuto occasione di tracciare le peculiarità della giurisdizione di ottemperanza rispetto a quella generale di legittimità: in quest'ultima le maggiori criticità si pongono proprio qualora il provvedimento sia stato impugnato per eccesso di potere, che è il vizio «in riferimento al quale è meno agevole tracciare il limite esterno della giurisdizione al di là del quale c'è lo sconfinamento nell'esercizio di attività amministrativa», mentre nella giurisdizione di ottemperanza, dove il potere del giudice amministrativo è esteso al merito con possibilità di conformare l'agire della amministrazione in ottemperanza, appunto, del giudicato amministrativo, il limite è costituito dalla «non prescrivibilità di un contenuto “impossibile” (o “non più possibile”) di tale attività provvedimentale»⁶¹⁶.

⁶¹⁵Cass. civ. s.u. n. 19787/2015, cit. Cfr. al riguardo le osservazioni a tale pronuncia di A. TRAVI, in *Foro it.*, 2015, I, 3458-3459, il quale non condivide la ricostruzione delle Sezioni unite. Non convince, a detta del Giurista, «la qualificazione delle valutazioni del Csm nell'assegnazione degli incarichi come apprezzamenti discrezionali (o addirittura «ampiamente discrezionali»)», non venendo qui in rilievo alcuna libertà di scelta, quest'ultima neppure potendo «essere «recuperata» per il fatto che a provvedere sia un organo a rilevanza costituzionale». Rimarca, in tal senso, l'Autore, che «indipendentemente dall'organo che provvede, il margine di apprezzamento che è riservato a una commissione nella valutazione di un candidato per un impiego pubblico o per le relative progressioni di carriera attiene essenzialmente alla meritevolezza del candidato», la valutazione amministrativa su tale meritevolezza presentando «connotati latamente tecnici».

⁶¹⁶Cass. civ. s.u. n. 19787/2015, cit. A ciò segue la conclusione della Corte secondo cui, in ossequio al tradizionale insegnamento (vengono nell'occasione richiamate Cass. civ. s.u. n. 6494/2015, cit., Cass. civ. s.u. n. 10060/2013, cit., e Cass. civ. s.u. n. 2289/2014, cit.), «risulta decisivo stabilire se quel che viene in questione è il modo in cui il potere giurisdizionale di ottemperanza è stato esercitato dal giudice amministrativo, attenendo ciò ai limiti interni della giurisdizione, oppure il fatto stesso che un tal potere, con la particolare estensione che lo caratterizza, a detto giudice non spettava».

Da ciò, peraltro, si desume in maniera piana come soltanto nell'ambito della giurisdizione di legittimità possa venire astrattamente in rilievo il più volte menzionato rischio di 'confusione' tra eccesso di potere amministrativo e eccesso di potere giurisdizionale da parte del giudice dei conflitti.

Tale considerazione si lega intimamente alla surriferita constatazione del labile confine tra sindacato del giudice amministrativo sull'eccesso di potere inficiante l'atto impugnato nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità e sindacato che, sempre nelle more di quest'ultima, investa il merito della controversia, il primo afferente ai limiti interni, il secondo ai limiti esterni della giurisdizione.

È stato in tal senso rilevato in dottrina⁶¹⁷ come, se l'invasione, da parte del giudice amministrativo di legittimità, della sfera di giurisdizione di merito si configura quando tale giudice sostituisce ad apprezzamenti discrezionali dell'amministrazione le proprie valutazioni di opportunità⁶¹⁸, non possa dubitarsi in ordine al fatto che «per decidere sulla fattispecie concreta la Cassazione deve riesaminare il contenuto delle valutazioni e dell'accertamento compiuto dal Consiglio di Stato», ovvero «individuare [...] la natura delle valutazioni espresse nella decisione», per tale via osservandosi che «anche se non è suo compito rilevare gli eventuali errori nei quali sia incorso il Consiglio di Stato *in iudicando*, sembra certo che l'indagine comporti la possibilità di un vero e proprio riesame della sentenza, che investe il merito della causa»⁶¹⁹.

La constatazione si inserisce evidentemente nel solco di quanto sul punto (già) abbondantemente evidenziato nel corso della trattazione.

⁶¹⁷ Il riferimento è al contributo di C. FERRI, *Limiti del controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., spec. 359.

⁶¹⁸ Ferri richiama, in tal senso, tra l'altro, Cass. civ. s.u. 18 aprile 1961, n. 850, in *Giust. civ. Mass.*, 1961, 358.

⁶¹⁹ I rilievi sono (come anticipato) di C. FERRI, *Limiti del controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 359. Di tale riflessione dell'Autore si è altresì dato atto *supra*, cap. 1, par. 3, nota n. 212.

Tanto considerato, ritornando alla pronuncia in analisi, occorre evidenziare come la Suprema Corte abbia inteso applicare i principi summenzionati anche quando sia stata impugnata (come nel caso di specie) una delibera del CSM, in ciò richiamando ancora una volta l'insegnamento delle Sezioni unite secondo cui il giudice amministrativo, chiamato a vagliare la legittimità di una delibera con cui l'organo di autogoverno della magistratura ha conferito un incarico direttivo, deve, per non incorrere in eccesso di potere giurisdizionale, «astenersi dal censurare i criteri di valutazione adottati dall'amministrazione e la scelta degli elementi ai quali la stessa amministrazione ha inteso dare peso», potendo invece annullare la delibera consiliare per eccesso di potere, desunto dall'insufficienza o dalla contraddittorietà logica della motivazione in virtù della quale il predetto organo «ha dato conto del modo in cui, nel caso concreto, gli stessi criteri da esso enunciati sono stati applicati per soppesare la posizione di contrapposti candidati»⁶²⁰.

Dopo aver ripercorso le vicende principali della controversia, la Cassazione ha osservato che il Consiglio di Stato si era convinto della non assimilabilità dell'attività di avvocato di Stato a quella di magistrato, valutazione, questa, appartenente al sindacato di legittimità per violazione di legge: secondo la Corte, il Consiglio di Stato, nell'operare tale sindacato di legittimità, ha escluso che vi fosse, per legge, una equiparazione tra l'attività di avvocato di Stato e quella di magistrato ordinario, null'altro facendo che interpretare l'art. 211 del r.d. n. 12/1941 (che prevede che la disposizione secondo cui il magistrato che ha cessato di far parte dell'ordine giudiziario in seguito a sua domanda, da qualsiasi motivo determinata, anche se ha assunto altri uffici dello Stato, non può essere riammesso in magistratura non si applica a chi, già appartenente all'ordine giudiziario, sia transitato nelle magistrature speciali ed in esse abbia prestato ininterrottamente servizio), anche in confronto con l'art. 23 del r.d. n.

⁶²⁰Cass. civ. s.u. n. 19787/2015, cit., che ha richiamato Cass. civ. s.u. n. 3622/2012, cit.

1611/1933 (secondo cui gli avvocati dello Stato sono equiparati ai magistrati dell'Ordine giudiziario in conformità della tabella B annessa al medesimo T.U. sull'ord. dell'avv. dello Stato)⁶²¹.

Tuttavia, nel ragionamento della Cassazione, ciò costituiva null'altro che una premessa argomentativa, in quanto il CSM non era chiamato ad interpretare e fare applicazione del predetto art. 211, disposizione che era stata già applicata anni addietro al magistrato designato in occasione della sua richiesta di riammissione nel ruolo della magistratura, in quella sede e a quel tempo ponendosi il problema dell'interpretazione dell'art. 211 - ovvero se l'appartenenza all'Avvocatura di Stato potesse o meno equipararsi all'appartenenza alle magistrature speciali al fine della riammissione nel ruolo della magistratura -, problema risolto con esito positivo dal CSM, che deliberò la riammissione in ruolo del suddetto magistrato⁶²².

Tale vicenda, ad avviso della Corte, era, dunque, ormai 'chiusa': il CSM era chiamato, invece, a valutare, tra l'altro, l'esperienza di avvocato di Stato del magistrato soltanto per apprezzarne la maggiore, o minore, attitudine all'incarico giudiziario, cosa ben diversa dalla assimilabilità delle due funzioni ai sensi del succitato art. 211 in vista della predetta riassunzione in servizio (assimilabilità esclusa dal Consiglio di Stato)⁶²³.

In tale prospettiva, la Suprema Corte ha evidenziato come ciò che in realtà veniva richiesto al CSM fosse la comparazione tra un'esperienza professionale - quella del concorrente rimasto insoddisfatto - interamente svolta nella magistratura ordinaria ed un'esperienza professionale complessiva - quella

⁶²¹ Cass. civ. s.u. n. 19787/2015, cit.

⁶²² *Ibidem*.

⁶²³ *Ibidem*. Per la Cassazione, una tale valutazione «non mette in gioco la corretta interpretazione dell'art. 211, che ben può essere quella ritenuta dalla sentenza impugnata; né certo sarebbe tale pronuncia sindacabile sotto questo profilo non essendo ammissibile ex art. 111 Cost., comma 8, il sindacato di legittimità sulle pronunce del Consiglio di Stato».

del magistrato poi nominato - risultante da quella nella magistratura ordinaria sommata, senza soluzione di continuità, a quella nell'avvocatura dello Stato, tale comparazione costituendo una tipica valutazione di merito⁶²⁴.

A detta della Cassazione, dunque, una siffatta valutazione, rientrando nella discrezionalità del CSM, era censurabile in sede di cognizione ordinaria di legittimità del giudice amministrativo per eccesso di potere in base alle figure sintomatiche elaborate dalla giurisprudenza, non potendo il giudice «rifare tale valutazione discrezionale per pervenire ad un risultato diverso da quello recato dal provvedimento impugnato e quindi annullarlo»⁶²⁵.

Il Consiglio di Stato, piuttosto che esaminare la correttezza o meno della sentenza del giudice di prime cure (che, nella specie, aveva escluso la sussistenza di un eccesso di potere), nonché valutare la legittimità della delibera consiliare in relazione alle predette figure sintomatiche, avrebbe, secondo la Corte, rifatto direttamente la valutazione comparativa con un giudizio tipicamente di merito, e non già parametrico e di raffronto con le figure sintomatiche dell'eccesso di potere, in ciò pervenendo ad affermare che gli anni in più che il magistrato designato poteva vantare nelle funzioni di legittimità nei confronti dell'altro aspirante non avrebbero 'ragionevolmente' potuto compensare un *deficit* di parecchi anni di attività complessiva come magistrato⁶²⁶.

Il giudice della giurisdizione, tuttavia, ha osservato come la 'ragionevolezza' di una tale comparazione non potesse ritenersi figura sintomatica dell'eccesso di potere, appartenendo al contrario all'esercizio della discrezionalità amministrativa, di conseguenza risultando esorbitante rispetto al sindacato di legittimità: il Consiglio di Stato avrebbe, in tal senso, operato egli stesso la valutazione (ri)facendo altresì il 'bilanciamento ponderato' della

⁶²⁴ Cass. civ. s.u. n. 19787/2015, cit.

⁶²⁵ *Ibidem*.

⁶²⁶ *Ibidem*.

maggiore attività giurisdizionale complessiva del concorrente rimasto insoddisfatto rispetto a quella del magistrato nominato *versus* la maggiore attività giurisdizionale di legittimità di quest'ultimo rispetto a quella del primo⁶²⁷.

In virtù di tali considerazioni, la Suprema Corte ha cassato la sentenza impugnata per avervi riscontrato il vizio di eccesso di potere del giudice amministrativo, rinviando al Consiglio di Stato in diversa composizione⁶²⁸.

Nella pronuncia può rinvenirsi, a parere di chi scrive, una conferma dell'impianto ermeneutico lungo le cui coordinate si è innestata l'indagine intorno alla conformazione del sindacato sull'eccesso di potere giudiziario⁶²⁹: la Cassazione altro non avrebbe fatto, nella fattispecie, che qualificare il parametro utilizzato dal giudice amministrativo nel vagliare la legittimità della delibera consiliare in termini di incompatibilità con l'ordinamento⁶³⁰, da qui rinvenendo l'eccesso di potere giudiziario.

L'occasione propiziata dall'analisi della pronuncia in oggetto costituisce una valida opportunità per vagliare, da un punto di vista pratico, le coordinate ermeneutiche esposte in merito al rischio di 'confusione' tra giudizio sull'eccesso di potere amministrativo e giudizio sull'eccesso di potere giudiziario da parte del giudice regolatore della giurisdizione.

Non si può, infatti, tacere, a parere di chi scrive, il dubbio che nel caso di specie si sia inverato il summenzionato pericolo, ossia che la Cassazione abbia

⁶²⁷ *Ibidem*.

⁶²⁸ *Ibidem*. La Corte ha altresì chiarito come la cassazione della sentenza dovesse essere pronunciata con rinvio, in ciò richiamando la giurisprudenza che questo aveva affermato nell'ipotesi in cui il Consiglio di Stato avesse ecceduto, nell'ambito della sua giurisdizione di legittimità, dai limiti esterni del potere giurisdizionale, essendo, invece, limitata la cassazione senza rinvio al caso in cui qualsiasi altro giudice fosse privo di giurisdizione sulla domanda (ai sensi dell'art. 382 c.p.c.). Cfr. sul tema C. ASPRELLA, *La cassazione con e senza rinvio delle sentenze del Consiglio di Stato*, in *ilProcessocivile.it*, 9 giugno 2016.

⁶²⁹ Cfr. *supra*, spec. par. 1, parte finale.

⁶³⁰ Cfr. *supra*, par. 1, parte finale, spec. in corrispondenza e con riguardo al contenuto stesso della nota - anche di richiami - n. 583.

permeato l'essenza delle valutazioni (non del giudice amministrativo, o, quanto meno, non soltanto di quest'ultimo, bensì) della stessa amministrazione, di fatto pervenendo ad un giudizio *sostitutivo* rispetto a quello raggiunto dal giudice amministrativo, ciò facendo non sulla base di una ritenuta incompatibilità del parametro di legittimità utilizzato dal Consiglio di Stato con il sistema dei valori ordinamentali, ma di una semplice non condivisione dello stesso. In questo modo traslando il vizio di eccesso di potere giudiziario dall'ambito del *decisum* del Consiglio di Stato a quello del *decisum* della stessa Cassazione.

Il Consiglio di Stato, nella specie, non aveva - ad avviso di chi scrive - annullato il provvedimento amministrativo per non avere condiviso i criteri individuati dal CSM per procedere al conferimento dell'incarico direttivo, bensì in ragione di un *deficit* motivazionale relativo all'interpretazione/applicazione di tali criteri da parte dell'organo consiliare. Si deve ricordare, infatti, come con la prima sentenza pronunciata dal Consiglio di Stato con riguardo alla fattispecie in analisi, il giudice amministrativo avesse ritenuto, tra l'altro, viziata la valutazione comparativa globale dei due aspiranti «in funzione dell'omessa considerazione, dovuta ponderazione e conseguente motivazione di almeno due aspetti essenziali», tra cui vi era quello relativo all'esperienza giurisdizionale complessiva del vincitore di gran lunga inferiore rispetto all'aspirante rimasto insoddisfatto⁶³¹. Il Consiglio di Stato aveva, poi, censurato - nella sentenza n. 3501 del 2014, oggetto del ricorso in Cassazione - quanto in seguito osservato dal CSM nella successiva delibera, secondo cui «l'attività di avvocato dello Stato, se non del tutto assimilabile a quella giurisdizionale, sarebbe equiparabile a quella svolta in una "magistratura speciale", tanto da essere riconosciuta ai fini della riammissione nell'ordine giudiziario»⁶³².

⁶³¹ Cons. Stato, sez. IV, 1° febbraio 2012, n. 486.

⁶³² Tanto si legge in Cons. Stato, sez. IV, 10 luglio 2014, n. 3501, oggetto del ricorso in Cassazione, nella parte in cui si dà atto delle osservazioni del Csm rispetto ai precedenti rilievi del giudice amministrativo.

Ora, quanto affermato dalla Cassazione in sede di ricorso per motivi di giurisdizione - secondo cui in realtà il CSM non era chiamato a fare applicazione, e prima ancora ad interpretare l'art. 211 ord. giud. per la semplice, ma decisiva, ragione che tale disposizione era stata già applicata dall'organo consiliare anni addietro, quando il magistrato poi nominato aveva chiesto la riammissione nel ruolo della magistratura, solo in quella sede e a quel tempo ponendosi il problema dell'interpretazione dell'art. 211, ovvero se l'appartenenza all'Avvocatura di Stato potesse, o no, equipararsi all'appartenenza alle magistrature speciali al fine della riammissione nel ruolo della magistratura, al tempo risolto positivamente dal CSM⁶³³ - non coglie, ad avviso di chi scrive, il fulcro della problematica. Il Consiglio di Stato, infatti, non aveva inteso censurare il giudizio a suo tempo condotto dal CSM 'riaprendo' una vicenda che, come rimarcato dalla Cassazione, «non [aveva] dato luogo - per quanto consta - ad alcuna impugnazione da parte di eventuali controinteressati», e che, dunque, «era chiusa da tempo per definitività del provvedimento di riammissione nel ruolo della magistratura»⁶³⁴: ferma tale valutazione *a suo tempo* condotta dal CSM in un caso *ormai chiuso* e, di conseguenza, incensurabile sotto qualsivoglia profilo, il giudice amministrativo aveva, invece, evidenziato, nella *attuale* vicenda sottoposta alla sua attenzione, come la annoverabilità tra le magistrature speciali *ex art. 211 ord. giud. dell'Avvocatura dello Stato* fosse da escludere, da ciò conseguendo la censura della delibera consiliare che su di un tale elemento valutativo aveva, tra l'altro, basato il suo giudizio.

La Cassazione sul punto ha evidenziato come il CSM, nell'esercizio della sua discrezionalità amministrativa, fosse chiamato, *inter alia*, a valutare l'esperienza di avvocato di Stato del magistrato poi nominato «al solo fine di

⁶³³ Cass. civ. s.u. n. 19787/2015, cit.

⁶³⁴ *Ibidem*.

apprezzare la maggiore, o minore, attitudine all'incarico giudiziario; ciò che è cosa ben diversa dalla assimilabilità delle due funzioni *ex* art. 211 cit. al fine della menzionata riassunzione in servizio, esclusa dal Consiglio di Stato con la sentenza impugnata», valutazione questa, ad avviso della Corte, «che non mette in gioco la corretta interpretazione dell'art. 211, che ben può essere quella ritenuta dalla sentenza impugnata»⁶³⁵: il Consiglio di Stato, tuttavia, non aveva messo in dubbio l'interpretazione del CSM con riguardo al problema della riassunzione in servizio, ma, concentrandosi sulla ritenuta non equiparabilità delle due funzioni ai *diversi* fini che nella vicenda *al momento prospettata alla sua attenzione* venivano in rilievo, ha ritenuto difettosa la valutazione dell'organo consiliare.

In definitiva, ad avviso di chi scrive, la censura mossa al Consiglio di Stato - di aver, cioè, sostituito il suo giudizio a quello dell'amministrazione in ragione della non condivisione dello stesso⁶³⁶ - suscita delle perplessità: l'eccesso di potere sarebbe, in tal senso, astrattamente configurabile (piuttosto) in capo al giudice della giurisdizione, che, sotto la veste di una ritenuta valutazione di

⁶³⁵ *Ibidem*.

⁶³⁶ Cfr. Cass. civ. s.u. n. 19787/2015, cit., in motivazione: «[I]n realtà ciò che la vicenda in esame richiedeva al CSM, in disparte altri elementi valutativi, era la comparazione tra un'esperienza professionale tutta nella magistratura ordinaria [...] ed un'esperienza professionale complessiva risultante da quella nella magistratura ordinaria sommata a quella nell'avvocatura dello Stato, senza soluzione di continuità [...]. Comparazione che costituisce una tipica valutazione di merito, calibrata anche sulle caratteristiche ed esigenze del posto a concorso ed arricchita poi, nella specie, dall'ulteriore comparazione quanto alla specifica esperienza professionale nell'attività di magistrato di legittimità», che era di maggiore durata per il magistrato poi risultato vincitore rispetto al candidato rimasto insoddisfatto. Per la Cassazione, dunque, «[Q]uesta valutazione di merito rientrava e rientra nella discrezionalità del CSM, censurabile in sede di ordinaria cognizione di legittimità del giudice amministrativo per eccesso di potere secondo i parametri delle figure sintomatiche elaborate dalla giurisprudenza. Non può invece il giudice amministrativo senza violare i limiti esterni della giurisdizione, rifare tale valutazione discrezionale per pervenire ad un risultato diverso da quello recato dal provvedimento impugnato e quindi annullarlo».

merito, nella specie, da parte del giudice amministrativo (il quale avrebbe, in questo modo, invaso la discrezionalità dell'organo di autogoverno della magistratura), ha, di fatto, esso stesso proceduto a sindacare (direttamente) la delibera consiliare (e solo indirettamente la sentenza impugnata) con le tecniche tipiche del giudizio sull'eccesso di potere amministrativo, che mirano a valutare, tra l'altro, congruità, logicità e ragionevolezza della motivazione del provvedimento.

Peraltro, e in conclusione, la stessa Cassazione ha affermato nella pronuncia in oggetto che il Consiglio di Stato aveva svolto «una premessa riconducibile all'ordinario sindacato di legittimità avendo ritenuto che sia da escludere in generale un'equiparazione *ex lege* (ossia *ex art. 211 cit.*) del servizio presso l'Avvocatura dello Stato al servizio nella magistratura ordinaria al fine della riassunzione in servizio», tuttavia sottolineando come il giudice amministrativo avesse poi compiuto «una diretta valutazione di merito - e non già un sindacato sulla valutazione di merito del CSM a mezzo del canone parametrico dell'eccesso di potere -», avendo lo stesso ritenuto che, «secondo un apprezzamento di ragionevolezza», i pochissimi anni in più che il magistrato poi nominato poteva vantare nelle funzioni di legittimità nei confronti dell'altro candidato non avrebbero potuto compensare il *deficit* di molti anni di attività complessiva in qualità di magistrato, in questo modo il Consiglio di Stato avendo invaso la discrezionalità del CSM⁶³⁷.

Ma, anche sotto questo profilo, si deve evidenziare come, premessa la non equiparabilità tra le funzioni di Avvocato dello Stato e magistrato, il giudice amministrativo si sia limitato ad *ulteriormente* ritenere irragionevole la compensazione predetta, non oltrepassando, per tale via, i binari del sindacato sull'eccesso di potere amministrativo. Il CSM - almeno da quanto si legge nella pronuncia della Cassazione nella parte relativa allo svolgimento del processo,

⁶³⁷ Cass. civ. s.u. n. 19787/2015, cit.

così come nella sentenza impugnata del Consiglio di Stato, nella parte in cui si dà atto delle osservazioni dell'organo consiliare - si era limitato ad osservare che il magistrato nominato aveva esercitato per più tempo le funzioni di legittimità⁶³⁸: si può ritenere, dunque, a parere di chi scrive, che il Consiglio di Stato avesse semplicemente addotto una argomentazione ulteriore nel tentativo di giustificare la conclusione dell'organo di autogoverno della magistratura, non pervenendo, invece, a sostituire *sic et simpliciter* il suo giudizio in ordine alla predetta compensazione rispetto a quanto affermato in sede amministrativa⁶³⁹.

Anche a voler accedere ad una diversa interpretazione sul punto da ultimo evidenziato, parrebbe, tuttavia, che il fulcro argomentativo del ragionamento innanzi esposto debba ritenersi intatto.

1.2 In particolare: il controllo sulla discrezionalità tecnica tra tradizione e innovazione e i riflessi in punto di eccesso di potere del giudice amministrativo.

Rispetto a quanto elaborato in materia di discrezionalità amministrativa, laddove il dibattito sui relativi limiti - seppur in continua evoluzione - ha raggiunto approdi (per così dire) stabili quanto meno con riguardo all'assunto della configurabilità di un segmento dell'azione sottratto a qualsivoglia sindacato giudiziale (il c.d. merito amministrativo, appunto), in relazione alla discrezionalità propriamente tecnica⁶⁴⁰ si assiste nella prassi applicativa, così come nella letteratura, a continue prese di posizione, battute d'arresto e (di

⁶³⁸ Cfr. Cass. civ. s.u. n. 19787/2015, cit., parte in fatto. Anche in Cons. Stato, sez. IV, n. 3501/2014, cit., si legge, nella parte in cui si richiamano le osservazioni del CSM, che il magistrato poi nominato *comunque* avrebbe esercitato le funzioni di legittimità da più tempo.

⁶³⁹ Una tale constatazione necessiterebbe, tuttavia, di essere validata a seguito dall'analisi della delibera consiliare.

⁶⁴⁰ L'analisi del fenomeno della discrezionalità tecnica in una prospettiva dogmatica è stata condotta nel precedente capitolo, par. 2.3.

nuovo) *revirement* intorno ad una questione tradizionalmente al centro di una fertile riflessione scientifica: quella dell'ampiezza del relativo sindacato giurisdizionale.

Si comprende, in quest'ottica, l'opportunità di un approccio all'esegesi dell'eccesso di potere giudiziario *in subiecta materia* che valorizzi proprio il nucleo della surriferita questione⁶⁴¹: va da sé, infatti, che quanto più si restringono o, al contrario, si allargano le maglie dell'ambito decisionale insindacabile dell'amministrazione, tanto più, rispettivamente, si circoscrive o si estende il sindacato della Corte regolatrice della giurisdizione sull'eccesso di potere del giudice amministrativo.

A suo tempo⁶⁴² si è dato atto di come in materia siano stati elaborati diversi modelli di sindacato (da parte del giudice amministrativo) a seconda dei settori di volta in volta rilevanti: gare pubbliche, atti delle Autorità indipendenti, e così via⁶⁴³.

Una disamina tassonomica, puntuale ed esaustiva di tali modelli trascende i confini della presente indagine: è evidente, infatti, come, per gli scopi di cui in trattazione, risulti sufficiente - ancorché impervio - affrontare il vaglio dell'eccesso di potere giudiziario con riferimento al settore in cui il dibattito intorno alla questione surriferita si è tradizionalmente innestato e sviluppato, giovandosi di stimoli ermeneutici costanti, anche se non sempre (o non del

⁶⁴¹ Alcune notazioni in punto di eccesso di potere giudiziario con riguardo alla cognizione del giudice amministrativo sulle valutazioni tecnico-amministrative, in uno con l'analisi di talune decisioni in materia, sono state effettuate nel precedente capitolo, par. 2.3 (spec. prima parte).

⁶⁴² Cfr. *supra*, cap. 2, par. 2.3.

⁶⁴³ Rileva un certo grado di discrezionalità tecnica anche in relazione alla materia del conferimento di incarichi giurisdizionali da parte del Consiglio superiore della magistratura. La scelta di approntare una disamina rigorosa di quest'ultima nel paragrafo precedente si collega alla natura ampiamente valutativa (meglio, fortemente discrezionale) degli atti adottati dall'organo consiliare in tale ambito.

tutto) appaganti in punto di soluzioni di volta in volta prospettate in un'ottica di razionalità e coerenza con i principi e i valori di riferimento.

Ci si riferisce, nello specifico, al campo dei provvedimenti sanzionatori delle Autorità indipendenti⁶⁴⁴, e, in particolare, delle sanzioni pecuniarie dell'Autorità antitrust⁶⁴⁵, nel cui ambito di recente si è assistito ad uno dei surriferiti *revirement* giurisprudenziali con la sentenza del Consiglio di Stato n. 4990 del 2019, che ha qui abbandonato la logica del sindacato giudiziale di natura non sostitutiva⁶⁴⁶.

È chiaro, in tale prospettiva, che, qualora in tale ambito si riconosca al giudice la possibilità di sostituirsi all'apprezzamento tecnico-discrezionale dell'Autorità, difficilmente potrà poi riscontrarsi uno spazio applicativo della categoria dell'eccesso di potere giudiziario *sub specie* di invasione, appunto, delle prerogative amministrative. Del resto, anche di recente, dopo aver dato atto del superamento della concezione di un controllo giurisdizionale di legittimità sugli atti tecnico-discrezionali «da condurre sul piano del solo controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito (mediante il riscontro di quella che viene in genere definita come “*macroscopica illogicità*” o “*irragionevolezza palese*”), potendo invece il giudizio estendersi all'attendibilità delle operazioni tecniche e

⁶⁴⁴ La cognizione giurisdizionale estesa al merito che l'art. 134, comma 1, lett. *c*, c.p.a. prevede in materia (fatta eccezione per le controversie sulle sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia, riservate alla giurisdizione ordinaria) è stata tradizionalmente intesa come relativa alla sola quantificazione della sanzione pecuniaria. Di ciò si dà atto altresì nella pronuncia che ci si accinge ad esaminare.

⁶⁴⁵ Sul tema cfr. R. CARANTA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, 245 ss. Per una disamina approfondita dei modelli di disciplina antitrust cfr. l'imponente opera di M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, che, ad esito della sua riflessione scientifica, evidenzia come appaia possibile «individuare in materia una vera e propria funzione amministrativa antitrust, finalizzata alla tutela del mercato concorrenziale, mediante l'utilizzo di idonei poteri» (508).

⁶⁴⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 4990/2019, cit.

valutative effettuate», la giurisprudenza ha rimarcato come l'eccesso di potere giurisdizionale sia configurabile «solo allorquando l'indagine del giudice si sia estesa all'opportunità o alla convenienza dell'atto (ove si tratti di discrezionalità amministrativa in senso proprio), ovvero (ove si tratti di valutazioni tecniche spettanti alla p.A.) abbia accordato preferenza, così debordando dai limiti dell'accertamento giurisdizionale, a favore di un criterio tecnico opinabile tra i più ammissibili e messi a confronto, secondo i principi e i criteri (tecnici, scientifici, economici ecc.) propri di una certa disciplina settoriale, con oggettiva sostituzione della volontà dell'organo giudicante a quella dell'Amministrazione competente in materia»⁶⁴⁷.

Ciò considerato, la surriferita pronuncia n. 4990 del 2019 del Consiglio di Stato merita di essere approfondita nelle sole coordinate rilevanti ai fini della presente ricerca, essendosi il giudice amministrativo, nell'occasione, soffermato con dovizia di particolari su problematiche variegata e alquanto complesse.

Dopo aver effettuato alcune considerazioni sulla «nuova configurazione dell'oggetto e della funzione del processo amministrativo, ispirato al canone della effettività della tutela», osservando, per tale via, come il nuovo codice abbia inteso «superare in radice la realtà originaria di un processo in cui la fase istruttoria verteva prettamente su prove precostituite [...], dotando il giudice di tutti i mezzi di prova necessari a realizzare un sistema rimediale “aperto” e conformato al bisogno differenziato di tutela dell'interesse evocato in giudizio», e richiamato altresì, sul versante delle sanzioni antitrust, la giurisprudenza della Corte Edu con riguardo all'esigenza di *full jurisdiction*⁶⁴⁸, il Collegio ha dato atto

⁶⁴⁷ T.A.R. Lazio (Roma), sez. III, 4 maggio 2020, n. 4617. Cfr. in senso analogo T.A.R. Lazio (Roma), sez. III, 3 aprile 2020, n. 3756. In entrambe le pronunce viene richiamata Cass. civ. s.u. n. 7261/1994, cit.

⁶⁴⁸ Cfr. *supra*, cap. 2, par. 2.3, nota n. 464. I termini della questione sono così ricostruiti da Cons. Stato, sez. VI, n. 4990/2019, cit.: «Secondo la giurisprudenza della Corte Europea, il “fair trial” non ha ad oggetto unicamente il processo, ma anche il procedimento, amministrativo, e segnatamente: per “tribunale” deve intendersi qualunque autorità che, pur attraverso un

di come l'approdo finale della giurisprudenza sia stato quello di «ammettere una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione»⁶⁴⁹.

Il Consiglio di Stato ha evidenziato, in tal senso, come «l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa [sia] quell[o] per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. "contestualizzazione" dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati^[650]) l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo "intrinseco", che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi

procedimento non formalmente qualificato processo nell'ordinamento interno, adottati atti modificativi della realtà giuridica, incidenti significativamente nella sfera soggettiva di un soggetto privato, anche se tale funzione viene esercitata al di fuori di una organizzazione giurisdizionale. Sennonché, proprio a partire da questa concezione originale di "giusto procedimento", è emersa la rilevanza centrale, nelle controversie sull'esercizio del potere sanzionatorio, del concetto di "full jurisdiction". Secondo i giudici di Strasburgo la decisione amministrativa incidente su civil rights and obligations, per quanto adottata senza il rispetto di tutti i requisiti prescritti dal principio del "fair trial", può nondimeno essere considerata adottata conformemente alla Convenzione, laddove le garanzie procedurali ivi previste siano comunque riscontrabili nella sede di controllo della decisione stessa. Perché ciò avvenga è necessario, tuttavia, che l'organo che procede al sindacato sulla decisione pubblica possa effettivamente ed efficacemente influire su di essa "both on the facts and the law". La giurisdizione "piena" è dunque il potere del giudice di riformare in qualsiasi punto, in fatto come in diritto, la decisione impugnata resa dall'autorità amministrativa. La Corte europea ha pure precisato che soltanto in particolari casi - concernenti scelte amministrative caratterizzate da "*wide policy aims*" o che necessitino di specifiche competenze tecniche - il sindacato giurisdizionale può considerarsi sufficiente senza che sia richiesta una valutazione sostitutiva sui fatti e sul merito della decisione, sempreché la decisione stessa sia stata adottata dall'organo amministrativo attraverso una quasi judicial procedure "that sufficiently complies with Article 6" o in ogni caso nel rispetto di specifiche garanzie procedurali, in particolare per quanto concerne il contraddittorio tra le parti».

⁶⁴⁹ Cons. Stato, sez. VI, n. 4990/2019, cit.

⁶⁵⁰ Cfr. sul punto la pronuncia del Cons. Stato, sez. VI, n. 926/2004, cit., richiamata *supra* in trattazione (cap. 2, par. 2.3, in corrispondenza delle note nn. 461 e 462).

piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto»: si tratta del sindacato di ‘attendibilità tecnica’ e ‘non sostitutivo’, che, tuttavia, si innesta in un quadro che, ad avviso del Consiglio di Stato, necessita di essere riconsiderato⁶⁵¹.

In tale prospettiva, nella pronuncia in analisi è contenuto altresì uno specifico riferimento a quanto statuito ai sensi dell’art. 7, comma 1, secondo periodo, d. lgs. n. 3 del 2017 (attuativo della dir. 2014/104/UE relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell’Unione europea), secondo cui “[I]l sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima”. Nel rimarcare al riguardo la necessità di interpretare la disposizione in un senso costituzionalmente conforme, il Consiglio di Stato ha osservato come il relativo precetto, «[N]onostante l’evidente imprecisione linguistica», rivestisse una «mera funzione didascalica», consistente nel «richiamare il giudice amministrativo al dovere di accertamento “diretto” di tutti i fatti rilevanti ai fini del decidere, senza in alcun modo esentarlo (per quanto la formula impiegata sia involuta) dal contemporaneo dovere di accertamento “critico” degli elementi valutativi lasciati indeterminati dalla fattispecie sanzionatoria», tale interpretazione risultando «l’unica conforme al principio della tutela piena ed effettiva “secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo” (art. 1 del c.p.a.)»⁶⁵².

⁶⁵¹ Cons. Stato, sez. VI, n. 4990/2019, cit.

⁶⁵² *Ibidem*.

Occorre evidenziare, tuttavia, come più che una conferma dell'esito ermeneutico 'innovativo' in punto di sindacato giudiziale - di cui si dirà subito *infra* - propugnato dalla pronuncia in oggetto⁶⁵³, l'interpretazione che di una tale norma ha fatto un'altra parte della giurisprudenza ha piuttosto corroborato la tesi tradizionale del sindacato non sostitutivo del giudice in materia⁶⁵⁴.

Ed una tale opinione risulta, a parere di chi scrive, quella più plausibile, oltre che più coerente con la portata letterale della norma stessa: dall'affermazione secondo cui il sindacato del giudice comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, sembra potersi dedurre che una tale tipologia di sindacato *diretto* (quindi sostitutivo) sui fatti possa estendersi solo ai profili tecnici non opinabili, e, di conseguenza, che i profili tecnici *opinabili* non possano essere sindacati se non mediante un sindacato diverso da quello diretto (quindi *non* sostitutivo).

Ciò considerato, ritornando all'analisi della pronuncia surriferita, il Collegio ha osservato come fosse necessario interrogarsi sulla persistente coerenza «con la fisionomia che il processo amministrativo ha nel frattempo assunto informandosi all'anzidetto principio di effettività» del «descritto sindacato “non sostitutivo” di ragionevolezza e proporzionalità sull'illecito

⁶⁵³ Nell'impianto motivazionale di Cons. Stato, sez. VI, n. 4990/2019, cit., si legge, infatti, che il quadro sino a quel momento tratteggiato «merita oggi una attenta riconsiderazione, *anche alla luce di un recente intervento normativo*» (corsivo aggiunto).

⁶⁵⁴ Oltre a Cass. civ. s.u. 7 maggio 2019, n. 11929, di cui si dirà appresso, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 ottobre 2017, n. 4733, che, in merito al sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità antitrust, ha rimarcato l'assunto secondo cui «[...] laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione di tali concetti, se questa sia attendibile secondo la scienza economica e immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici e da vizi di violazione di legge [...]», tali principi giurisprudenziali essendo stati «di recente recepiti dal legislatore con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, in G.U. n. 15 del 19 gennaio 2017, entrat[o] in vigore il 3 febbraio 2017 [...], il cui art. 7, comma 1, per quanto qui interessa, testualmente recita [...]».

antitrust», e ciò «anche alla luce del nuovo assetto del public and private enforcement, in cui [...] la violazione del diritto antitrust constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza, rimasta inoppugnata o confermata dal giudice amministrativo, è divenuta incontestabile nel giudizio per il risarcimento del danno proposta dinanzi al giudice civile»⁶⁵⁵.

In tal senso, il giudice amministrativo ha osservato che il controllo giurisdizionale 'non sostitutivo' troverebbe fondamento in un contesto ordinamentale - qui il fulcro della questione - «in cui il legislatore, non essendo in grado di governare tutte le possibili reciproche interazioni tra i soggetti interessati e di graduare il valore reciproco dei vari interessi in conflitto, si limita a predisporre soltanto i congegni per il loro confronto dialettico, senza prefigurare un esito giuridicamente predeterminato»; per tale via, la sentenza non si porrebbe qui, il più delle volte, «quale fonte diretta del “rapporto amministrativo” in sostituzione dell'atto amministrativo», non potendo contenere l'accertamento sostanziale dei presupposti necessari ai fini dell'ottenimento del risultato della vita⁶⁵⁶. In una siffatta ipotesi, infatti, l'opera di integrazione del precetto corrisponderebbe ad una «tecnica di governo attraverso la quale viene rimesso ai pubblici poteri di delineare in itinere l'interesse pubblico concreto che l'atto mira a soddisfare», ragione per cui resterebbe precluso al giudice «il giudizio di valore politico consistente nella conveniente ed opportuna scelta allocativa, distributiva e gestionale delle risorse pubbliche»: la intangibilità dell'intimo nucleo della decisione discrezionale conseguirebbe, dunque, «alla stessa mancanza di un parametro giuridico di valutazione, essendosi al cospetto di attività, sì giuridicamente rilevante, ma non disciplinata da norme di diritto oggettivo»⁶⁵⁷.

⁶⁵⁵ Cons. Stato, sez. VI, n. 4990/2019, cit.

⁶⁵⁶ *Ibidem*.

⁶⁵⁷ *Ibidem*. Cfr. sul punto le perplessità di M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM, molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, 745, che, dopo aver dato

In tal senso andrebbe letto, a parere del Consiglio di Stato, l'art. 31, comma 3, c.p.a.⁶⁵⁸, secondo cui il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio soltanto qualora si tratti di attività vincolata o risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

Ben diverso sarebbe, ad avviso del Collegio, «il caso in cui l'ordinamento generale pone esso stesso una regola sostantiva che determina a priori ed in astratto ciò che spetta ad ognuno dei soggetti coinvolti, ai cui interessi viene dunque assicurata, entro questi limiti, soddisfazione», nulla opponendosi, in tali casi, «a che sia il giudice a “definire” la fattispecie sostanziale»⁶⁵⁹.

In questa prospettiva, il Consiglio di Stato ha evidenziato, con riguardo alla fattispecie sottoposta alla sua attenzione, come gli elementi descrittivi - anche valutativi e complessi - del divieto di intesa anticoncorrenziale siano considerati dalla norma attributiva del potere nella dimensione oggettiva di *fatto storico* direttamente accertabile dal giudice, e non, invece, di fatto *mediato* dall'apprezzamento dell'Autorità: il giudice, per tale via, non deve limitarsi, a detta del Collegio, «a verificare se l'opzione prescelta da quest'ultima rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto», dovendo

atto di come quest'ultima affermazione paia «quanto mai lontana dal sindacato sempre più puntuale del giudice sull'esercizio del potere discrezionale [...], nonché dalla giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato che si è spinta di recente ad affermare che la discrezionalità si esaurirebbe a seguito del suo scorretto mancato esercizio», osserva che «[N]on è chiaro [...] come la rilevanza giuridica possa esistere anche in assenza di una disposizione che costituisca il parametro per lo svolgimento dell'attività, né sembrano oggi mancare le norme che disciplinano l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, cui anzi sempre più di frequente si aggiungono autolimiti ulteriori dettati dall'amministrazione medesima».

⁶⁵⁸ Cons. Stato, sez. VI, n. 4990/2019, cit.

⁶⁵⁹ *Ibidem*.

piuttosto «procedere ad una compiuta e diretta disamina della fattispecie»⁶⁶⁰. A fronte di un tale ragionamento, che il giudice amministrativo ha ulteriormente declinato considerando come «[L]a sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del “mercato rilevante”) [sia] una attività intellettuale ricompresa nell’interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa», limitandosi qui il tratto “libero” dell’apprezzamento tecnico a riflettere «esclusivamente l’opinabilità propria di talune valutazioni economiche», il Collegio ha concluso osservando che «la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile)», e, in tale direzione, che «[A]l sindacato (non sostitutivo) di “attendibilità” va dunque sostituito un sindacato pieno di “maggiore attendibilità”»⁶⁶¹.

È evidente come la conclusione del Consiglio di Stato risulti essere logica conseguenza del suo ragionamento: non potrà, infatti, a parere di chi scrive, revocarsi in dubbio che corollario della tesi secondo cui, in materia di sanzioni antitrust, «l’ordinamento generale pone esso stesso una regola sostantiva che determina a priori ed in astratto ciò che spetta ad ognuno dei soggetti

⁶⁶⁰ *Ibidem*. Per il Collegio tale assunto sarebbe dimostrato dal fatto che, in occasione delle azioni risarcitorie non precedute da una decisione dell’Autorità (c.d. *stand alone*), il giudice civile deve verificare direttamente ed in prima persona i presupposti dell’illecito, senza che vi sia necessità di alcuna intermediazione di potere pubblico, e ciò sia pure ai soli fini risarcitori.

⁶⁶¹ Cons. Stato, sez. VI, n. 4990/2019, cit. Cfr. ancora le perplessità di M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM, molto rumore per nulla?*, cit., 747, che sottolinea come il giudice sembri affermare l’esistenza di un «sindacato non sostitutivo di attendibilità» e di un «sindacato sostitutivo di maggior attendibilità», evidenziando che «[S]e attendibile significa “che meriti di essere creduto”, allora è difficile immaginarsi diversi livelli in astratto, o tanto più in concreto, e il criterio proposto finisce per attribuire al giudice una scelta del tutto arbitraria [...]».

coinvolti»⁶⁶² risulta essere proprio la constatazione (e non la semplice disquisizione intorno alla sua ammissibilità) della natura sostitutiva del sindacato giudiziale, in coerenza con la *regola iuris* sancita dal richiamato art. 31, comma 3, c.p.a.

Ma a tanto si oppone, sempre ad avviso di chi scrive, una obiezione ‘di sistema’: in questo modo il sindacato sulla discrezionalità tecnica si sovrapporrebbe a quello sull’atto vincolato, o a discrezionalità esaurita, ovvero rispetto al quale non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall’amministrazione (riprendendo pedissequamente le fattispecie poste dalla legge a fondamento del potere del giudice di pronunciarsi sulla fondatezza dell’istanza, ai sensi del surriferito art. 31, comma 3, c.p.a.).

La pronuncia del Consiglio di Stato pone e dà fondamento ad interrogativi importanti: non si tratta, invero, di indagare la natura del sindacato sulla discrezionalità tecnica in un senso, per così dire, tradizionale, bensì di riconsiderare, sulla base di quanto nell’occasione argomentato dal giudice amministrativo, l’esatta portata dei presupposti del ragionamento di quest’ultimo, seppur in un ambito intriso di connotati di peculiarità⁶⁶³.

⁶⁶² Si tratta, come visto, di una delle premesse argomentative su cui la pronuncia in analisi ha fondato le sue conclusioni.

⁶⁶³ Nella pronuncia n. 4990/2019 in analisi, il Consiglio di Stato si è tra l’altro soffermato, da un lato, sulla distinzione tra le funzioni di regolazione e quelle di vigilanza, nonché, dall’altro, sulla natura del potere sanzionatorio, che, ad avviso del Collegio, costituirebbero una ulteriore conferma dell’impostazione fatta propria dalla decisione. Con riguardo al primo profilo, il Collegio ha evidenziato che, se «[L]a regolazione economica dei mercati, attraverso l’identificazione dei soggetti legittimati, dei beni negoziabili e dei contratti stipulabili, è funzione che concorre a “definire”, talvolta finanche [anche] a “creare”, il fatto economico [...]», il modello antitrust è piuttosto «una forma di garanzia amministrativa che presidia le “condizioni di contesto” - prefigurate dal legislatore - all’interno delle quali i rapporti interpretati possono legittimamente esplicarsi, non attingendo il livello di politicità della regolazione economica» (in ciò sottolineando altresì che «[L]a vigilanza della condotta delle imprese presenti sul mercato, pur comportando limitazioni alla libertà di “lottare” per assicurarsi una posizione di supremazia sul mercato, realizza pur sempre una funzione “arbitrale” tra interessi privati contrapposti, volta

Una siffatta considerazione, a ben vedere, è confermata dallo stesso Collegio, nella parte in cui ha evidenziato come non apparisse corretto impostare il discorso «sul grado di intensità del controllo giurisdizionale sugli atti dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato in termini di possibilità o meno di sindacato sostitutivo del giudice», non operando, ad avviso dello stesso, «i limiti cognitivi insiti nella tecnica del sindacato sull’esercizio del potere, quando il giudice è pienamente abilitato a pervenire all’accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale invocata (nella specie, l’accertamento della realizzazione o meno dell’intesa illecita punita con una pesante sanzione pecuniaria)»⁶⁶⁴.

Tralasciando le ulteriori argomentazioni svolte nell’occasione dal Consiglio di Stato, è opportuno osservare come la stessa pronuncia contenga dei riferimenti al tema che costituisce il *proprium* del presente lavoro.

È evidente, in tale prospettiva, come facilmente prevedibili siano i riflessi in punto di giurisdizione del ragionamento del Consiglio di Stato.

In relazione a ciò, il Collegio ha preliminarmente rimarcato la necessità di «verificare se la nuova modalità (più intensa) di sindacato, esercitata dal giudice amministrativo non possa essere ritenuta lesiva dei limiti esterni della giurisdizione, alla luce di alcune pronunce della Corte di Cassazione che - spingendosi sostanzialmente a valutare le stesse modalità di rilevazione dei vizi delle valutazioni tecniche o delle scelte discrezionali della pubblica

fondamentalmente all’accertamento della corretta applicazione delle norme di legge»). In merito al secondo profilo, invece, il Consiglio di Stato ha rimarcato l’ontologica diversità del potere amministrativo di tipo sanzionatorio rispetto alla discrezionalità amministrativa, che presuppone una ponderazione di interessi. A parere di chi scrive, tuttavia, quest’ultima considerazione, ovviamente condivisibile, non potrebbe ritenersi ‘confermativa’ della bontà giuridica del ragionamento del Consiglio di Stato, in quanto non v’è dubbio che alla logica della predetta ponderazione di interessi non risponde altresì la stessa esplicitazione del potere amministrativo di tipo tecnico.

⁶⁶⁴ Cons. Stato, sez. VI, n. 4990/2019, cit.

amministrazione - hanno affermato che “non è consentito al Consiglio di Stato un controllo c.d. di tipo “forte” sulle valutazioni tecniche opinabili, id est l’esercizio, da parte del giudice, di un potere sostitutivo, spinto fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell’Amministrazione, fermo restando anche sulle valutazioni tecniche il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza”»⁶⁶⁵.

Al riguardo, dopo aver dato atto di quanto stabilito dalla Corte costituzionale nella (più volte) menzionata decisione del 2018, il Consiglio di Stato ha osservato che «[D]alla giurisprudenza costituzionale sembra evincersi che, attraverso l’eccesso di potere giurisdizionale, non sia possibile contestare davanti alla Corte di Cassazione le caratteristiche strutturali e gli effetti del sindacato di legittimità compiuto dal Consiglio di Stato, privando quest’ultimo della prerogativa - costituzionalmente tutelata - di definire il regime degli atti amministrativi (anche nei suoi confini con il merito)», e, per tale via, che «[L]’eccesso di potere giurisdizionale ai danni dell’Amministrazione sembrerebbe quindi configurabile solo in caso di superamento dei limiti dell’attività integrativa del giudice amministrativo, qualora si risolva nella enucleazione di criteri extralegali di integrazione del diritto positivo (preordinati alla valutazione dell’operato della pubblica amministrazione) del tutto incompatibili con le direttrici di valore espresse dall’ordinamento generale»⁶⁶⁶.

Su tali basi il Collegio, richiamando altresì la «prospettiva di leale collaborazione istituzionale», ha ritenuto non predicabile uno sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione «quando [...] si tratti semplicemente di fissare il significato della fattispecie normativa sanzionatoria ad opera del

⁶⁶⁵ *Ibidem*. La pronuncia riprende, nella statuizione di diritto enunciata, Cass. civ. s.u. n. 1013/2014, cit.

⁶⁶⁶ Cons. Stato, sez. VI, n. 4990/2019, cit. Alcuni di tali rilievi sono stati già riportati *supra* in trattazione. Cfr. cap. 2, par. 3, in corrispondenza della nota n. 468.

giudice chiamato alla sua interpretazione»⁶⁶⁷. Tali considerazioni, tuttavia, destano forti perplessità con riguardo alla tenuta stessa del sistema ordinamentale.

Più propriamente, se una conformazione dell'eccesso di potere giudiziario, quale quella delineata nell'occasione dal giudice amministrativo, sembra (anzi) confermare l'impianto argomentativo alla base della presente analisi⁶⁶⁸, non è altrettanto condivisibile - a parere di chi scrive - l'operazione, condotta dal Consiglio di Stato, consistente nel concludere *in astratto e una volta per tutte* che qualora rilevino situazioni del tipo di quella configurata nella fattispecie predetta non si prospetti (*mai*) uno sconfinamento dai limiti esterni.

Più nello specifico, suscita quanto meno dubbi l'idea che la Corte di Cassazione non possa *sic et simpliciter* sindacare l'esercizio del potere tecnico dell'Autorità antitrust.

A ben vedere, tuttavia, e come già innanzi accennato, ciò costituisce logico corollario della peculiare conformazione del sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche dell'autorità delineata nella predetta pronuncia dal Consiglio di Stato (che ha in tal senso riconosciuto un sindacato di maggior attendibilità, dunque sostitutivo), a sua volta correlata alla struttura della fattispecie normativa di riferimento proposta (*rectius*, affermata) dal Collegio.

Una disquisizione intorno ad una tematica siffatta rischierebbe di condurre la trattazione al di fuori del suo tracciato. Ragione per cui si intende, in questa sede, virare il discorso sulla questione dell'ammissibilità di un sindacato sostitutivo da parte del giudice, e ciò pur nella consapevolezza del peso 'ridotto' (per non dire, addirittura, irrilevante) di tale tematica nell'impianto

⁶⁶⁷ Cons. Stato, sez. VI, n. 4990/2019, cit.

⁶⁶⁸ Cfr. *supra*, par. 1, parte finale, spec. in corrispondenza e con riguardo al contenuto stesso della nota - anche di richiami - n. 583.

argomentativo della decisione da ultimo analizzata⁶⁶⁹: non v'è dubbio, infatti, che una conclusione nel senso della non ammissibilità (o meglio, della incompatibilità con il sistema valoriale di riferimento) di un sindacato sostitutivo non potrebbe che porsi quale elemento ostativo all'accoglimento di quanto affermato *sic et simpliciter* nella pronuncia n. 4990 del 2019, 'costringendo', o, quanto meno, sollecitando la riflessione scientifica ad una riconsiderazione della soluzione offerta, nell'occasione, dal giudice amministrativo.

Invero, come già (più volte) accennato, da qualunque prospettiva lo si esamini, il *punctum dolens* della riflessione scientifica sulla discrezionalità tecnica, con precipuo riferimento al segmento tematico in cui si sostanzia l'oggetto della presente ricerca, non può che ruotare intorno all'indagine sulla conformazione del relativo sindacato da parte del giudice amministrativo (su cui di riflesso si erge la teoria dell'eccesso di potere giudiziario).

Del resto, come sottolineato da un Autore in un contributo⁶⁷⁰ di molto anteriore alla decisione sopra analizzata, ma tuttavia attuale nei suoi contenuti, poiché «il problema della discrezionalità tecnica è divenuto il problema del confine tra opinabilità ed opportunità», riproponendo «l'antico conflitto sui contenuti del sindacato sul potere», sembrerebbe «indubitabile che proprio questo finisca con l'essere il banco di prova per accertare esistenza e spessore di una riserva costituzionale di amministrazione nei confronti del potere

⁶⁶⁹ Come anticipato, nella stessa pronuncia n. 4990/2019 il Consiglio di Stato ha sottolineato come non apparisse corretto «impostare il discorso sul grado di intensità del controllo giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in termini di possibilità o meno di sindacato sostitutivo del giudice», i limiti cognitivi insiti nella tecnica del sindacato sull'esercizio del potere non operando «quando il giudice è pienamente abilitato a pervenire all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale invocata».

⁶⁷⁰ Si tratta dell'opera di F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, cit. La trattazione che segue recepisce alcuni dei rilievi dell'Autore (in certi punti riportati testualmente).

giurisdizionale»⁶⁷¹. In tale cornice, l'Autore evidenzia come occorra, al riguardo, «appurare se il quadro costituzionale offra elementi che, in ordine al controllo giurisdizionale sull'amministrazione, impongano di configurare questo controllo in termini peculiari e di respingere una vocazione radicalmente sostitutiva rispetto all'esercizio di un potere pubblico»⁶⁷².

Partendo dalla constatazione secondo cui il buon andamento ridonderebbe «in una vera e propria clausola di efficienza ed ottimale allocazione delle risorse», l'Autore osserva come (da ciò) «non poss[a]no non trarsi le giuste conseguenze in ordine al giusto equilibrio tra responsabilità e poteri»: in tale prospettiva, si evidenzia che «[S]e il circuito democratico deve nutrirsi del principio di rappresentatività e restare, di massima, imperniato sullo schema “corpo elettorale-Parlamento-Governo”, non può non guardarsi con cautela a fenomeni di completa sostituzione giudiziale nell'esercizio dei poteri che involgano, anche indirettamente, una responsabilità politica o che comunque recidano il collegamento tra tale schema e l'amministrazione»⁶⁷³.

Una tale ricostruzione è di sicuro pregio ermeneutico, non foss'altro che per il merito di ricondurre 'a sistema' (e, in particolare, al sistema costituzionale) il nucleo della tematica in analisi.

Con specifico riguardo al settore a cui si riferiscono le statuizioni della pronuncia sopra analizzata, è doveroso evidenziare come le considerazioni da ultimo effettuate debbano essere adeguate al particolare contesto di riferimento delle Autorità amministrative indipendenti, che non rispondono alla logica della responsabilità politica stante il loro immanente carattere di indipendenza e neutralità.

⁶⁷¹ F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, cit., 126.

⁶⁷² *Ivi*, 127.

⁶⁷³ *Ivi*, 128.

Nell'affrontare la questione, il medesimo Autore, dopo aver rimarcato come risulti configurabile un *potere pubblico* in capo alle Autorità «ogniquale volta la norma giuridica, basata su concetti indeterminati di stampo tecnico, abbia ad esse affidato il compito di elaborare la regola economica destinata a disciplinare il caso concreto», evidenziando di conseguenza che anche qui viene in rilievo «l'attuazione di concetti indeterminati a valenza tecnica da parte di un organismo di tipo (latamente) amministrativo», sottolinea come il sindacato debba prevalentemente ispirarsi al criterio della *ragionevolezza*: «[N]ello schema *norma-potere-effetto* il giudice non si può sostituire a un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere sia una di quelle compatibili con quel concetto giuridico indeterminato adoperato dalla legge»⁶⁷⁴.

Nell' prospettiva dell'Autore, tuttavia, una tale valutazione (posto, dunque, che un sindacato sostitutivo non sarebbe possibile) non esaurirebbe il problema, dovendosi verificare «se il criterio della ragionevolezza si atteggi nei medesimi termini che riguardano le altre amministrazioni o se vi siano alcune variabili di cui si debba necessariamente tener conto»⁶⁷⁵. Da qui la disquisizione in ordine al parametro di ragionevolezza, che si fonderebbe su un duplice fondamento, il primo derivante dalla impossibilità di distinguere (con certezza assoluta) tra scienze esatte e inesatte («e quindi dalla instabilità della tecnica», quest'ultima legittimando «una pluralità di soluzioni possibili per il caso concreto, aprendo il varco a quel vaglio giudiziale che si affida al criterio dell'attendibilità, della logicità, della ragionevolezza»), il secondo correlato alle contaminazioni tra gli ambiti della *opinabilità* e della *opportunità*⁶⁷⁶.

⁶⁷⁴ *Ivi*, 377-378-379.

⁶⁷⁵ *Ivi*, 380. Il modello del sindacato *debole* è dall'Autore descritto come «compatibile, dal punto di vista qualitativo, con l'attività delle autorità indipendenti», ciò non equivalendo ad affermare il suo spessore a livello quantitativo.

⁶⁷⁶ *Ivi*, 380-381.

Qui il fulcro della questione. Se, infatti, il primo (suddetto) fondamento - a detta dell'Autore - «sicuramente attiene al caso delle autorità indipendenti», il secondo - «che caratterizza il sindacato giudiziale come *debole*» - sembrerebbe invece «estraneo ai compiti di vigilanza del mercato»: sostiene il medesimo Studioso che «[A]l di là delle preventivate incertezze tecniche [...], non possiamo registrare una valutazione di opportunità e convenienza rimessa, in chiave finalistica, a queste autorità indipendenti. Non possiamo configurare un potere che abbia uno spazio *libero* e insindacabile. Non è riferibile alle autorità indipendenti la nozione tradizionale di *merito* amministrativo. La configurazione di una riserva di amministrazione costituzionalmente fondata non vale per le autorità indipendenti (o, perlomeno, non può valere negli stessi termini che riguardano la P.A. contemplata nel disegno costituzionale)», caratterizzate in termini di poteri tecnici avulse dall'indirizzo politico⁶⁷⁷.

Ciononostante, dopo aver rappresentato ulteriori considerazioni in merito ai connotati peculiari di tali Autorità (specie quelle di vigilanza) ed in virtù di queste, nello stesso contributo si sottolinea come si avverta l'esigenza di connotare il parametro della ragionevolezza di un «contenuto più stringente»: partendo dall'idea di un libero mercato «sottratto alla direzione politica autoritaria», viene in tal senso rimarcato come il «miglior coordinamento possibile tra regolazione e vigilanza delle autorità e vaglio giudiziale» costituisca lo strumento finalizzato a scongiurare il rischio della deviazione da un tale modello⁶⁷⁸.

Nel pensiero dell'Autore, dunque, il sindacato sul potere delle Autorità è sì *debole* (e dunque non sostitutivo) - e ciò, al di là delle definizioni

⁶⁷⁷ *Ivi*, 381.

⁶⁷⁸ *Ivi*, 383. Secondo Cintioli, il sistema deve poter realizzare un equilibrio in cui né l'autorità né il giudice «finiscano per imporre una propria idea assoluta di libero mercato, sovrapponendola alle varianti che il mercato può assumere entro lo schema di quello che si è definito *il miglior libero mercato possibile*».

terminologiche, che, come già detto, sono state pressoché superate dalla giurisprudenza amministrativa⁶⁷⁹ - ma connotato da una particolare conformazione del parametro della ragionevolezza⁶⁸⁰.

Una siffatta ricostruzione deve, ad avviso di chi scrive, di nuovo, accogliersi con plauso, in quanto espressione (e migliore esplicazione) dei principi regolatori del diritto amministrativo (*in primis*, quelli enucleabili dall'art. 97 Cost.), nonché della stessa idea di 'amministrazione'. Del resto, un grande Studioso del diritto pubblico aveva evidenziato, tra i criteri di distinzione dell'amministrazione rispetto alla giurisdizione, proprio quello inerente alla prevalenza del momento della *volontà* nell'atto amministrativo, e di quello logico del *giudizio* nell'atto giurisdizionale⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ Cfr. *supra*, cap. 2, par. 2.3, nota n. 463.

⁶⁸⁰ La pregevole disamina di Cintioli [Id., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, cit.], di cui si è appena dato atto in trattazione, si conclude con un riepilogo delle considerazioni svolte, che possono essere così tracciate nelle loro coordinate essenziali: «[P]oiché le autorità sono titolari di un potere pubblico, non può ad esse sostituirsi interamente il giudice amministrativo. Il suo sindacato è dunque basato sul criterio di ragionevolezza-proporzionalità. [...] Il controllo del giudice amministrativo va eseguito nel segno della *bivalenza* del canone di ragionevolezza» (409). Al riguardo, invero, l'Autore aveva rimarcato precedentemente in trattazione che «il controllo *debole*, attuato con la clausola di ragionevolezza, ha una *funzione bivalente*, la quale opera in due direzioni opposte: da un lato, salva alcune prerogative dell'amministrazione verso la giurisdizione, pone alcuni limiti a quest'ultima ed assicura in questo modo il raccordo tra la titolarità del potere e la responsabilità giuridica e politica; dall'altro, garantisce al giudice, verso l'amministrazione, alcuni strumenti conoscitivi che sono indispensabili per adeguare la tutela giurisdizionale al canone di effettività» (255). Osserva ancora lo Studioso, in sede di riepilogo delle conclusioni, che «[S]e la sostituzione del giudice è preclusa, nondimeno il controllo dev'essere effettivo sulla concreta regola economica di buon funzionamento del mercato che ha guidato la decisione amministrativa. È grazie all'effettività di questo controllo che si attua quel bilanciamento tra poteri che riconduce armonicamente il ruolo dell'autorità entro il quadro costituzionale», e ancora che «[...] l'autorità non può vantare una speciale sfera di *merito* amministrativo insindacabile, né una posizione costituzionale di rango più elevato rispetto alla P.A. legata al circuito della democrazia rappresentativa. Piuttosto, non si pone per l'autorità in modo così significativo la questione delle contaminazioni tra *opinabilità e opportunità* [...]» (409).

⁶⁸¹ S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, cit., 364.

Senza voler indugiare ulteriormente sui termini di un dibattito - quello sulle valutazioni tecniche - antico, ma costantemente rinnovato, irriducibile a *tipi* e modelli concettuali astratti, su cui, come lucidamente osservato, «neppure la dottrina [...] possiede un indirizzo unitario»⁶⁸², basti qui effettuare una considerazione utile nell'economia della presente trattazione, peraltro già innanzi accennata.

L'idea che il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica debba *sempre* (e, dunque, anche con riguardo al potere tecnico dell'AGCM) arrestarsi di fronte alla valutazione che risulti *ragionevole*, a patto poi di disquisire sulla pregnanza e sulla portata applicativa di una tale ragionevolezza, deve apprezzarsi, infatti, altresì - e soprattutto, viste le coordinate del presente lavoro - con riguardo ai riflessi in punto di (sindacato sui) motivi di giurisdizione: l'individuazione di uno spazio riservato alla sola amministrazione è *condicio sine qua non* per la configurabilità *in subiecta materia* di un eventuale eccesso di potere del giudice amministrativo, e, per tale via, del giudizio della Corte di Cassazione in un'ottica riequilibratrice del sistema.

Tralasciando, dunque, i settori in cui la stessa giurisprudenza amministrativa propugna, con riguardo all'apprezzamento di natura tecnica, un controllo giudiziale di tipo non sostitutivo⁶⁸³, è opportuno evidenziare come

⁶⁸² Quest'ultimo rilievo è di R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 173.

⁶⁸³ A titolo esemplificativo, cfr., di recente, cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 17 agosto 2020, n. 5049, e T.A.R. Lombardia (Milano), sez. IV, 1° aprile 2020, n. 581, in tema di giudizio sull'anomalia dell'offerta nell'ambito delle procedure di gara; Cons. Stato, sez. IV, 21 settembre 2020, n. 5537, sulle valutazioni delle Commissioni tecniche in ordine ai requisiti fisici per il reclutamento; in materia di Autorità indipendenti, con riguardo al potere tecnico dell'AGCOM, cfr. la pronuncia del T.A.R. Lazio (Roma), sez. III, 15 novembre 2019, n. 13143, di poco successiva a quella del Consiglio di Stato sopra analizzata, che osserva come il controllo giurisdizionale sulla regolazione non miri a sostituire la valutazione del giudice a quella dell'Autorità. Si deve dare atto, inoltre, di quanto statuito recentemente da Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2020, n. 1547. Nell'occasione, la VI sezione del Consiglio di Stato (la stessa che ha

una siffatta conformazione del sindacato (proprio) rispetto ai provvedimenti sanzionatori dell'AGCM sia stata ribadita dal giudice della giurisdizione in una recente pronuncia di poco antecedente a quella del Consiglio di Stato sopra esaminata⁶⁸⁴.

Una sintetica ricognizione della fattispecie sottoposta in tale circostanza all'attenzione della Corte è occasione propizia per una verifica di quanto a suo tempo evidenziato con riguardo altresì al tema della particolare declinazione del sindacato della Cassazione sull'eccesso di potere inficiante la decisione del giudice amministrativo che abbia statuito in materia di discrezionalità tecnica.

Nella specie⁶⁸⁵ l'AGCM, riscontrato un caso di pubblicità ingannevole compiuta in violazione degli artt. 19, 20 e 21 cod. cons., nella formulazione al tempo vigente, aveva disposto nei confronti della società ritenuta responsabile il divieto di ulteriore diffusione del messaggio pubblicitario e la conseguente irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria: a ciò era seguito l'annullamento della delibera da parte del T.A.R. e la condanna dell'AGCM al

adottato la decisione n. 4990 del 2019) ha rimarcato la natura non sostitutiva del sindacato giudiziale sui provvedimenti dell'AGCM (nel caso di specie si trattava di una misura cautelare emanata dall'Autorità): «[C]erto, da tempo la Sezione (cfr. Cons. St., VI, 14 ottobre 2016 n. 4266) ha chiarito che il sindacato di questo Giudice sui provvedimenti dell'AGCM si estende pure a quei profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne la legittimità. Ove questi includano valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità (com'è per la definizione di mercato rilevante), lo scrutinio di legittimità s'invera in un controllo di logicità, coerenza e ragionevolezza di tale giudizio e nella verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità. Ma la plausibilità di tal definizione e la relativa congruenza della misura cautelare da assumere non si pongono in contrasto con la giurisprudenza della Sezione o delle Corti europee. Per vero, l'individuazione del mercato rilevante, che identifica e delimita il contesto socioeconomico in cui opera l'impresa coinvolta nel procedimento innanzi all'AGCM, è riservata ad essa e, di massima, questo Giudice non vi si può sostituire, salvo che l'operato dell'Autorità presenti vizi di travisamento dei fatti, vizi logici e vizi di violazione di legge».

⁶⁸⁴ Si tratta di Cass. civ. s.u. ord. 7 maggio 2019, n. 11929.

⁶⁸⁵ La trattazione che segue riprende l'enunciazione dei fatti di causa contenuta in Cass. civ. s.u. n. 11929/2019, cit., ai fini che qui rilevano.

risarcimento dei danni subiti dalla società, decisione poi confermata dal Consiglio di Stato (che purtuttavia riduceva l'ammontare del risarcimento).

Il giudice d'appello evidenziava come, nell'aver rilevato la natura non pubblicitaria e il carattere non ingannevole del messaggio, il T.A.R. non si fosse indebitamente sostituito all'Autorità nell'esplicazione di funzioni proprie della stessa, essendosi limitato a svolgere una consentita verifica dei presupposti di fatto posti a fondamento della decisione sanzionatoria, e ciò in linea con l'orientamento dello stesso Consiglio di Stato nonché della Cassazione a Sezioni unite.

Esclusa la violazione dei limiti esterni della giurisdizione, il giudice amministrativo di secondo grado riteneva, tuttavia, pertinenti le doglianze dell'Autorità con riguardo al carattere pubblicitario del volantino in questione e alla ingannevolezza del relativo messaggio, ma rilevava come, in mancanza della prova della diffusione del messaggio, il giudizio di annullamento del giudice di prime cure non potesse essere sovvertito: la nozione di *pubblicità* desumibile dall'art. 20 cod. cons., nella versione precedente alle modifiche di cui al d. lgs. n. 146 del 2007, facendo riferimento a “qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso”, richiedeva, infatti, quale elemento costitutivo del messaggio pubblicitario, la diffusione dello stesso, elemento che non poteva dirsi provato nel caso di specie dall'Autorità.

L'Autorità proponeva ricorso per Cassazione, deducendo molteplici profili censori afferenti ad un preteso eccesso di potere del Consiglio di Stato, tutti prontamente ritenuti infondati dalla Suprema Corte⁶⁸⁶.

Dopo aver ricordato i principi invalsi nella prassi delle Sezioni unite con riguardo ai caratteri propri di tale vizio in un'ottica generale, la Cassazione si è

⁶⁸⁶ Come anticipato nella nota precedente, quanto finora riportato ricalca l'esposizione dei fatti di causa descritta in Cass. civ. s.u. n. 11929/2019, cit. Della stessa pronuncia si darà atto, di qui in appresso, dell'impianto argomentativo essenziale.

soffermata sugli orientamenti giurisprudenziali in punto di controllo giurisdizionale sui provvedimenti delle Autorità indipendenti, con particolare riguardo alle sanzioni comminate da queste ultime, rievocando, tra l'altro, quanto puntualizzato in più occasioni dal Consiglio di Stato in ordine al potere del giudice amministrativo di effettuare un controllo in sede giurisdizionale dei *fatti* posti a fondamento dei provvedimenti sanzionatori di tali Autorità⁶⁸⁷, nonché, in punto di riconoscimento del carattere pieno della giurisdizione del giudice amministrativo, l'orientamento ormai recepito in tema di *full jurisdiction*⁶⁸⁸.

La Cassazione ha altresì rimarcato quanto in passato chiarito dalle stesse Sezioni unite, secondo cui «se al giudice amministrativo non è consentito sostituirsi all'Autorità nelle attività di accertamento ed applicazione della legge

⁶⁸⁷ Cass. civ. s.u. n. 11929/2019, cit. Le Sezioni unite hanno richiamato, al riguardo, tra l'altro, Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302. In tale occasione il Consiglio di Stato ha statuito, *inter alia*, che «[I]l sindacato del giudice amministrativo è [...] pieno e particolarmente penetrante e può estendersi sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, e, in superamento della distinzione tra sindacato 'forte' o 'debole', va posta l'attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato, certamente non debole, tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito all'Autorità sia stato correttamente esercitato».

⁶⁸⁸ Cass. civ. s.u. n. 11929/2019, cit. La Cassazione ha qui menzionato Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596. Quest'ultima, sulla scorta della giurisprudenza convenzionale (cfr. le già citate pronunce della II sezione della Corte Edu, 27 settembre 2011 e 4 marzo 2014), ha statuito che: «[N]ei casi in cui, come accade negli ordinamenti di molti Stati membri, il procedimento amministrativo non offra garanzie equiparabil[i] a quelle del processo giurisdizionale, allora l'art. 6, par. 1, postula che l'interessato che subisce la sanzione abbia la concreta possibilità di sottoporre la questione relativa alla fondatezza dell'accusa penale contro di lui mossa ad un organo indipendente e imparziale dotato del potere di esercitare un sindacato di *full jurisdiction*. Il sindacato di *full jurisdiction* implica, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, il potere del giudice di sindacare la fondatezza, l'esattezza e la correttezza delle scelte amministrative così realizzando, di fatto, un *continuum* tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale». Sul tema cfr. altresì *supra*, cap. 2, par. 2.3, nota n. 464.

con un proprio provvedimento, nondimeno il sindacato giurisdizionale non può dirsi limitato ai profili giuridico-formali dell'atto amministrativo», la necessità di una tutela piena richiedendo che «anche le eventuali contestazioni in punto di fatto debbano esser risolte dal giudice, quando da tali contestazioni dipenda la legittimità del provvedimento amministrativo che ha inciso sulla posizione giuridica del soggetto»⁶⁸⁹. La Corte ha poi osservato come tali principi siano stati completati dalle Sezioni unite affermando che «quando entra in gioco una valutazione di natura tecnica operata dall'Autorità garante[,] la verifica del giudice, inserendosi pur sempre in un sindacato di legittimità e non di merito, è destinata ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce d'individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo»⁶⁹⁰.

In definitiva, prendendo le mosse dalla «tendenza verso un sindacato giurisdizionale pieno sì, ma non integralmente sostitutivo delle prerogative riservate all'Autorità», che sarebbe stata «del resto condivisa dal Consiglio di

⁶⁸⁹ Cass. civ. s.u. n. 11929/2019, cit. Le Sezioni unite hanno ripreso in tal senso le considerazioni di Cass. civ. s.u. n. 1013/2014, cit. (richiamata, nell'ottica di una riconsiderazione dei relativi principi, dallo stesso Cons. di Stato nella pronuncia n. 4990/2019 sopra analizzata: cfr. *supra*, in corrispondenza della nota n. 665), che ha statuito il seguente principio di diritto: «[I]l sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità - come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza - detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini».

⁶⁹⁰ Cass. civ. s.u. n. 11929/2019, cit., che richiama ancora, in tal senso, Cass. civ. s.u. n. 1013/2014, cit.

Stato»⁶⁹¹, il giudice dei conflitti ha evidenziato come «la prospettiva segnata da queste Sezioni Unite, orientata a garantire un corretto bilanciamento fra le esigenze di un organo appositamente costituito per valutare l'incidenza di comportamenti scorretti in ambiti nevralgici della vita socioeconomica del paese e per ciò stesso dotati di qualificate strutture tecniche ed i diritti dei soggetti sottoposti alle attività di verifica e controllo delle Autorità, tend[a] sicuramente a salvaguardare una sfera di valutazione dell'Autorità alla quale il giudice non può sostituirsi integralmente quando essa involge aspetti di natura tecnico-discrezionale, senza che ciò possa tuttavia giustificare la sottrazione dell'Autorità stessa ad un controllo giurisdizionale di natura piena ed effettiva, direttamente conseguente alla pienezza delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte»⁶⁹².

Tutto ciò considerato, le censure della ricorrente AGCM, vertenti, come chiarito dalla Corte, «sul dedotto sconfinamento del controllo giurisdizionale da parte del Consiglio di Stato che si sarebbe sostituito nelle valutazioni dell'Autorità in ordine al carattere del messaggio pubblicitario tanto in punto di diffusione dello stesso - al punto di ricostruire una nozione di pubblicità diversa da quella normativamente determinata - quanto soprattutto sulla ponderazione

⁶⁹¹ Cass. civ. s.u. n. 11929/2019, cit. Tra le pronunce del Consiglio di Stato, menzionate in tale sede dalla Corte, che condividerebbero tale impostazione (i.e. sindacato del giudice amministrativo pieno ma non sostitutivo delle prerogative spettanti all'AGCM) vi sono Cons. Stato, sez. VI, n. 2479/2015, cit. e Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2016, n. 2947. La Cassazione ha inoltre sottolineato (punto 3.12 in motivazione) come la tendenza richiamata in trattazione abbia ricevuto una conferma importante in sede normativa con il già menzionato disposto di cui all'art. 7, comma 1, sec. periodo, d. lgs. n. 3/2017, evidenziando che in tal modo è stata normativizzata parte dei principi espressi proprio nella predetta pronuncia delle Sezioni unite n. 1013/2014 con riguardo alla «riserva comunque garantita all'Autorità in tema di valutazioni tecnico discrezionali». Una siffatta interpretazione della novità normativa in oggetto da parte della Cassazione è stata già evidenziata innanzi in trattazione (cfr. *supra*, in corrispondenza e con riguardo al contenuto stesso della nota n. 654).

⁶⁹² Cass. civ. s.u. n. 11929/2019, cit.

della rilevanza di un singolo messaggio ai fini della configurabilità di una pratica scorretta, in tal modo travalicando i limiti esterni della giurisdizione [...]», sono state ritenute dal giudice della giurisdizione destituite di fondamento⁶⁹³.

La Cassazione ha evidenziato, invero, che il motivo di ricorso proposto dall’Autorità indipendente si sarebbe fondato su di un (vero e proprio) *error iuris* in cui sarebbe incorso il giudice amministrativo per aver valorizzato un elemento (i.e. la diffusione della pubblicità) a detta della ricorrente estraneo al parametro normativo di cui al vigente art. 20 cod. cons.: in tal senso, il giudice dei conflitti ha osservato come nel ritenere illegittima la sanzione adottata in assenza del carattere della ‘diffusione’ del messaggio, la decisione del Consiglio di Stato non abbia invaso la sfera riservata all’amministrazione nell’opera di individuazione della condotta di scorretta pubblicità, «avendo proceduto all’individuazione dei fatti posti a base del provvedimento, alle valutazioni delle prove fornite dall’amministrazione in ordine al contenuto diffusivo del messaggio sulla base dell’interpretazione del concetto giuridico di pubblicità e della clausola della diffusione del messaggio espressa dal legislatore del tempo all’interno del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 20, comma 1[,] senza che tale sindacato abbia riguardato valutazioni di natura economica o comunque ambiti di discrezionalità tecnica riservati in via esclusiva all’Autorità»⁶⁹⁴.

Proprio in tale prospettiva viene in rilievo quanto a suo tempo evidenziato in punto di conformazione del sindacato della Corte regolatrice della giurisdizione sulla decisione del giudice amministrativo che abbia effettuato un controllo sulle valutazioni tecniche dell’amministrazione⁶⁹⁵: in tale sede si è dato atto, infatti, della natura ‘maggiormente semplificata’ *in subiecta materia* del giudizio del giudice dei conflitti, a sua volta connaturata alla

⁶⁹³ *Ibidem*.

⁶⁹⁴ *Ibidem*.

⁶⁹⁵ Cfr. *supra*, par. 1, parte finale.

particolare struttura del controllo giudiziale sulla discrezionalità propriamente tecnica, imperniato preliminarmente su di un sindacato di tipo ‘pieno’ sui presupposti di fatto alla base della sanzione poi effettivamente irrogata. In un siffatto contesto, infatti, non venendo in rilievo quella *medesima* necessità di ‘ponderazione di interessi’ che costituisce il nocciolo duro dell’esplicazione del potere discrezionale puro, è (quasi) logico constatare come più marcati risultino i contorni del confine tra potestà giurisdizionale e potestà amministrativa, e che, di conseguenza, meno impercettibile sia la demarcazione tra l’errore del giudice amministrativo che si sostanzia in una cattiva interpretazione e/o applicazione del parametro di legittimità e quello che trasmoda in eccesso di potere *sub specie* di sconfinamento nel merito insindacabile (tenuto conto, peraltro, di quanto *supra* evidenziato con riferimento alla difficoltà di concepire, rispetto alle Autorità amministrative indipendenti, un concetto di *merito* in senso tradizionale).

In altri termini, assunta la natura non sostitutiva del sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica (ciò costituendo, come detto, elemento indefettibile perché possa in astratto qui configurarsi una ipotesi di eccesso di potere del giudice amministrativo), quanto più netta risulterà nel caso di specie la linea distintiva tra ciò che è *presupposto di fatto* (pienamente sindacabile dal giudice) e ciò che costituisce l’essenza del giudizio (tecnico) *opinabile* dell’amministrazione, tanto meno arduo potrà essere l’apprezzamento della Corte in ordine alla integrazione nella fattispecie concreta di un mero *error in iudicando*, che attiene essenzialmente alla sfera del primo, ovvero di un eccesso di potere giurisdizionale, che afferisce all’area del secondo.

Una tale impostazione risulta, ad avviso di scrive, coerente con quanto affermato dalla Cassazione nella pronuncia da ultimo analizzata, laddove la Corte ha evidenziato come si fosse trattato, in definitiva, di «un sindacato giurisdizionale pieno ed approfondito, puntualmente rivolto all’individuazione

dei presupposti di fatto sottesi all'adozione del provvedimento sanzionatorio correlato ad un messaggio pubblicitario che, per essere passibile di sanzione, presupponeva la qualificazione in termini di illiceità del messaggio pubblicitario ingannevole "ai sensi della presente sezione" - come recitava il D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 26, comma 2 - "sulla base di elementi probatori[o] idonei a concludere l'esistenza di una pubblicità ingannevole"», quest'ultima evenienza essendo stata esclusa dal giudice amministrativo, senza che potesse dirsi travalicato il potere dell'Autorità⁶⁹⁶.

In definitiva, dunque, il giudice dei conflitti ha escluso la violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, sull'assunto che attenesse ai limiti interni di quest'ultima la contestazione nella specie esposta dall'AGCM, questa risolvendosi «nella postulata erroneità della qualificazione giuridica del concetto di pubblicità che sarebbe stata operata dal Consiglio di Stato»: il giudice amministrativo - ha, infatti, osservato la Corte - «si è pienamente attenuto al sindacato pieno al medesimo riservato in materia e non si è affatto sostituito all'autorità ricostruendo un'ipotesi alternativa di pubblicità scorretta rispetto a quella presa a modello dall'Autorità stessa»⁶⁹⁷.

Tutto ciò considerato, va da sé, in un'ottica generale, che una volta 'risolto' il problema della conformazione del sindacato (del giudice amministrativo prima e, di conseguenza, del giudice dei conflitti poi) sul giudizio tecnico, qualora residui un segmento dell'azione amministrativa 'puramente' discrezionale, quest'ultimo sarà soggetto al sindacato del giudice amministrativo, ed eventualmente a quello della Cassazione - qualora, in sede di controllo sull'eccesso di potere amministrativo, il giudice abbia oltrepassato i limiti del suo sindacato, impingendo così nella sfera del merito riservato - secondo i criteri e i principi delineati innanzi in trattazione. A ben vedere,

⁶⁹⁶ Cass. s.u. n. 11929/2019, cit.

⁶⁹⁷ *Ibidem*.

tuttavia, tale assunto necessiterebbe di essere validato a seguito di una indagine ulteriore: quella concernente la natura e il meccanismo di operatività della c.d. discrezionalità mista⁶⁹⁸.

2. *Il sindacato sull'eccesso di potere del giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione di merito: il ricorso "improprio" al giudizio di ottemperanza.*

Come anticipato, l'invasione giudiziale delle prerogative amministrative è configurabile altresì qualora la cognizione del giudice risulti già, per espressa previsione di legge, estesa al merito, in una cornice, tuttavia, affatto specifica.

⁶⁹⁸ Cfr. sul punto la riflessione di A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, cit., 594-595. Cfr. altresì quanto osservato da P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, cit., 97-98, che si sofferma sui rapporti tra apprezzamento tecnico e apprezzamento amministrativo, il primo «compiuto alla stregua di cognizione, norme e criteri tecnici», il secondo «compiuto alla stregua di norme di buona amministrazione e di massime di esperienza». Senza voler indugiare sulla disamina dell'Autore, che dà atto - poi declinandole sinteticamente - delle «fortissime divergenze sul modo di concepire le relazioni fra i due apprezzamenti», ci si limita a riportare il seguente, interessante passaggio, in cui lo Studioso afferma che «o l'impiego delle cognizioni tecniche è circoscritto al solo accertamento dei presupposti nella fase preparatoria o istruttoria del procedimento ed allora ci troveremo di fronte ad un *accertamento tecnico* di un presupposto e non già di fronte ad una discrezionalità tecnica, giacché l'atto emanato sulla base della sussistenza di quei presupposti, a sua volta, potrà essere discrezionale o vincolato, secondo che la legge conferisca alla autorità amministrativa la scelta se emanarlo o meno, sul contenuto dell'atto e sul momento e le modalità dell'emanazione; ovvero l'impiego delle cognizioni tecniche contribuisce ad illuminare l'autorità nel momento della determinazione volitiva circa la preferenza da accordare all'una soluzione piuttosto che all'altra ed allora diremo che ci troviamo di fronte ad un provvedimento discrezionale, che sia nell'emanazione che nel contenuto non è influenzato esclusivamente da considerazioni di carattere tecnico [...]». Al riguardo, Virga evidenzia (98, nota n. 14) come la commistione dei due apprezzamenti con riguardo alla fase della determinazione volitiva, che sarebbe stata sottolineata dalla giurisprudenza in maniera ripetuta (al riguardo l'Autore cita Cass. civ. s.u. 31 luglio 1955, n. 2482, in *Mass. giur. it.*, 1955, n. 602), abbia indotto parte della dottrina a configurare un *tertium genus* di discrezionalità, c.d. mista, comprendente sia le valutazioni tecniche che gli apprezzamenti amministrativi.

In considerazione della particolare conformazione del vizio in esame è evidente, infatti, come oltremodo particolari risultino i parametri di sindacato della Corte regolatrice della giurisdizione nelle controversie in cui il giudice esercita una giurisdizione di merito, come in caso di giudizio di ottemperanza⁶⁹⁹ (art. 134, comma 1, lett. *a*, c.p.a.).

Nelle more di quest'ultimo, infatti, il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione (art. 7, comma 6, c.p.a.), procedendo altresì a determinare il contenuto del provvedimento ovvero ad emanare lo stesso in luogo dell'amministrazione (art. 114, comma 4, lett. *a*, c.p.a.), anche nominando, ove occorra, un commissario *ad acta* (art. 114, comma 4, lett. *d*, c.p.a.).

È chiaro che in una tale evenienza il sindacato della Corte di Cassazione in sede di ricorso per motivi di giurisdizione *ex art.* 111, comma 8, Cost. si innesta su di un tracciato ermeneutico peculiare, non potendo ravvisarsi l'eccesso di potere del giudice amministrativo *sub specie* di invasione del potere discrezionale dell'amministrazione «nel fatto in sé che il giudice dell'ottemperanza, rilevata la violazione od elusione del giudicato amministrativo, abbia adottato (o ordinato di adottare) quei provvedimenti che l'amministrazione inadempiente avrebbe dovuto già essa stessa attuare»,

⁶⁹⁹ In tema di giudizio di ottemperanza, cfr. M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 4, 1157 ss., anche per la pregevole disamina effettuata dall'Autore sul tema dei rapporti tra amministrazione e giurisdizione; G. VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 642 ss.; V. CAIANIELLO, v. *Esecuzione delle sentenze nei confronti della pubblica amministrazione*, agg. III, in *Enc. dir.*, Milano, 1999; L. VERRIENTI, v. *Giudizio di ottemperanza*, agg. 2011, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991; C.E. GALLO, v. *Ottemperanza (giudizio di) (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir.*, *Annali* II-2, Milano, 2008, 818 ss. Cfr. altresì A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, tomo V, Milano, 2003, 4605 ss.; G. MARI, *Il giudizio di ottemperanza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, II, Milano, 2013, 457 ss. Più di recente, F. D'ALESSANDRI, v. *Giudizio di ottemperanza nel processo amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2017; S. TARULLO, v. *Ottemperanza (giudizio di)*, *ivi*, 2017.

proprio in ciò sostanziandosi la funzione dell'ottemperanza, «che, in ossequio al principio dell'effettività della tutela giuridica e per soddisfare pienamente l'interesse sostanziale del soggetto ricorrente, non può arrestarsi di fronte ad adempimenti parziali, incompleti od elusivi del contenuto della decisione del giudice amministrativo»⁷⁰⁰.

Occorre considerare, peraltro, come la natura mista di esecuzione e di cognizione del giudizio di ottemperanza⁷⁰¹ - in considerazione del fatto che

⁷⁰⁰ Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit., che richiama, tra l'altro, Cass. civ. s.u. 19 agosto 2009, n. 18375, secondo cui «[N]el caso in cui l'amministrazione adotti un qualche provvedimento in violazione od elusione del contenuto del giudicato amministrativo non può sostenersi fondatamente che il giudice dell'ottemperanza, che rileva la violazione o l'elusione, e provvede di conseguenza, invade la sfera riservata al potere discrezionale della Pubblica Amministrazione, atteso che, in ossequio al principio di effettività della tutela giuridica, il giudizio di ottemperanza, al fine di soddisfare a pieno l'interesse sostanziale del soggetto ricorrente, non può arrestarsi dinanzi ad adempimenti parziali o incompleti o a condotte addirittura elusive del contenuto della decisione del giudice amministrativo». In senso analogo cfr., *ex multis*, Cass. civ. s.u. n. 736/2012, cit. Di recente cfr. Cass. civ. s.u. 30 maggio 2018, n. 13702 e Cass. civ. s.u. 29 marzo 2017, n. 8112.

⁷⁰¹ Sottolinea che «[S]u questo punto la giurisprudenza è conforme, con riferimento sia al Consiglio di Stato, sia alla Corte di cassazione, sia, infine, alla Corte costituzionale, ed unanime è anche la letteratura [...]» C.E. GALLO, *Ottemperanza*, cit., 818-819. Cfr. M. NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27, n. 4 della legge sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1954, anche in Id., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996, 175 ss.; Id., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit., 1190. In quest'ultimo contributo, nell'«insistere» nella definizione del giudizio di ottemperanza come giudizio misto di cognizione e di esecuzione, Nigro effettua altresì una precisazione richiamando quanto dallo stesso in precedenza sostenuto: «[F]orse però rovescerei l'ordine di prevalenza dei due momenti e non direi più che si tratta di un giudizio *necessariamente di cognizione ed eventualmente di esecuzione* (*Sulla natura giuridica*, [...]), ma che si tratta di un *giudizio necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione*» (1190, nota n. 33). Cfr. altresì C. CALABRÒ, *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza ai giudicati*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, 3, secondo cui «si può dire sommariamente e approssimativamente che il giudizio di ottemperanza è un procedimento misto, con connotazioni sia di cognizione che di esecuzione, rispettivamente più o meno marcate e prevalenti a seconda dei casi; ma purché non si perda di vista che sia sotto l'uno che sotto l'altro aspetto il giudizio d'ottemperanza comporta la *sostituzione* del giudice amministrativo all'amministrazione inottemperante nel rifacimento di un tratto di azione amministrativa». Evidenza «l'esistenza, in tale giudizio, di un momento cognitorio, diretto a verificare la sussistenza dei presupposti per l'intervento del giudice (in particolare

«spesso la regola posta dal giudicato amministrativo è una regola implicita, elastica, incompleta, che spetta al giudice dell'ottemperanza completare ed esplicitare»⁷⁰² - induca ad una riflessione molto delicata sul tema dei rapporti tra amministrazione e giurisdizione, quest'ultimo costituendo il *punctum dolens* dell'intera indagine di cui al presente lavoro (basti pensare, al riguardo, al vivace dibattito circa la natura giurisdizionale o amministrativa dell'attività del giudice dell'ottemperanza⁷⁰³).

l'inadempimento)» altresì E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1038. Cfr. in posizione peculiare A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 392, il quale, dopo aver dato atto delle interpretazioni secondo cui il giudizio di ottemperanza presenterebbe profili composti di cognizione ed esecuzione, a tale concezione obietta che «da nozione di esecuzione di una sentenza non implica che tutti i contenuti dell'attività richiesta siano già definiti nella sentenza: presupposto dell'esecuzione è semplicemente una sentenza esecutiva che non abbia ricevuto esecuzione».

⁷⁰² Cons. Stato, sez. VI, 16 ottobre 2007, n. 5409. Cfr. M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit., 1168 e 1190: «[...] la regola posta dalla sentenza amministrativa è (o può essere) una regola implicita, elastica, incompleta e condizionata. Spetta al giudice dell'ottemperanza: rendere esplicita la regola traducendo dal negativo al positivo gli accertamenti del primo giudice sul corretto modo di esercizio del potere; dare un contenuto concreto all'obbligo delle ripristinazioni risolvendo i molti problemi possibili al riguardo; identificare il vincolo gravante sui tratti di azione amministrativa non incisi direttamente dal giudicato; decidere circa la rilevanza delle sopravvenienze» (1190). Cfr. altresì Cons. Stato, sez. VI, 17 maggio 2013, n. 2680, in cui si evidenzia che l'affermazione tradizionale secondo cui il giudicato amministrativo è un 'giudicato a formazione progressiva' e che il giudizio di ottemperanza non ha natura meramente esecutiva, ma anche cognitiva, intende esprimere proprio il principio secondo cui la regola di comportamento derivante dal giudicato in capo all'amministrazione non è solo quella scolpita nel dispositivo, ma è più ampia, in quanto dotata di margini di elasticità e suscettibile di essere puntualizzata e concretizzata dal giudice in sede di ottemperanza, l'individuazione del reale contenuto di una siffatta regola essendo così oggetto di un processo di formazione progressiva: tale regola viene, invero, esplicitata in maniera definitiva proprio nel giudizio di ottemperanza, che, dunque, non è meramente esecutivo, bensì anche cognitivo, dovendo il giudice dell'ottemperanza prima di tutto delimitare la reale portata della regola conformativa rinveniente dall'ottemperando giudicato.

⁷⁰³ Cfr. ancora M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit., 1186 ss., che ritiene che tale attività vada qualificata «integralmente ed esclusivamente come attività giurisdizionale».

L'opera ermeneutica di definizione dell'eccesso di potere del giudice amministrativo *in subiecta materia* sottintende necessariamente, dunque, una constatazione di ordine logico, prima che giuridico, perspicuamente illuminata dalla giurisprudenza della Suprema Corte: «se lo sconfinamento nel merito del giudice amministrativo oltre i limiti della sua naturale giurisdizione di legittimità è sindacabile ad opera della Cassazione [...], appare del tutto ragionevole dedurre che un analogo sindacato sia esercitabile anche nel caso in cui, essendo invece un potere di giurisdizione di merito espressamente conferito dalla legge al medesimo giudice amministrativo, venga addebitato al Consiglio di Stato di avere ecceduto il limite entro il quale quel potere gli compete: di avere, cioè, esercitato una giurisdizione di merito in presenza di situazioni che avrebbero potuto dare adito solo alla normale giurisdizione di legittimità, e quindi all'esercizio di poteri cognitivi e non anche esecutivi [...] o che comunque non avrebbero potuto dare ingresso all'anzidetta giurisdizione di merito», in ciò riproponendosi «l'identica tematica dell'invasione non consentita, ad opera del giudice, della sfera di attribuzioni riservata alla pubblica amministrazione»⁷⁰⁴.

Dando seguito ad un orientamento ormai consolidato, in una recente pronuncia la Suprema Corte ha ribadito il nucleo definitorio della categoria in esame statuendo che, proprio in virtù della natura di giurisdizione (anche) di merito del giudizio di ottemperanza, al fine di distinguere le fattispecie in cui il sindacato sui limiti di tale giurisdizione è consentito da quello in cui risulta invece inammissibile, è decisivo stabilire se oggetto di censura sia il *modo* in cui il potere giurisdizionale di ottemperanza è stato esercitato dal giudice amministrativo, ciò attenendo ai limiti interni della giurisdizione, oppure la *possibilità* stessa, in una determinata situazione, di ricorrere all'ottemperanza, in

⁷⁰⁴Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit. In senso analogo, *ex multis*, Cass. civ. s.u. n. 736/2012, cit.

quest'ultima evenienza venendo in rilievo una questione afferente ai limiti esterni della giurisdizione⁷⁰⁵.

Qualora, dunque, l'ottemperanza sia stata incardinata a causa di comportamenti elusivi o in contrasto con il giudicato, non potranno essere sindacati dal giudice dei conflitti eventuali errori del giudice amministrativo nella interpretazione del giudicato stesso così come nella individuazione dei relativi effetti conformativi⁷⁰⁶, ovvero nella ricostruzione della successiva attività dell'amministrazione e nella valutazione di non conformità di questa agli obblighi promananti dal giudicato⁷⁰⁷, gli stessi afferendo ai summenzionati limiti interni alla giurisdizione. Al contrario, alla Corte regolatrice della giurisdizione sarà consentito conoscere quelle doglianze che pongano in discussione la circostanza che, nella fattispecie, un siffatto potere, con la peculiare estensione che lo caratterizza, a detto giudice spettasse o meno, solo in tale evenienza integrandosi una ipotesi di superamento dei limiti esterni alla funzione giurisdizionale⁷⁰⁸. Nello specifico, la Cassazione ha rimarcato come il giudizio di ottemperanza, in particolare qualora venga denunciato un comportamento

⁷⁰⁵ Cass. civ. s.u. 31 maggio 2019, n. 15047. Nello stesso senso, *ex plurimis*, Cass. civ. s.u. 14 gennaio 2019, n. 617; Cass. civ. s.u. n. 30421/2018, cit.; Cass. civ. s.u. 18 giugno 2018, n. 16016; Cass. civ. s.u. 30 maggio 2018, n. 13699; Cass. civ. s.u. 20 giugno 2017, n. 15275; Cass. civ. s.u. n. 2289/2014, cit.; Cass. civ. s.u. n. 10060/2013, cit.; Cass. civ. s.u. n. 736/2012, cit.; Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit. Cfr. altresì *supra*, cap. 1, par. 2.3, nota n. 174.

⁷⁰⁶ Cfr. di recente, *ex plurimis*, Cass. civ. s.u. n. 15047/2019, cit. e Cass. civ. s.u. n. 617/2019, cit.

⁷⁰⁷ Cass. civ. s.u. n. 16016/2018, cit. Cfr. altresì, *ex multis*, Cass. civ. s.u. n. 13699/2018, cit., e Cass. civ. s.u. n. 30421/2018, cit., secondo cui «ove le censure mosse alla decisione del Consiglio di Stato riguardino l'interpretazione del giudicato, l'accertamento del comportamento tenuto dall'Amministrazione e la valutazione di conformità di tale comportamento rispetto a quello che si sarebbe dovuto tenere, gli errori nei quali il giudice amministrativo può eventualmente incorrere, essendo inerenti al giudizio di ottemperanza, restano interni alla giurisdizione stessa e non sono sindacabili dalla Corte di cassazione». In senso analogo, tra le altre, Cass. civ. s.u. 2 febbraio 2015, n. 1823.

⁷⁰⁸ Cfr. la giurisprudenza *supra* richiamata, nota n. 705. Cfr. altresì *supra*, cap. 1, par. 2.3, nota n. 174.

dell'amministrazione elusivo del giudicato, si sostanzia in una triplice operazione: a) interpretazione del giudicato, al fine di individuare il comportamento doveroso per l'amministrazione in sede di ottemperanza; b) accertamento del comportamento effettivamente tenuto dalla stessa amministrazione; c) valutazione della conformità del comportamento tenuto dall'amministrazione rispetto a quello che avrebbe dovuto tenere; gli errori nei quali incorra il giudice amministrativo nel compimento di tali operazioni, così come i vizi inficianti la motivazione sui medesimi punti, essendo inerenti al giudizio di ottemperanza, restano confinati all'interno della giurisdizione medesima e non possono, per tale via, costituire oggetto di sindacato della Suprema Corte⁷⁰⁹.

L'eccesso di potere giurisdizionale è rilevabile, al contrario, ogniqualvolta venga denunciato «l'esercizio indebito ad opera del Consiglio di Stato della speciale giurisdizione d'ottemperanza, con i conseguenti riflessi sul merito amministrativo, in fattispecie suscettibili invece soltanto di essere trattate dal giudice amministrativo nell'ambito della normale giurisdizione di legittimità (o eventualmente nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva), così come in qualsiasi altra situazione in cui il giudizio di ottemperanza, estrinsecandosi nell'emanazione di un ordine di fare (o di non fare) rivolto dal giudice all'amministrazione, si sia esplicato al di fuori dei casi nei quali un siffatto ordine poteva essere impartito»⁷¹⁰.

Con riguardo al profilo della interpretazione della decisione oggetto dell'ottemperanza, è, dunque, insegnamento costante in giurisprudenza quello secondo cui questa rientrerebbe nelle attribuzioni del giudice amministrativo, con la conseguenza che eventuali errori commessi in tale sede, sostanziandosi in meri *errores in iudicando*, non investirebbero i limiti esterni delle attribuzioni

⁷⁰⁹ Cass. civ. s.u. n. 736/2012, cit. In senso analogo, tra le altre, Cass. civ. s.u. 31 marzo 2015, n. 6494; Cass. civ. s.u. 28 febbraio 2017, n. 5058.

⁷¹⁰ Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit.

giurisdizionali del giudice amministrativo, escludendosi, in questo modo, la possibilità del relativo ricorso in Cassazione per motivi di giurisdizione⁷¹¹.

In materia una precisazione è, tuttavia, d'obbligo.

La giurisprudenza ha avuto modo di evidenziare, infatti, che, in caso di giudizio di ottemperanza vertente su un giudicato del giudice amministrativo, sostanziosamente l'oggetto di tale giudizio nella verifica dell'effettivo adempimento, da parte dell'amministrazione, dell'obbligo di conformarsi al comando impartito dal giudice della cognizione, il giudice dell'esecuzione sarà chiamato non soltanto ad enucleare e precisare il contenuto degli obblighi promananti dalla sentenza passata in giudicato, chiarendone il reale significato, ma altresì ad adottare una statuizione analoga a quella che potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione qualora emergano problemi interpretativi la cui soluzione costituisca presupposto indispensabile in ordine alla verifica dell'esattezza dell'esecuzione⁷¹².

Si è altresì, in questa prospettiva, (pertanto) affermato, che, allorché l'ottemperanza inerisca ad un giudicato del giudice amministrativo, a quest'ultimo è riconosciuto un potere di integrazione del medesimo giudicato nella cornice degli ampi poteri tipici della giurisdizione di merito, esercitabili in vista dell'adeguamento della situazione al comando definitivo inevaso, un tale potere integrativo incontrando (tuttavia) il limite esterno della giurisdizione propria del giudice amministrativo, con la conseguenza che, ogniqualvolta la cognizione della questione controversa - la cui soluzione sia necessaria ai fini della verifica dell'esatto adempimento da parte dell'amministrazione obbligata -

⁷¹¹ Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ. s.u. n. 16016/2018, cit. Più in generale, con riguardo al tema dell'interpretazione giudiziale, cfr. quanto *supra* analizzato in trattazione, spec. in punto di eccesso di potere del giudice amministrativo per sconfinamento nella sfera legislativa (cap. 2, par. 4).

⁷¹² Così Cass. civ. s.u. 27 dicembre 2011, n. 28812, che dà atto di quanto in tal senso affermato dalla giurisprudenza. Cfr. altresì, *ex multis*, Cass. civ. s.u. 19 luglio 2006, n. 16469; Cass. civ. s.u. 20 novembre 2003, n. 17633 (richiamata, tra le altre, proprio da Cass. civ. s.u. n. 28812/2011). Cfr. più di recente Cass. civ. s.u. 8 novembre 2018, n. 28573.

risulti devoluta ad altro giudice, questi soltanto potrà provvedere ad un siffatto potere integrativo⁷¹³.

La conclusione di tale ragionamento è, pertanto, quella secondo cui «il potere interpretativo del giudicato da eseguire, che è insito nella struttura stessa di ogni giudizio di esecuzione, e, quindi a maggior ragione del giudizio di ottemperanza, allorché tale giudizio attenga ad un giudicato formatosi davanti a giudice diverso dal giudice amministrativo non può esercitarsi che sulla base di elementi interni al giudicato ottemperando e non sulla base di elementi esterni allo stesso, la cui valutazione, se ancora ammissibile, rientrerebbe in ogni caso nella giurisdizione propria del giudice che ha emesso la sentenza»⁷¹⁴.

Da qui il rilievo di un eccesso di potere giurisdizionale nel caso in cui, in materia di ottemperanza di sentenza del giudice ordinario, il giudice amministrativo abbia effettuato - a fronte di una *potestas iudicandi* limitata alla sola interpretazione del contenuto del giudicato sulla base degli elementi interni alla sentenza - invece (o anche) un sindacato integrativo, provvedendo ad individuare un differente contenuto precettivo attraverso una pronuncia sostanzialmente autoesecutiva⁷¹⁵.

Tali principi sono stati di recente riaffermati dalla Suprema Corte, che, di conseguenza, ha cassato (con rinvio) una sentenza del Consiglio di Stato

⁷¹³Cass. civ. s.u. n. 28812/2011, cit., che contiene alcuni riferimenti giurisprudenziali sul punto. Cfr., inoltre, in senso analogo, le pronunce citate nella nota precedente.

⁷¹⁴Cass. civ. s.u. n. 28812/2011, cit. Nell'occasione, la Corte ha evidenziato come «in tema di giudizio di ottemperanza di sentenza di condanna emessa dal giudice ordinario, il giudice amministrativo, dovendone individuare il contenuto e la portata precettiva sulla base del dispositivo e della motivazione, con esclusione di elementi esterni, non [possa] integrare la pronuncia carente o dubbia con il riferimento a regole di diritto o ad un determinato orientamento giurisprudenziale».

⁷¹⁵Cass. civ. s.u. n. 28812/2011, cit. Cfr. altresì Cass. civ. s.u. 29 maggio 2012, n. 8513, secondo cui cade in eccesso di potere giurisdizionale il giudice amministrativo che, nel giudizio di ottemperanza di sentenza del giudice ordinario, non si sia limitato all'interpretazione del giudicato al quale si tratta di assicurare la stessa ottemperanza.

proprio sull'assunto che quest'ultimo non si fosse limitato ad esaminare la portata del giudicato emesso dal giudice ordinario, considerando, invece, elementi estranei, non emergenti nella sentenza passata in giudicato di cui era stata, appunto, chiesta l'ottemperanza⁷¹⁶.

Nella specie⁷¹⁷ il giudice ordinario di primo grado aveva accertato il diritto di alcuni dipendenti di godere di un congedo aggiuntivo ai sensi di una norma di un C.c.n.l., decisione confermata in appello e passata successivamente in giudicato. L'ente ottemperava solo in parte a tale *decisum*, comunicando ad un certo momento agli interessati che si sarebbe poi conformato ad una sentenza della Cassazione (sopraggiunta alla decisione d'appello sopra menzionata, ma precedente al suo passaggio in giudicato), emanata *ex art.* 64 del D. Lgs. n. 165 del 2001, che aveva stabilito un differente criterio per il computo delle ferie aggiuntive.

I lavoratori promuovevano così giudizio di ottemperanza per violazione del giudicato: tali doglianze venivano accolte dal T.A.R. ma respinte dal Consiglio di Stato, che, su appello dell'ente, evidenziava come quest'ultimo avesse ottemperato al giudicato fino ad un certo momento e, successivamente, avesse correttamente seguito la diversa interpretazione della norma contrattuale propugnata dalla Cassazione con la sentenza adottata ai sensi del predetto art. 64 del D. Lgs. n. 165/2001, tale (ultima) decisione avendo carattere cogente onde evitare contrasti interpretativi nonché imporre certezza del diritto e parità applicativa nel settore dell'impiego pubblico.

Alcuni dei lavoratori proponevano così ricorso al giudice della giurisdizione censurando l'eccesso di potere del Consiglio di Stato, per aver quest'ultimo proceduto ad una diversa valutazione del giudicato ovvero ad una sua integrazione, attività che erano precluse al giudice amministrativo, il quale

⁷¹⁶ Si tratta di Cass. civ. s.u. 14 dicembre 2016, n. 25625.

⁷¹⁷ Si dà atto nel prosieguo di quanto esposto in Cass. civ. s.u. n. 25625/2016, cit.

avrebbe potuto semplicemente stabilire se l'amministrazione avesse ottemperato o meno al giudicato⁷¹⁸.

La Suprema Corte, condividendo l'orientamento sopra menzionato⁷¹⁹, ha accolto il ricorso: il Consiglio di Stato non si era limitato, nella specie, ad esaminare la portata del giudicato emesso dal giudice ordinario, ma aveva considerato elementi a questo estranei (come la pronuncia della Cassazione che aveva diversamente interpretato la norma contrattuale), ed era per questo incorso in eccesso di potere giurisdizionale «essendo stati valutati elementi non emergenti nella sentenza di appello emessa dal Giudice ordinario e passata in cosa giudicata di cui era stata chiesta l'ottemperanza al Giudice amministrativo»⁷²⁰.

Ciò considerato, è opportuno esaminare adesso i tratti caratterizzanti del sindacato sull'eccesso di potere del giudice dell'ottemperanza quando l'oggetto del giudizio di quest'ultimo sia, invece, una decisione del giudice amministrativo.

Paradigmatica, in tale prospettiva, appare la pronuncia della Suprema Corte n. 23302 del 2011⁷²¹, che, già trattata nelle sue linee essenziali⁷²², e, in

⁷¹⁸ Quanto riportato ricalca, come anticipato, l'esposizione dei fatti di causa descritta in Cass. civ. s.u. n. 25625/2016, cit. Nel prosieguo si darà atto dell'impianto motivazione essenziale della pronuncia in analisi.

⁷¹⁹ Si tratta del principio *supra* esposto in corrispondenza della nota n. 714, a cui Cass. civ. s.u. n. 25625/2016, cit. ha affermato di voler dare continuità.

⁷²⁰ Cass. civ. s.u. n. 25625/2016, cit., che ha evidenziato, inoltre, come il Consiglio di Stato non avesse neppure valutato sino a quando l'accertamento svoltosi avanti il giudice ordinario facesse stato tra le parti con riguardo alla spettanza degli emolumenti riconosciuti: sino al momento della domanda, a quello della sentenza di appello ovvero anche al momento in cui quest'ultima era passata in cosa giudicata per indicare delle mere ipotesi.

⁷²¹ Per un commento della decisione in oggetto, cfr. G. MARI, *Osservazioni alla sentenza della Cassazione, Sezioni unite, 9 novembre 2011, n. 23302*, cit.; R. FINOCCHI GHERSI, *Le implicazioni della sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione n. 23302/2011*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 7, 718 ss.

⁷²² Cfr. *supra*, cap. 1, par. 2.3, in corrispondenza delle note nn. 171 ss.

ultimo, *supra* richiamata⁷²³, in questa sede si procede ad analizzare compiutamente.

Nella fattispecie sottoposta all'attenzione della Cassazione vi erano state più delibere del Consiglio superiore della magistratura di conferimento di un incarico direttivo ritenute - in sede di ottemperanza - elusive del giudicato di annullamento del primo provvedimento consiliare, disposto dal Consiglio di Stato per eccesso di potere sotto il profilo della illogicità del giudizio di comparazione tra i concorrenti⁷²⁴.

Il CSM impugnava la pronuncia del Consiglio di Stato dinanzi alla Corte di Cassazione per un triplice ordine di motivi, l'ultimo dei quali - il terzo - ha trovato accoglimento: in tal senso, l'organo consiliare aveva rilevato la violazione dell'art. 105 Cost., in quanto, nel momento in cui l'impugnata sentenza di ottemperanza era stata pronunciata, tutti i magistrati partecipanti al concorso avevano ormai cessato di appartenere all'ordine giudiziario per sopraggiunti limiti di età⁷²⁵.

Nella prospettazione dell'organo di autogoverno della magistratura, una nuova comparazione, *ora per allora*, tra candidati non avrebbe potuto, dunque, essere ordinata (non potendo, d'altronde, il provvedimento che si voleva fosse dal medesimo organo emanato produrre gli effetti suoi propri, né, dunque, rispondere all'interesse pubblico al quale la sua emanazione avrebbe dovuto esser preordinata, mirando invece soltanto a soddisfare l'interesse privato di un candidato con riguardo alle conseguenze economiche dell'incarico non

⁷²³ Cfr. *supra*, par. 1.1, in sede di commento a Cass. civ. s.u. n. 19787/2015, che ha dato continuità ai principi enunciati nella decisione in oggetto, seppur escludendone l'applicazione nel caso concreto, in considerazione dell'assunto che a venire in rilievo non era, nella fattispecie sottoposta alla Corte, la cornice ordinamentale del giudizio di ottemperanza, bensì quella dell'ordinaria giurisdizione di legittimità.

⁷²⁴ Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit., parte in fatto.

⁷²⁵ Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit. Nel prosieguo, si darà atto dell'impianto motivazionale essenziale della pronuncia in analisi.

conseguito, interesse, quest'ultimo, da farsi valere in sede risarcitoria, rimanendo la sua tutela estranea al giudizio di ottemperanza)⁷²⁶.

Dal canto suo, la Suprema Corte di Cassazione, dopo aver ricostruito i parametri ermeneutici alla base del controllo del giudice regolatore della giurisdizione sulle decisioni del Consiglio di Stato, volto essenzialmente a sindacare lo sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione di quest'ultimo, «cui non è consentito invadere arbitrariamente il campo dell'attività riservata alla pubblica amministrazione attraverso l'esercizio di poteri di cognizione e di decisione non previsti dalla legge, con conseguente trapasso da una giurisdizione di legittimità a quella di merito, come può accadere, ad esempio, quando il giudice amministrativo compia atti di valutazione della mera opportunità dell'atto impugnato, sostituendo propri criteri di valutazione a quelli discrezionali della pubblica amministrazione, o adotti decisioni finali interamente sostitutive delle determinazioni spettanti all'amministrazione medesima»⁷²⁷, si è soffermata sulle specificità del giudizio di ottemperanza, che, come già ribadito, presenta «caratteri affatto peculiari, in virtù dei quali l'ingerenza del giudice nel merito dell'agire della pubblica amministrazione è pienamente ammissibile»⁷²⁸.

⁷²⁶ Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit., che dà atto in tal senso dei rilievi del Consiglio superiore della magistratura.

⁷²⁷ Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit., che aggiunge: «[...] l'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, è configurabile solo quando l'indagine svolta dal giudice amministrativo, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, sia stata strumentale a una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, procedendo ad un sindacato di merito che si estrinsechi in una pronuncia che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa [...]»

⁷²⁸ Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit.

Nel tentativo di permeare l'essenza del problema, il giudice della giurisdizione ha, dunque, provveduto ad enucleare i tratti fondanti del vizio in esame (di cui si è dato atto abbondantemente *supra*), rimarcando come anche qui possa prospettarsi l'invasione da parte del giudice della sfera riservata all'amministrazione⁷²⁹.

La Corte ha accolto, in questa prospettiva, il predetto terzo motivo di ricorso, ritenendolo assorbente rispetto agli altri due, in quanto afferente alla esistenza stessa dei presupposti in presenza dei quali sussisterebbe il potere del giudice amministrativo di adottare un provvedimento di ottemperanza, e ciò proprio sull'assunto secondo cui verrebbero in rilievo i limiti esterni alla funzione giurisdizionale qualora si discorra della *possibilità* stessa, nella situazione data, di far ricorso, appunto, al giudizio di ottemperanza⁷³⁰.

Per la Cassazione, infatti, la circostanza che il giudizio di ottemperanza fosse stato instaurato in un momento in cui il ricorrente era già stato collocato a riposo per limiti di età, e che la sentenza fosse poi stata pronunciata quando tutti gli aspiranti erano usciti definitivamente dall'ordine giudiziario, sicché l'incarico al magistrato designato non poteva ormai che essere oggetto di un concorso del tutto nuovo, destinato a svolgersi tra concorrenti del tutto diversi, è apparsa tale da incidere profondamente sulla portata e sul contenuto effettivo del giudizio di ottemperanza⁷³¹.

È pur vero che nell'impianto della sentenza impugnata il Consiglio di Stato aveva sostenuto che il collocamento a riposo del ricorrente in ottemperanza non facesse venir meno il suo interesse “alla rideterminazione

⁷²⁹*Ibidem*. I vari passaggi sono già stati evidenziati innanzi in trattazione. Cfr. in particolare le statuizioni della Corte nella pronuncia in esame riportate in corrispondenza delle note nn. 700, 704 e 710.

⁷³⁰Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit. Cfr. (di nuovo) *supra*, in corrispondenza della nota n. 705.

⁷³¹Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit.

della propria posizione originaria ai fini giuridici (ora per allora), laddove egli risult[asse] vincitore all'esito del rinnovo della procedura, con ogni conseguenza in ordine anche al trattamento di quiescenza": per la Suprema Corte, tuttavia, la questione si presentava come affatto diversa, non attendendo all'interesse ad agire, bensì all'oggetto e allo scopo del giudizio di ottemperanza, e dunque ai limiti entro cui è esercitabile la relativa potestà giurisdizionale del giudice amministrativo⁷³².

Si trattava, infatti, di stabilire se tali circostanze avessero fatto venir meno la possibilità stessa per il CSM di dar corso ad una nuova valutazione comparativa tra i candidati, difettando in tale evenienza i presupposti stessi per un giudizio di ottemperanza: al riguardo, la Corte ha affermato che «[L]a giurisdizione di ottemperanza [...] è il mezzo attraverso il quale deve essere assicurato, grazie all'intervento del giudice, il pieno compimento di quell'attività che la pubblica amministrazione avrebbe dovuto svolgere conformandosi al precedente giudicato, ed è intuitivo che essa non possa spingersi sino ad esiti che neppure all'agire spontaneo della medesima pubblica amministrazione sarebbero più ormai consentiti»⁷³³.

La Cassazione ha, dunque, nell'occasione enunciato importanti statuizioni in tema di ottemperanza che costituiscono un valido ausilio ermeneutico per lo studioso interessato a scandagliare l'*ubi consistam* dell'eccesso di potere del giudice amministrativo nella speciale declinazione del vizio in esame in un ambito - quello della giurisdizione (già) estesa al merito - oltremodo particolare e sul cui ruolo nell'assetto ordinamentale disegnato dalla Costituzione risulta sempre attuale il dibattito scientifico⁷³⁴. Partendo dall'assunto secondo cui il giudicato amministrativo non può essere considerato

⁷³² *Ibidem*.

⁷³³ *Ibidem*.

⁷³⁴ Cfr. *supra* in trattazione, spec. in corrispondenza delle note nn. 401 ss.

separatamente dalla fattispecie su cui incide⁷³⁵, la Corte ha evidenziato che «[U]na cosa è il giudicato che tocca vicende chiuse, delle quali cioè l'intervento del giudice è destinato a segnare la conclusione, altra cosa è la sentenza che, viceversa, riapre una situazione che il provvedimento annullato aveva inteso definire, dischiudendo nuove prospettive per il futuro»⁷³⁶.

A questa differente tipologia di situazioni corrisponderebbe una diversità di effetti del giudicato amministrativo: qualora vengano in rilievo situazioni orientate al passato, che il provvedimento annullato aveva definito, il giudicato porrebbe, infatti, termine alla vicenda; quando, invece, rilevino situazioni orientate al futuro, il giudicato accerterebbe fatti e rapporti con riferimento alla data di adozione del provvedimento; ciò porrebbe il problema di stabilire se, o fino a qual punto, l'amministrazione debba tener conto di eventuali nuovi elementi di fatto e di diritto che la sentenza non aveva avuto né titolo né modo per considerare⁷³⁷.

Se, dunque, la fattispecie si è esaurita, l'assetto dato risulterebbe insensibile a qualsiasi modifica successiva al giudicato, non anche qualora essa presupponga ulteriori sviluppi (in questo caso sarebbe, infatti, ben possibile che un fattore esterno, del tutto indipendente dal giudicato, la modifichi)⁷³⁸.

In base ad un siffatto ragionamento la Cassazione ha, pertanto, perentoriamente affermato che: «[Q]uando [...] si predica l'irrelevanza delle sopravvenienze di diritto o di fatto posteriori al giudicato (a differenza di quelle

⁷³⁵ È evidente, in alcuni punti della trattazione, il richiamo da parte della Cassazione al pensiero di F. SATTA, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 2, 302 ss., spec. 310 ss.

⁷³⁶ Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit.

⁷³⁷ *Ibidem*. La Cassazione ha altresì rimarcato come talvolta tali nuovi elementi non incidano sul giudicato in quanto tale, ossia sulla situazione che la sentenza ha accertato ormai in modo intangibile, ma sugli ulteriori effetti riferibili allo stesso giudicato e al medesimo successivi (effetti che il vincitore vorrebbe trarre dal giudicato, che, tuttavia, non ne derivano *ex lege*).

⁷³⁸ Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit.

intervenute nelle more della definizione del giudizio), che non possono ormai più incidere sull'assetto degli interessi cui il giudicato medesimo ha posto capo, e si sottolinea come il decorso del tempo non possa andare a scapito della parte incolpevole, occorre aggiungere che, ogni qual volta, tuttavia, siano intervenute in seguito circostanze per le quali non risulti ormai più possibile fare quel che alla data del ricorso per ottemperanza si sarebbe eventualmente potuto fare, o viceversa, tali circostanze saranno comunque immancabilmente destinate a riflettersi anche sugli effetti e sulla concreta attuabilità del precedente giudicato. Anche e proprio per questa ragione, del resto, il legislatore ha ampliato l'area del possibile risarcimento del danno (che può, all'occorrenza, assumere i connotati del danno da perdita di chance), espressamente ricollegandolo all'ipotesi della violazione o dell'elusione del giudicato»⁷³⁹.

Ne deriva la logica considerazione secondo cui il giudicato amministrativo formatosi su un provvedimento con cui l'amministrazione abbia conferito un incarico pubblico ha l'effetto di imporre a quest'ultima di provvedere al rinnovo della procedura solo se e fino a quando l'incarico sia ancora conferibile e la procedura sia ancora espletabile, cessando, una volta venuta meno tale condizione, non soltanto l'obbligo, ma la stessa possibilità per l'amministrazione di provvedere in tal senso (e fatto salvo il risarcimento del danno per colui che si sia visto frustrare nelle proprie aspirazioni legittime)⁷⁴⁰.

Da qui l'accoglimento del motivo di ricorso e la conseguente cassazione della impugnata decisione in base al principio di diritto secondo cui «[L]a

⁷³⁹ *Ibidem*.

⁷⁴⁰ *Ibidem*. La Cassazione ha sottolineato, in tale prospettiva, come la possibilità di dar corso ad un procedimento concorsuale *ora per allora*, al solo fine ipotetico di riconoscere un determinato trattamento di quiescenza del candidato che risulti vincitore, sposterebbe radicalmente l'asse tanto dell'azione amministrativa quanto della tutela giurisdizionale ad essa relativa, in quanto un procedimento siffatto non potrebbe in alcun modo condurre all'effettivo conferimento dell'incarico di cui precedentemente si era discusso e che aveva costituito la ragione prima dell'atto amministrativo annullato.

sentenza con cui il Consiglio di Stato, pronunciando su un ricorso per l'ottemperanza ad un giudicato avente ad oggetto l'annullamento del conferimento di pubbliche funzioni a seguito di una procedura concorsuale non più ormai ripetibile, ordina alla competente amministrazione di provvedere ugualmente a rinnovare il procedimento ("ora per allora"), al solo fine di determinare le condizioni per l'eventuale accertamento di diritti azionabili dal ricorrente in altra sede e nei confronti di altra amministrazione, eccede i limiti entro i quali è consentito al giudice amministrativo l'esercizio della speciale giurisdizione di ottemperanza ed è soggetto, pertanto, al sindacato della Corte di Cassazione in punto di giurisdizione»⁷⁴¹.

La pronuncia analizzata ha il merito di aver compendiato approdi ermeneutici oltremodo significativi - che hanno trovato accoglimento altresì nella giurisprudenza successiva⁷⁴² - in punto di riflessione scientifica sull'eccesso di potere del giudice amministrativo adito in sede di ottemperanza, che, del dibattito sulla conformazione del vizio in esame nell'ambito della giurisdizione di merito, costituisce campo elettivo d'indagine.

In ciò confermando, in un'ottica di 'sistema', come, con riguardo alla giurisdizione di merito, un caso di eccesso di potere giurisdizionale possa paventarsi soltanto allorché i poteri sostitutivi vengano esercitati impropriamente⁷⁴³, non potendosi materialmente configurare qui la tradizionale

⁷⁴¹ Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit.

⁷⁴² Cfr. Cass. civ. s.u. 1° febbraio 2016, n. 1836, in *Foro amm.*, 2016, 2, 264, secondo cui [in massima] la sentenza del Consiglio di Stato che ordini all'amministrazione in sede di ottemperanza di provvedere 'ora per allora' nonostante l'impossibilità di compiere un'istruttoria retroattiva deve essere cassata per violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, stante la totale carenza dei presupposti di emanazione di un legittimo provvedimento di ottemperanza.

⁷⁴³ Cfr. A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, cit., 644, che annovera tra i vizi delle decisioni del Consiglio di Stato prospettabili in Cassazione quello dell'«abusivo esercizio di poteri sostitutivi nell'ambito della giurisdizione di ottemperanza».

fattispecie di invasione della sfera decisionale discrezionale (ovvero del merito insindacabile) dell'amministrazione.

È pur vero, come a suo tempo evidenziato, che la posizione della Cassazione è risultata, per alcuni, insoddisfacente nell'ottica della effettività della tutela giurisdizionale⁷⁴⁴, ma un tale principio, di indubitabile valore giuridico nel complessivo impianto ordinamentale (anche nell'ottica sovranazionale), non può forzare, a parere di chi scrive, i capisaldi dogmatici degli istituti che di volta in volta vengono in questa sede in rilievo: a ragione, la Suprema Corte ha sottolineato come il giudizio di ottemperanza sia prioritariamente preordinato alla realizzazione della causa tipica del provvedimento amministrativo cui l'amministrazione risulti vincolata dal precedente giudicato, non dovendo lo stesso ridursi - volendo indugiare sulla fattispecie appena analizzata - allo scopo di porre le premesse affinché il ricorrente possa eventualmente conseguire le utilità economiche collegate ad un superiore (e tuttavia virtuale, in quanto ormai non più effettivamente conseguibile) inquadramento in organico⁷⁴⁵.

In tale prospettiva si comprende come, (sempre) ad avviso di chi scrive, prestino il fianco ad obiezioni le considerazioni secondo cui le affermazioni della Cassazione susciterebbero delle perplessità nel merito, in quanto «[L]a rinnovazione della procedura comparativa costituiva [...] imprescindibile presupposto e passaggio affinché la posizione del ricorrente potesse essere definita in relazione ad un'eventuale (ancorché nella specie non proposta né in sede di cognizione né in sede di ottemperanza) domanda di risarcimento del danno [...] o al fine di conseguire le utilità economiche connesse ad un superiore inquadramento in organico [...]», essa rappresentando «l'unico

⁷⁴⁴ Cfr. quanto osservato da G. MARI, *Osservazioni alla sentenza della Cassazione, Sezioni unite, 9 novembre 2011, n. 23302*, cit., 157, e riportato *supra*, cap. 1, par. 2.3, nota n. 185.

⁷⁴⁵ Cfr. Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit.

strumento attraverso il quale sarebbe stato possibile garantire al ricorrente una tutela effettiva, intesa come concreto ristoro del pregiudizio subito, ancorché non in forma specifica»⁷⁴⁶.

Il fatto (*rectius*, il rischio) che l'ordinamento non appresti rimedi idonei a garantire, in qualsiasi circostanza, una tutela effettiva per il cittadino è connaturato al sistema nel suo complesso ed attiene ad un piano - primariamente afferente alle scelte e valutazioni politiche - diverso da quello che *in subiecta materia* si sta indagando.

La stessa Corte costituzionale nel 2018 ha affermato che «[Q]uanto all'effettività della tutela e al giusto processo, non c'è dubbio che essi vadano garantiti, ma a cura degli organi giurisdizionali a ciò deputati dalla Costituzione e non in sede di controllo sulla giurisdizione»⁷⁴⁷.

La valorizzazione della pronuncia appena analizzata, nel contesto organico dei principi invalsi nella prassi in punto di eccesso di potere del giudice amministrativo investito di una cognizione giurisdizionale estesa al merito della controversia, non viene poi offuscata dal rilievo secondo cui, nella fattispecie esaminata, la Cassazione ha accolto (solo) il terzo motivo di ricorso, ritenendo assorbiti gli altri due, e non procedendo, dunque, ad una puntuale disamina del secondo motivo che toccava precipuamente l'elemento centrale del vizio nella specifica declinazione di cui nella presente trattazione si discorre: lo sconfinamento, da parte del Consiglio di Stato, nella sfera del merito delle

⁷⁴⁶Tali rilievi sono di G. MARI, *Osservazioni alla sentenza della Cassazione, Sezioni unite, 9 novembre 2011, n. 23302*, cit., 159-160.

⁷⁴⁷Corte cost. n. 6/2018, cit., le cui statuizioni sono state già oggetto di compiuta analisi (cfr. *supra*, spec. cap. 1, par. 3). Si pensi, inoltre, e sempre a titolo esemplificativo, a quanto statuito, in tema di rimedi alla violazione della CEDU da parte del giudicato civile ed amministrativo, da Corte cost. 26 maggio 2017, n. 123, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 106 c.p.a. e degli artt. 395 e 396 c.p.c., nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte Edu, e al dibattito che ha preceduto e seguito tale pronuncia della Consulta.

decisioni dell'amministrazione (nel caso di specie, del Consiglio superiore della magistratura)⁷⁴⁸.

Come già evidenziato, infatti, (il rischio di) una invasione della sfera del merito amministrativo *insindacabile* non è di per sé paventabile qualora allo stesso giudice sia *già* attribuita in materia una cognizione estesa al merito, come, appunto, nelle more del giudizio di ottemperanza. Ragione per cui è invalso in giurisprudenza il principio, più volte innanzi richiamato, in base al quale un problema di violazione dei limiti esterni della giurisdizione rileva, in tale sede, soltanto se sia in discussione la *possibilità* stessa di far ricorso al giudizio di ottemperanza⁷⁴⁹.

Il riesame dei fatti di causa da parte del giudice dei conflitti varrebbe, dunque, semplicemente a valutare, nell'occasione, se vi sia stato o meno un ricorso 'improprio' all'ottemperanza, non anche a sindacare l'eventuale operato del Consiglio di Stato che abbia (*tout court*) sostituito il proprio apprezzamento alla scelta di competenza esclusiva dell'amministrazione, con il pericolo che la Corte, nell'esercizio dei suoi poteri, assurga all'inaccettabile ruolo di 'giudice di terzo grado'. E ciò a patto di non considerare gli stessi elementi che fungono da parametri del giudizio della Cassazione in ordine alla valutazione circa la violazione dei limiti esterni della giurisdizione in caso di ricorso avverso una decisione del Consiglio di Stato resa in ottemperanza come di per sé afferenti al *merito* della controversia⁷⁵⁰.

⁷⁴⁸ Cfr. al riguardo la puntualizzazione di R. FINOCCHI GHERSI, *Le implicazioni della sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione n. 23302/2011*, cit., 725, che dà atto di come la pronuncia della Cassazione n. 23302/2011 avesse accolto «il terzo motivo, incentrato sulla impossibilità, nel caso concreto, di procedere ad una nuova comparazione “ora per allora” a causa del pensionamento, nelle more, di tutti i candidati, e non i primi due, dichiarati assorbiti e concernenti l'utilizzo indebito della giurisdizione di ottemperanza e l'invasione del merito delle prerogative del Csm».

⁷⁴⁹ Cfr. *supra*, in corrispondenza della nota n. 705.

⁷⁵⁰ Cfr. (ancora) quanto osservato, in sede di commento di Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit., da R. FINOCCHI GHERSI, *Le implicazioni della sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione*

Prima (e al di là) di questo, tuttavia, ci si deve domandare, ancora una volta, se, nel caso di specie, più che un eccesso di potere giudiziario - beninteso, nella specifica forma in cui lo stesso è suscettibile di essere integrato nell'ambito dell'ottemperanza - si sia censurato un mero *error in iudicando* del Consiglio di Stato⁷⁵¹. Non potendo applicare *sic et simpliciter* le coordinate ermeneutiche delineate con riguardo all'ambito della giurisdizione generale di legittimità, in considerazione dei connotati peculiari della categoria in esame quando a venire in rilievo sia una cognizione giurisdizionale (già) estesa al merito, l'alternativa, ad avviso di chi scrive, è duplice: o si qualifica come viziata da eccesso di potere la sentenza di accoglimento di un ricorso avverso un decisione *in concreto* non ottemperabile (a prescindere, dunque, dalle ragioni dell'impossibilità di un'attuazione del giudicato nel caso di specie), oppure si privilegia un'indagine da condurre *in astratto*, procedendo così, caso per caso, a distinguere, sulla base di un criterio *formale e oggettivo*, le ipotesi al ricorrere delle quali un tale vizio risulterebbe configurabile, in questo modo neutralizzando il rischio di derive soggettivistiche del giudizio della Cassazione.

n. 23302/2011, cit., 726: «[U]n primo, problematico profilo, attiene all'ampiezza della valutazione che le sezioni unite ritengono esercitabile, dal momento che la valutazione dei presupposti, dell'oggetto e dello scopo del concreto giudizio di ottemperanza può condurre a considerare vicende che attengono ai fatti intervenuti nella vicenda di merito. Nel caso, l'intervenuto pensionamento dei candidati, i nessi dell'interesse ad agire, sono valutabili in sede di giudizio sulla giurisdizione, o riguardano il merito?».

⁷⁵¹ Oltre al rilievo di G. MARI, *Osservazioni alla sentenza della Cassazione, Sezioni unite, 9 novembre 2011, n. 23302*, cit., riportato *supra*, cap. 1, par. 2.3, nota n. 184, cfr. A. POLICE, F. CHIRICO, «*I soli motivi inerenti la giurisdizione*» nella giurisprudenza della Corte costituzionale, cit., 129, secondo cui: «[C]ome opportunamente osservato in dottrina, che l'ottemperanza trovi un limite oggettivo nelle sopravvenienze di fatto che rendono non più possibile l'esecuzione del giudicato è regola di giudizio in via di principio senz'altro condivisibile. Tuttavia, la violazione di tale regola, più che determinare uno sconfinamento nella riserva amministrativa e quindi un vizio di giurisdizione, sembrerebbe dar luogo ad un mero errore *in iudicando*. Ciò anche considerato che l'impossibilità di eseguire il giudicato trova uno specifico rimedio nell'ambito del giudizio di ottemperanza, rappresentato dall'azione di risarcimento prevista dall'art. 112, comma 3, c.p.a. [...]».

Se, infatti, nella giurisdizione di legittimità la definizione dell'eccesso di potere giudiziario richiama già di per sé il criterio (almeno da un punto di vista teorico) in base al quale riconoscere la sussistenza del vizio (i.e. esercizio di un sindacato di merito a fronte di una *potestas iudicandi* limitata alla legittimità dell'atto), le difficoltà riscontrandosi, poi, nel momento applicativo dello stesso, nella giurisdizione di merito un'affermazione del tipo di quella secondo cui si ha eccesso di potere giudiziario in caso di ricorso 'improprio' all'ottemperanza (ovvero qualora il giudice eserciti - pur sempre - impropriamente i poteri sostitutivi, decidendo in ottemperanza, in ipotesi in cui ad un siffatto giudizio non poteva ricorrersi) necessiterebbe di delinarsi in maniera più puntuale già nel suo momento definitorio, o quanto meno di essere integrata⁷⁵².

In tale prospettiva, si potrebbe ritenere, ad avviso di chi scrive, anche (e soprattutto) prendendo spunto dall'analisi della fattispecie sottoposta alla Corte di Cassazione nella pronuncia n. 23302 del 2011 da ultimo esaminata, e dall'impianto argomentativo ivi contenuto, che si ha eccesso di potere non solo quando il giudice amministrativo adotti una statuizione di ottemperanza in casi in cui un tale giudizio non poteva *sin dall'origine* essere legittimamente instaurato, ma anche nell'ipotesi in cui ad una tale legittima instaurazione sopravvenga un elemento o una circostanza che abbia quale effetto quello di rendere *comunque* impossibile l'attuazione del giudicato, di cui ciononostante si disponga l'ottemperanza⁷⁵³.

⁷⁵² In verità, la giurisprudenza della Cassazione ha elaborato in materia molteplici criteri definitori (cfr. *supra*, con riguardo alle statuizioni contenute nella stessa pronuncia n. 23302/2011, cit., alcune delle quali riportate nella nota successiva), che, tuttavia, si mantengono ancora, forse, su di un piano prettamente generale.

⁷⁵³ Una tale fattispecie è probabilmente riconducibile in via generale al caso in cui «venga addebitato al Consiglio di Stato di avere ecceduto il limite entro il quale quel potere gli compete: di avere, cioè, esercitato una giurisdizione di merito in presenza di situazioni che avrebbero potuto dare adito solo alla normale giurisdizione di legittimità, e quindi all'esercizio di poteri cognitivi e non anche esecutivi [...] o che comunque non avrebbero potuto dare ingresso all'anzidetta giurisdizione di merito»: così Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit. (cfr. *supra* in

In tale evenienza, infatti, a venire in rilievo non sarebbe un mero *error in iudicando*, bensì, pur sempre, l'esplicazione di un eccezionale potere sostitutivo che il giudice è chiamato ad esercitare per la «realizzazione della causa tipica del provvedimento amministrativo cui la pubblica amministrazione sia vincolata dal precedente giudicato»⁷⁵⁴, malgrado ad un tale 'adempimento' nel caso di specie non possa (materialmente) darsi corso.

Non può che condividersi, dunque, ed in tale prospettiva, quanto dalla Suprema Corte affermato nella pronuncia innanzi esaminata.

3. *Il sindacato sull'eccesso di potere del giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione esclusiva.*

Tra gli approdi ermeneutici che la presente analisi ha inteso consegnare all'interprete vi è quello che valorizza l'intima connessione tra i vari archetipi concettuali in cui si sostanzia la figura dell'eccesso di potere giurisdizionale e l'elaborazione via via invalsa nella prassi applicativa e nella letteratura scientifica con riguardo agli istituti e alle categorie che di volta in volta ne riempiono il contenuto.

L'indagine sul sindacato della Cassazione in punto di eccesso di potere del giudice amministrativo la cui cognizione verta su una materia di giurisdizione esclusiva⁷⁵⁵ non si esime da una constatazione siffatta.

trattazione, in corrispondenza della nota n. 704). Nella sua (concreta) esplicazione, tuttavia, una ipotesi siffatta consente, a (modesto) parere di chi scrive, di fotografare un segmento applicativo specifico dell'eccesso di potere giudiziario, in questo modo isolandone un connotato essenziale.

⁷⁵⁴ Cass. civ. s.u. n. 23302/2011, cit., che afferma come ad una tale realizzazione debba essere prioritariamente preordinato il giudizio di ottemperanza.

⁷⁵⁵ In tema di giurisdizione esclusiva cfr. V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988; F. LEDDA, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in *Nuova Rass.*, 1971, 2717 ss.; G. ROEHRSEN, *La giurisdizione esclusiva*, in *Imp. amb. e p.a.*, 1978, 2,

In una tale prospettiva, è evidente come possa ‘giustificarsi’ una presa di posizione della giurisprudenza che escluda *sic et simpliciter* la configurabilità di un eccesso di potere del Consiglio di Stato per sconfinamento nella sfera del merito amministrativo nell’ambito della giurisdizione esclusiva solo in ossequio ad una concezione ‘unitaria’ di quest’ultima, che prescindendo, cioè, dalla considerazione in ordine al *se* a venire in rilievo, nel caso di specie, sia una posizione di interesse legittimo ovvero di diritto soggettivo, e, di conseguenza, dalla constatazione di una differente configurazione, nell’uno o nell’altro caso, della natura e dell’estensione della relativa cognizione giurisdizionale.

La perentorietà delle affermazioni della Cassazione in un precedente del 1989⁷⁵⁶ induce a ritenere, a parere di chi scrive, che quest’ultima si muovesse proprio nel solco di quanto appena osservato.

Con riguardo alla fattispecie sottoposta alla sua attenzione nell’allora vigente contesto ordinamentale, la Corte, dopo aver richiamato l’orientamento della giurisprudenza in tema di eccesso di potere giudiziario per sconfinamento nella sfera del merito da parte del giudice investito di una cognizione di mera legittimità, ha, infatti, così statuito: «[I]l suddetto sconfinamento postula, tuttavia, che il Consiglio di Stato decida nell’ambito della giurisdizione di legittimità, in relazione alla quale i richiamati principi sono stati, appunto, enunciati», diversa essendo «la situazione con riguardo alla materia del pubblico impiego, qual è quella in esame, in cui il giudice amministrativo ha giurisdizione esclusiva (che è giurisdizione piena sul rapporto e non sull’atto) e dispone di

119 ss.; V. CAIANIELLO, *I caratteri della giurisdizione esclusiva*, in *Studi in onore di Antonino Papardo. Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1975, 179 ss.; P.M. VIPIANA, v. *Giurisdizione amministrativa esclusiva*, agg. 2011, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1991; L. BERTONAZZI, *In tema di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 3, 929 ss.; F. SATTA, v. *Giurisdizione esclusiva*, agg. V, in *Enc. dir.*, Milano, 2001. Cfr. altresì AA. VV., *L’evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*. [Atti del XLIX Convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 2003], Milano, 2004.

⁷⁵⁶Cass. civ. s.u. 12 dicembre 1989, n. 5525, in *Foro it.*, 1991, I, 582 ss.

ampi poteri istruttori [...] e decisionali, quali si addicono, appunto, al giudice del rapporto dedotto in giudizio»⁷⁵⁷. Il giudice dei conflitti ha, dunque, evidenziato come in una siffatta evenienza la giurisdizione prescindesse «dalla natura e dal contenuto della posizione soggettiva del privato nei confronti della pubblica amministrazione (sì che non [era] configurabile il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a vantaggio del giudice ordinario)» e, allo stesso tempo, non incontrasse «i limiti propri della giurisdizione di legittimità, indipendentemente dal fatto che [fosse] (anche) prospettato un vizio dell'atto amministrativo, poiché l'esame dell'atto è finalizzato all'accertamento ed alla determinazione della disciplina giuridica del rapporto sul quale eventualmente esso incide»⁷⁵⁸. In conclusione, per la Suprema Corte «nell'esercizio della giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo, dovendo pronunciarsi sul rapporto, deve necessariamente averne cognizione piena sotto il duplice profilo di diritto e di fatto, sì che non avrebbe neppure senso distinguere fra legittimità e merito amministrativo dell'atto che su quel rapporto sia venuto a incidere»⁷⁵⁹.

La dottrina ha, tuttavia, avuto modo di sottolineare come la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non sia ulteriore - «non è una terza specie di giurisdizione» - rispetto a quelle di legittimità e di merito, in tale sede il giudice amministrativo pronunciando «ora come giudice di legittimità, ora come giudice di merito, a seconda che le materie in essa confluite siano state attribuite al giudice in cognizione piena o limitata»⁷⁶⁰.

⁷⁵⁷ *Ibidem.*

⁷⁵⁸ *Ibidem.*

⁷⁵⁹ *Ibidem.*

⁷⁶⁰ Tali rilievi sono di A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, 113. Cfr. altresì M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, 110: «poiché la cognizione dei diritti soggettivi è aggiuntiva (o per sommatoria) rispetto a quella degli interessi legittimi, la giurisdizione esclusiva finisce per avere un carattere composito. Infatti, se il ricorrente fa valere nel ricorso soltanto un interesse legittimo,

La giurisprudenza, dal canto suo, ha rimarcato in tal senso il principio secondo cui «la giurisdizione del giudice amministrativo, ancorché esclusiva,

il processo segue le regole proprie della giurisdizione generale di legittimità». Cfr. R. MEREGAZZI, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in G. MIELE (a cura di), *La tutela del cittadino*, 1. *La giustizia amministrativa* [Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione], Vicenza, 1968, 199 ss., spec. 213 ss.: «[C]hi scrive ebbe sempre la convinzione che l'attribuzione della giurisdizione esclusiva al Consiglio di Stato producesse soltanto una eccezionale estensione della *causa petendi*, ma non incidesse sul tipo di giurisdizione dell'Istituto - di legittimità in generale e anche di merito in casi speciali - e quindi neppure potesse incidere nei normali poteri del giudice amministrativo e nella particolare procedura che si ritiene pertinente a quel tipo di giurisdizione» (213); «[S]enonché», evidenzia il medesimo Autore, «considerazioni di equità, nel più alto significato etico-giuridico, e di parallelismo con la giurisdizione ordinaria, al fine di non scemare l'efficacia della tutela dei diritti, hanno indotto il Consiglio di Stato a due essenziali eccezioni: quella di ammettere, in materia di diritti patrimoniali [...] la proposizione del ricorso per l'adempimento dell'obbligo da parte della P.A. anche in assenza di un atto amministrativo [...]; e quella di applicare in questi casi [...] il termine di prescrizione anziché quello di decadenza, [...] salvo poi tornare ad applicare il termine di decadenza quando esista comunque un atto formale c.d. autoritativo o autoritario della P.A.» (214-215-216). Esprime perplessità rispetto a tale posizione G. ROEHRSEN, *La giurisdizione esclusiva*, cit., 167: «[...] questo sembra a noi un modo semplicistico di risolvere il problema, un modo il quale trascura ogni altro aspetto del problema stesso e, soprattutto, non tiene conto della circostanza che altro è la tutela di un diritto, altro la tutela di un interesse, altro il sistema di giudizio dinanzi al giudice civile altro quello dinanzi al giudice amministrativo, sicché non può, *sic et simpliciter*, parlarsi di una mera estensione della *causa petendi*: la estensione si ha, ma necessariamente accompagnata da ulteriori modifiche al sistema». In una prospettiva più generale, cfr. M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, cit., 144-145, che osserva come non sia pacifico, «specie a far data dalle riforme intraprese alla fine degli anni novanta del secolo scorso, se anche la giurisdizione esclusiva presenti, al pari della giurisdizione di merito, carattere aggiuntivo rispetto alla giurisdizione generale di legittimità oppure risponda a una logica totalmente diversa». Evidenzia in tal senso l'Autrice che «non è scontato se la giurisdizione esclusiva sia da intendere come giurisdizione che condivide la medesima natura della giurisdizione generale di legittimità, venendo in rilievo solo laddove vi sia esercizio di potere amministrativo, oppure se a quest'ultima si contrapponga, caratterizzandosi come giurisdizione nelle controversie in cui sia sufficiente la proposizione di un'azione contro una Pubblica Amministrazione, secondo la logica del modello dell'antico contenzioso amministrativo», sottolineando come al riguardo vi sia una esplicita presa di posizione del Codice, che ribadisce quanto affermato dalla (recente) giurisprudenza costituzionale, ovvero che «giurisdizione generale di legittimità e giurisdizione esclusiva partecipano della medesima natura, contrassegnata dalla circostanza che nelle relative controversie l'amministrazione agisce come autorità».

resta giurisdizione di legittimità e non si estende al merito, atteso il carattere eccezionale e tassativo della giurisdizione di merito demandata al detto giudice»⁷⁶¹.

In una prospettiva siffatta è stato parimenti osservato in dottrina - sia pure in una cornice ordinamentale diversa da quella attuale, in cui si è assistito (e si assiste) ad una evoluzione profonda del modo di intendere le forme di tutela dell'interesse legittimo nell'ottica di un giudizio incentrato sul rapporto (più che sull'atto)⁷⁶², anche (e soprattutto) nell'ottica della realizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale - che «se l'azione tende alla tutela di un interesse legittimo, ancorché si verta in materia di giurisdizione esclusiva, l'azione è sempre di impugnazione e segue le regole di questa. Se invece essa tende alla tutela di un diritto soggettivo l'azione è sempre di accertamento ancorché occasionata dall'impugnativa di un atto amministrativo, dato che, indipendentemente dalla esistenza di questo, ciò cui l'azione tende è la giudiziale dichiarazione dell'esistenza di un diritto»⁷⁶³.

⁷⁶¹ Cass. civ. s.u. 29 aprile 2005, n. 8882, che richiama, in tal senso, Cass. civ. s.u. 17 ottobre 2002, n. 14751. In quest'ultima pronuncia si legge che «quando, come nella specie, in presenza di un provvedimento amministrativo discrezionale costituente esercizio di potestà pubblica, sia proposta azione di annullamento a tutela dell'interesse legittimo del privato, la giurisdizione del giudice amministrativo, ancorché esclusiva, resta comunque giurisdizione di legittimità».

⁷⁶² Cfr. *supra*, cap. 2, par. 1, nota n. 256.

⁷⁶³ V. CAIANIELLO, *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro amm.*, 1980, 4, 854. Definisce tale insegnamento «poco convincente» B. MAMELI, *Considerazioni sull'eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo in materie rientranti nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva*, cit., 2206, che evidenzia come una dottrina «più attenta» sostenga «la necessità di far derivare una sostanziale parità di poteri del giudice amministrativo tanto nelle situazioni in cui il giudice «pare» conoscere diritti soggettivi, quanto quelle nelle quali «pare» conoscere interessi legittimi [...]», richiamando, in tal senso, tra gli altri, P.M. VIPIANA, *Giurisdizione amministrativa esclusiva*, cit. Si legge in quest'ultimo contributo che «[U]n punto fermo nella giurisprudenza, anche la più attuale, in tema di giurisdizione esclusiva, consiste nell'assunto che nelle controversie ad essa devolute non esiste un unico sistema di tutela, poiché ciascun istituto processuale assumerebbe connotati ben diversi a seconda che, di volta in volta, siano investiti di

In tal senso, è dato riscontrare come proprio una pronuncia di poco precedente a quella sopra menzionata, dopo aver richiamato il principio secondo cui è prospettabile dinanzi alla Corte di Cassazione il vizio di eccesso di potere giurisdizionale qualora il giudice amministrativo espliciti un sindacato di merito in una materia in cui la sua potestà *iudicandi* sia limitata alla sola indagine sulla legittimità, abbia ritenuto «pacifico», sempre nel contesto ordinamentale allora vigente, che «in materia di pubblico impiego la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non si estende al merito (art. 29 T.U. n. 1054 del 1924 e art. 7, comma 2, l. n. 1034 del 1971)», e che, di conseguenza, nel decidere in tali casi «anche o soltanto sul merito» il giudice amministrativo avrebbe invaso la sfera del potere riservato all'amministrazione⁷⁶⁴.

E ciò, pur avendo escluso un tale vizio nel caso di specie, in questo modo rigettando il ricorso, sull'assunto che «non sconfinava certamente nell'ambito del merito il giudice amministrativo che nella risoluzione di una controversia, per la quale egli abbia soltanto la giurisdizione di legittimità, porti il proprio esame sui presupposti di fatto dell'atto impugnato al limitato fine di stabilire se, nel concorso dei medesimi, la legge consenta o meno all'amministrazione di adottarlo [...], omettendo nel contempo ogni diretta valutazione della

ricorso atti autoritativi e siano coinvolti interessi legittimi, ovvero siano sottoposti al vaglio del giudice atti paritetici e vengano lesi diritti soggettivi: [...] possiamo ad es. rilevare che - appunto in base alla corrente, univoca giurisprudenza, per lo più non smentita in dottrina - nella prima ipotesi sono proponibili solo azioni impugnatorie, da esperirsi entro termini di decadenza, mentre nella seconda ipotesi si ammettono azioni di accertamento, slegate dall'osservanza di detti termini ed esperibili finché non sopraggiunga la prescrizione». Vipiana dà atto di come tale ricostruzione sia contestata da una «recente dottrina» sull'assunto che «ad accoglierla, il dualismo fra le situazioni soggettive, se nella giurisdizione esclusiva non vale più ai fini del riparto, riacquista il suo ruolo sul piano della scelta del rito», conseguentemente «il risultato della certezza nella determinazione del giudice» venendo «sminuito dall'incertezza sul tipo di processo, che viene a dipendere dalla controversia e variabile dicotomia fra atti autoritativi ed atti paritetici».

⁷⁶⁴ Cass. civ. s.u. 5 giugno 1989, n. 2704.

corrispondenza dell'atto medesimo all'interesse pubblico in termini di convenienza e di opportunità [...]»⁷⁶⁵.

È, in quest'ottica, da cogliere con plauso il fatto che la Corte regolatrice della giurisdizione abbia più volte sottolineato, con riguardo ai motivi inerenti alla giurisdizione *ex art. 111, comma 8, Cost.* - tra i quali confluisce (appunto) l'ipotesi in cui venga esercitato un sindacato di merito in materia attribuita alla giurisdizione di (sola) legittimità -, che i limiti di sindacabilità delle decisioni del giudice amministrativo dinanzi alla Cassazione «non variano a seconda che quelle pronunce siano state emesse nell'esercizio della giurisdizione in materia di interessi o ricadano nell'ambito della giurisdizione esclusiva, riguardante anche i diritti»⁷⁶⁶, ciò in quanto «nulla consentirebbe di introdurre una siffatta distinzione nel sistema delineato dalla citata disposizione dell'art. 111 Cost., né essa risponderebbe ad un criterio logico-sistematico, essendo al contrario evidente che le medesime ragioni in base alle quali una determinata controversia risulti eventualmente attribuita alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo ne giustificano anche il corrispondente regime d'impugnazione»⁷⁶⁷.

Proprio in una materia di giurisdizione esclusiva è stata di recente dalla Suprema Corte⁷⁶⁸ rimarcata la configurabilità di un eccesso di potere giurisdizionale nella speciale declinazione che costituisce il *proprium* dell'indagine di cui al presente lavoro⁷⁶⁹.

⁷⁶⁵ *Ibidem*.

⁷⁶⁶ Cass. civ. s.u. 5 giugno 2006, n. 13176. Cfr., *ex plurimis*, nella giurisprudenza successiva, Cass. civ. s.u. 27 marzo 2008, n. 7939; Cass. civ. s.u. n. 19598/2012, cit.; Cass. civ. s.u. 9 maggio 2016, n. 9282; Cass. civ. s.u. 16 dicembre 2016, n. 25975; Cass. civ. s.u. 22 marzo 2017, n. 7299.

⁷⁶⁷ Cass. civ. s.u. n. 13176/2006, cit.

⁷⁶⁸ Si tratta di Cass. civ. s.u. 11 marzo 2020, n. 7012.

⁷⁶⁹ Si tenga presente, peraltro, che il sindacato sulle sanzioni antitrust, analizzato nei suoi contorni essenziali innanzi in trattazione (cfr. *supra*, par. 1.2), è dal giudice amministrativo esercitato proprio nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva (art. 133, comma 1, lett. l, c.p.a.).

L'occasione è stata propizia per il giudice della giurisdizione per riaffermare importanti statuizioni con riguardo al tema delle implicazioni dell'elaborazione dell'eccesso di potere giurisdizionale in punto di rapporti con il diritto dell'Unione europea.

Dopo aver (ri)definito l'ambito di applicazione dei motivi inerenti alla giurisdizione (anche sulla scorta di quanto stabilito nel 2018 dalla Corte costituzionale⁷⁷⁰), nonché rimarcato il nocciolo duro della nozione di eccesso di potere giudiziario come sconfinamento nella sfera del merito («quando l'indagine svolta dal giudice amministrativo, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione, eccedendo i limiti della valutazione di legittimità»), la Suprema Corte ha dato continuità all'orientamento secondo cui il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione non include altresì la funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, neanche sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, comma 3, Tfu⁷⁷¹, ovvero al principio in base al quale la non sindacabilità da parte della Corte regolatrice della giurisdizione delle violazioni del diritto unionale ascrivibili alle sentenze degli organi di vertice delle magistrature speciali risulta compatibile con quest'ultimo, «tenuto conto che è rimessa ai singoli Stati l'individuazione degli strumenti processuali per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall'Unione»⁷⁷².

⁷⁷⁰Cfr. Corte cost. n. 6/2018, cit. (*supra* in trattazione, spec. cap. 1, par. 3).

⁷⁷¹Cass. civ. s.u. n. 7012/2020, cit. (in analisi), che richiama in tal senso Cass. civ. s.u. 1° aprile 2019, n. 9042; Cass. civ. s.u. 17 dicembre 2018, n. 32623; Cass. civ. s.u. 15 novembre 2018, n. 29391; Cass. civ. s.u. n. 30301/2017, cit.; Cass. civ. s.u. 14 dicembre 2016, n. 25629; Cass. civ. s.u. n. 2403/2014, cit.; Cass. civ. s.u. 5 luglio 2013, n. 16886; Cass. civ. s.u. n. 3236/2012, cit.; Cass. civ. s.u. n. 26299/2008, cit.; Cass. civ. s.u. 2 dicembre 2005, n. 26228; Cass. civ. s.u. n. 8882/2005, cit.

⁷⁷²Cass. civ. s.u. n. 7012/2020, cit., che richiama in tal senso Cass. civ. s.u. 17 dicembre 2018, n. 32622.

La Cassazione ha parimenti evidenziato che risulta «noto» come più parti abbiano propugnato un cambio di orientamento, sull'assunto che «il pregiudizio così arrecato al diritto dell'Unione meriti l'utilizzo di ogni tipo di strumento disponibile, quale l'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato per motivi attinenti alla giurisdizione, in adesione al criterio della più completa attuazione agli obblighi derivanti dall'adesione all'Unione Europea», in ciò richiamando l'apertura, nell'ottica della (necessità di una) rimozione degli ostacoli che pregiudicano la piena effettività del diritto UE, dalla giurisprudenza mostrata con riguardo ai casi di 'radicale stravolgimento delle norme di riferimento' tali da ridondare in denegata giustizia⁷⁷³, osteggiata, come più volte evidenziato nel corso della trattazione⁷⁷⁴, dalla Consulta con la (citata) pronuncia n. 6/2018⁷⁷⁵.

Ciò considerato, la Suprema Corte ha osservato che l'orientamento mirante ad escludere l'interpretazione 'dinamica' dei motivi di giurisdizione «non impedisce di ritenere, nel caso in esame, pertinente ad essi la situazione in cui un giudice speciale nazionale abbia invaso le competenze della Commissione Europea», che, «quale organo organizzativo dell'Unione, svolge compiti esecutivi, cui si attaglia la definizione di merito gestorio, nel quale, nel rispetto dei confini della propria giurisdizione, il giudice amministrativo non può sconfinare»⁷⁷⁶.

Un tale sconfinamento, tuttavia, non è stato ritenuto integrato, nel caso di specie, dal giudice dei conflitti.

Oggetto del giudizio dinanzi alla Cassazione era una pronuncia con cui il Consiglio di Stato aveva confermato, in relazione ad un finanziamento

⁷⁷³ Cfr. *supra* ampiamente nel cap. 1, spec. nella trattazione di cui al par. 2.3 (e, in particolare, alla nota n. 157).

⁷⁷⁴ Cfr. *supra*, spec. cap. 1, par. 3.

⁷⁷⁵ Tali assunti sono contenuti in Cass. civ. s.u. n. 7012/2020, cit. (in analisi).

⁷⁷⁶ Cass. civ. s.u. n. 7012/2020, cit.

pubblico, la decisione del giudice di primo grado che aveva annullato il provvedimento di assegnazione del contributo e ordinato la sospensione del relativo pagamento⁷⁷⁷.

A detta del Consiglio di Stato, nel caso di specie sussisteva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *ex art.* 133, comma 1, lett. *z-sexies* - riguardante le controversie relative agli atti e ai provvedimenti che concedono aiuti di Stato in violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE⁷⁷⁸ e quelle aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'art. 16 del Reg. (UE) 2015/1589 del Consiglio del 13 luglio 2015 (e prima ancora dell'art. 14 del Reg. CE n. 659/1999, al tempo vigente), a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso - senza sospetto di sostituzione sostanziale nei compiti della Commissione Europea, venendo in rilievo il rispetto dell'obbligo degli Stati membri di notifica preventiva dei progetti di aiuto e di differimento dell'esecuzione sino a quando la medesima Commissione si fosse pronunciata sulla compatibilità con il mercato unico⁷⁷⁹. Nel merito, il Consiglio di Stato aveva confermato la valutazione del T.A.R. in ordine alla configurabilità della misura come aiuto di Stato *ex art.* 107, par. 1, TFUE⁷⁸⁰, ciò concludendo dopo aver valutato la sussistenza degli elementi propri

⁷⁷⁷ Cass. civ. s.u. n. 7012/2020, cit., parte in fatto.

⁷⁷⁸ Secondo tale disposizione, *[A]lla Commissione sono comunicati, in tempo utile perché presenti le sue osservazioni, i progetti diretti a istituire o modificare aiuti. Se ritiene che un progetto non sia compatibile con il mercato interno a norma dell'articolo 107, la Commissione inizia senza indugio la procedura prevista dal paragrafo precedente. Lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto a una decisione finale.*

⁷⁷⁹ Cass. civ. s.u. n. 7012/2020, cit., parte in fatto. Si deve sottolineare che nel giudizio amministrativo di primo grado il T.A.R. aveva dichiarato che il contributo pubblico concesso concretizzasse un aiuto di Stato *ex art.* 107, par. 1, TFUE *illegale* per la mancata notifica di cui all'art. 108, par. 3, TFUE: cfr. T.A.R. Lazio (Roma), sez. III, 27 febbraio 2017, n. 2922.

⁷⁸⁰ Secondo tale disposizione, *[S]alvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.*

della misura agevolativa, e reputando così superfluo l'intervento della Corte di Giustizia in sede pregiudiziale⁷⁸¹.

Il soggetto beneficiario adiva, quindi, la Corte di Cassazione sull'assunto che la sentenza avrebbe altresì statuito sulla compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato interno, qualificando il contributo come aiuto vietato *ex art. 107, par. 1*, *Tfue* in ragione della mancata notifica *ex art. 108, par. 3, Tfue*: il giudice amministrativo non si sarebbe, dunque, limitato ad esercitare poteri provvisori in attesa della pronuncia della Commissione, né a sancire l'obbligo di notifica alla stessa, ma avrebbe, al contrario, operato la valutazione sulla compatibilità dell'aiuto, in questo modo travalicando i limiti della giurisdizione⁷⁸².

La Suprema Corte, nel rimarcare come la competenza a valutare la compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato interno sia esclusivo appannaggio della Commissione, ha richiamato sul punto la disciplina unionale sugli aiuti di Stato (tra cui la comunicazione della Commissione 2009/C 85/01), nonché la giurisprudenza della Corte di Giustizia, a cui si conformano i principi enunciati nel diritto interno, anch'essi menzionati⁷⁸³. La Cassazione è passata dunque all'analisi della disposizione nazionale di cui all'art. 133, comma 1, lett. *z-sexies*, introdotta dalla legge n. 234 del 2012, che ha altresì previsto (all'art. 50) la possibilità di impugnare davanti al T.A.R. competente per territorio i provvedimenti che concedono aiuti di Stato in violazione dell'art. 108, par. 3, *Tfue*, nonché della giurisprudenza comunitaria con riguardo al ruolo del giudice nazionale in materia (es. in relazione alla possibilità da parte di quest'ultimo di decidere di sospendere l'esecuzione della misura ed ingiungere il recupero delle

⁷⁸¹ Cass. civ. s.u. n. 7012/2020, cit., parte in fatto.

⁷⁸² Cass. civ. s.u. n. 7012/2020, cit. parte in diritto (come da qui in appresso).

⁷⁸³ Cass. civ. s.u. n. 7012/2020, cit. La Cassazione ha riportato, *inter alia*, quanto statuito da Cass. civ. s.u. 6 febbraio 2019, n. 3523, secondo cui non compete al giudice nazionale pronunciarsi sulla compatibilità con il mercato interno delle misure di aiuto, essendo questo compito esclusivo della Commissione, di guisa che il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia in tali casi può imporsi come obbligatorio.

somme versate ovvero di disporre misure provvisorie al fine di salvaguardare gli interessi delle parti coinvolte nonché l'effetto utile della successiva decisione della Commissione, una volta constatato che la misura costituisce un aiuto di Stato *ex art. 107 Tfu*, attuato in violazione dell'*art. 108, par. 3, terza frase, Tfu*⁷⁸⁴), osservando, in conclusione, che «dal sistema complessivamente così ricostruito emerge la possibilità di un esame deliberatorio da parte del giudice nazionale»⁷⁸⁵.

In tal senso, la Corte ha evidenziato come debbano essere tenute distinte le nozioni di aiuto illegale e di aiuto incompatibile con il mercato interno, l'illegalità potendo essere rilevata dalla Commissione così come dal giudice nazionale, il giudizio sulla compatibilità dell'aiuto essendo, invece, riservato esclusivamente alla Commissione⁷⁸⁶. Nel permeare l'essenza del quesito allo stesso posto, il giudice dei conflitti ha a questo punto osservato che «[L]a più corretta interpretazione delle affermazioni della Corte di giustizia, affinché esse non restino puramente astratte od assumano risvolti contraddittori, è nel senso di avere l'*art. 108 Tfu* inteso attribuire ai giudici nazionali ogni potere, tale da preservare l'efficacia della decisione della Commissione circa l'incompatibilità dell'aiuto di Stato con il mercato comune, per quando essa arriverà»: in questo modo, sempre nel ragionamento della Cassazione, «l'apprezzamento operato dal giudice nazionale - pur a fini di immediata tutela degli interessati e senza invasione del campo di operatività della Commissione - si estende, quale premessa, all'individuazione dell'esistenza di una situazione astrattamente qualificabile come aiuto di Stato e permette poi di valutare se sia rimasto

⁷⁸⁴ Cass. civ. s.u. n. 7012/2020, cit., che ha richiamato in tal senso Corte di giustizia 11 novembre 2015, C-505/14, par. 26. Altre decisioni del giudice comunitario sul punto sono menzionate nella sentenza in trattazione, par. 5 della motivazione.

⁷⁸⁵ Cass. civ. s.u. n. 7012/2020, cit.

⁷⁸⁶ *Ibidem*. Si ricordi quanto statuito in primo grado dal T.A.R. in ordine alla ritenuta illegalità del contributo pubblico concesso. Cfr. *supra*, nota n. 779.

inadempito un (a quel punto, giudicato sussistente) obbligo di comunicazione preventiva alla Commissione»⁷⁸⁷.

Ora, in base ai principi in tema di eccesso di potere giurisdizionale invalsi nella prassi applicativa (di cui si è dato atto *supra* in trattazione) e richiamati dalla Corte regolatrice della giurisdizione, è chiaro come nella fattispecie in esame a venire in rilievo fosse proprio il fulcro del vizio in esame, trattandosi di «valutare se la situazione integr[asse] il superamento dei limiti esterni della giurisdizione per sconfinamento nella sfera riservata alla Commissione Europea», appartenendo alle prerogative di quest'ultima quella di «svolgere le valutazioni economiche necessarie per garantire la concorrenza nel mercato interno», in ciò richiamando quanto chiarito dalla Corte di Giustizia, secondo cui le complesse verifiche che tale controllo implica competono esclusivamente alla Commissione, il giudice dovendosi limitare ai profili di legittimità⁷⁸⁸.

In tale prospettiva, la Corte ha rimarcato che «[I]nnanzi alle Sezioni unite [...] non è questione di sindacare l'omesso rinvio pregiudiziale, né la violazione generica di norme unionali, né quella tale da risolversi in denegata giustizia»⁷⁸⁹.

La Cassazione, invero, non si è trovata di fronte ad un caso di violazione della normativa unionale ovvero di 'denegata giustizia'⁷⁹⁰, dovendo piuttosto vagliare la figura dell'eccesso di potere del giudice amministrativo nella sua declinazione tipica, che nel caso di specie ha riguardato la verifica in ordine al se il giudice avesse operato «non il mero controllo di legalità al medesimo affidato dall'art. 108 Tfu, ma una diretta valutazione di merito in ordine alla situazione di compatibilità dell'aiuto, riservata alla Commissione Europea dall'art. 107 Tfu»⁷⁹¹.

⁷⁸⁷ Cass. civ. s.u. n. 7012/2020, cit.

⁷⁸⁸ *Ibidem*.

⁷⁸⁹ *Ibidem*.

⁷⁹⁰ Su tali questioni, cfr. abbondantemente *supra*, cap. 1, paragrafi 2.3 e 3, e cap. 2, par. 4.

⁷⁹¹ Cass. civ. s.u. n. 7012/2020, cit.

Si comprende, allora, come la conformazione strutturale e funzionale del vizio in esame non si arricchisca di connotati di peculiarità degni di nota qualora l'indagine si innesti nella cornice ordinamentale della giurisdizione esclusiva: in quest'ultima, come nella giurisdizione generale di legittimità, il fulcro della questione attiene (ancora una volta) alla comprensione del meccanismo di funzionamento ed operatività dello sconfinamento del giudice nelle altrui prerogative.

Questo non significa, tuttavia, che l'emersione, nel singolo caso, di una giurisdizione esclusiva si ponga quale circostanza non dotata di alcun riflesso ermeneutico nell'opera di qualificazione della fattispecie compiuta dall'interprete.

Ciò che occorre evitare, infatti, è che sotto la veste dell'esercizio del potere di *ius dicere* in una determinata materia, della cui cognizione il giudice amministrativo non sarebbe investito ove non fosse stata ivi prevista una giurisdizione di tipo esclusivo, quest'ultimo si arroghi facoltà ulteriori, ridondando, in questo modo, la sua azione in eccesso di potere.

Tale constatazione costituisce, a ben vedere, uno degli snodi principali della sentenza in esame: nello statuire il principio di diritto rinveniente dall'esame della fattispecie sottoposta alla sua attenzione, la Corte ha, infatti, affermato che «costituisce motivo di ricorso attinente alla giurisdizione quello con il quale si denuncia che il Consiglio di Stato, nell'ambito del giudizio proposto ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. z-sexies, c.p.a., abbia esercitato i poteri inerenti alla giurisdizione esclusiva al di fuori dei casi in cui la legge lo consente, per avere esso invaso la sfera dei poteri riservati alla esclusiva competenza della Commissione Europea»⁷⁹².

Nel caso concreto, come anticipato, il giudice regolatore della giurisdizione non ha, tuttavia, ritenuto integrato il vizio in esame: al giudice

⁷⁹² *Ibidem*.

amministrativo era stato, infatti, richiesto di giudicare in ordine alla contrarietà della misura in un momento in cui non era ancora intervenuta una dichiarazione di compatibilità o incompatibilità da parte della Commissione europea⁷⁹³. In tal senso, la Corte ha evidenziato come la decisione impugnata avesse espresso la convinzione secondo cui la misura in oggetto non si sottraeva al procedimento di cui agli artt. 107 e 108 Tfu, costituendo «una misura finanziata con risorse statali che favorisce il destinatario con vantaggio economico dello stesso», tale accertamento non esulando «dai confini propri dei compiti che il diritto unionale assegna al giudice nazionale»⁷⁹⁴.

Dopo aver rimarcato come la Commissione europea debba accertare se lo Stato membro abbia aiutato una o più imprese, e se questo abbia inciso verosimilmente sul commercio tra i Paesi dell'UE in maniera selettiva, onde potenzialmente sia risultata falsata la concorrenza, la Cassazione ha puntualizzato che la decisione del Consiglio di Stato «ha giudicato con riguardo al “vantaggio economico” ad un'impresa ed alla “selettività” della misura, solo *ad abundantiam* contenendo essa alcune affermazioni circa l'incidenza sugli scambi tra Stati membri e l'idoneità a falsare la concorrenza»⁷⁹⁵.

Di conseguenza, la Corte ha concluso considerando che, non solo «le singole valutazioni operate rientrano nell'ambito interno dei poteri assegnati», di guisa che non potrebbero essere sindacate in Cassazione per motivi di giurisdizione, ma «neppure il Consiglio di Stato ha varcato i confini della propria giurisdizione, essendosi limitato all'accertamento dell'aiuto ed all'annullamento dell'atto amministrativo (che è il *proprium* del giudice nazionale italiano e non della commissione), senza valutare il presupposto della compatibilità con il mercato interno, al più considerato alla stregua di mero accertamento

⁷⁹³ *Ibidem.*

⁷⁹⁴ *Ibidem.*

⁷⁹⁵ *Ibidem.*

incidentale, che lascia persistere inalterato ogni potere attribuito alla Commissione»⁷⁹⁶.

La pronuncia appena analizzata risulta apprezzabile sotto molteplici profili: da un lato, infatti, vi è contenuta una pregevole ricostruzione del tema dei rapporti tra violazione del diritto unionale e limiti esterni alla giurisdizione; dall'altro, si è nell'occasione proceduto ad isolare, tra le questioni di giurisdizione, l'eccesso di potere giudiziario nel suo archetipo concettuale più particolare di sconfinamento nel merito insindacabile in una cornice istituzionale 'integrata' tra diritto nazionale e diritto sovranazionale.

Con specifico riguardo, poi, all'ambito delle tecniche di sindacato sul vizio in esame da parte del giudice dei conflitti, la decisione ha apportato un contributo ermeneutico rilevante nell'elaborazione scientifica della categoria anche da un ulteriore punto di vista.

Al di là della generale considerazione secondo cui la conformazione del sindacato della Cassazione sull'eccesso di potere della sentenza del Consiglio di Stato che decida su controversie inerenti a interessi legittimi è analoga sia quando nel caso di specie rilevi una giurisdizione di legittimità sia qualora la materia su cui verta il giudizio amministrativo rientri nel novero di quelle attribuite al giudice in sede di giurisdizione esclusiva, l'analisi che precede, ha, infatti, a parere di chi scrive, consegnato all'interprete un dato preciso: l'invasione da parte del giudice amministrativo delle prerogative riconosciute dall'ordinamento (nazionale e finanche, come nel caso da ultimo considerato, sovranazionale) ad un organo diverso dal primo si configura, nella cornice della giurisdizione esclusiva, quando a quest'ultima si faccia ricorso per giustificare l'esercizio di poteri in realtà al giudice non spettanti⁷⁹⁷.

⁷⁹⁶ *Ibidem*.

⁷⁹⁷ Sull'autonomia concettuale di una tale fattispecie si tornerà nella parte finale delle *Conclusioni*.

CONCLUSIONI

Il presente lavoro si è sviluppato (come negli auspici) intorno a tre linee di ricerca - declinate in altrettanti capitoli - ciascuna delle quali protesa (quanto meno nell'intenzione di chi scrive) ad illuminare la riflessione scientifica intorno alla figura dell'eccesso di potere del giudice amministrativo con l'obiettivo precipuo di rintracciarne la *funzione*.

In via preliminare si deve dare atto di come il fulcro della trattazione abbia riguardato la fattispecie della invasione giudiziale delle prerogative riconosciute all'amministrazione.

In una cornice peculiare è stato invece indagato l'eccesso di potere giurisdizionale *sub specie* di sconfinamento del giudice nelle facoltà attribuite al legislatore.

La scelta di collocare una siffatta trattazione in una sezione *ad hoc* ha trovato la sua giustificazione principalmente nella constatazione di una valenza quasi teorica di tale figura, in quanto suscettibile di realizzarsi in concreto solo qualora l'operato del giudice oltrepassi i confini dell'interpretazione della norma così confluendo nell'attività di produzione (o, meglio, di vera e propria creazione) del diritto, evenienza, questa, di ardua verifica in ragione dell'alto valore sistemico riconosciuto all'ermeneutica giudiziale nell'ambito dell'esplicazione della funzione giurisdizionale nel suo complesso⁷⁹⁸ (nonostante quanto di recente affermato dalla Cassazione in ordine alla ritenuta sindacabilità sotto tale profilo delle sentenze del Consiglio di Stato confliggenti con il diritto unionale⁷⁹⁹).

⁷⁹⁸ Cfr. l'analisi svolta nel cap. 2, par. 4.

⁷⁹⁹ Si tratta di Cass. civ. s.u. ord. n. 19598/2020, cit., di cui si è dato ampiamente atto in corso di trattazione (cfr. *supra*, cap. 1, par. 3, e cap. 2, par. 4).

Ciò considerato, occorre in questa sede enucleare i risultati della ricerca in vista del raggiungimento dello scopo innanzi rappresentato: la valorizzazione della funzione dell'eccesso di potere del giudice amministrativo nell'attuale contesto ordinamentale di riferimento.

Che questa si agganci al tessuto delle *garanzie* dall'ordinamento poste a tutela di principi e valori fondamentali - in primo luogo, quello di separazione dei poteri - è approdo ermeneutico pressoché certo, ma ancora 'incompleto'. Ad una più puntuale definizione in tal senso si tenterà di giungere (proprio) a fronte dell'enunciazione degli esiti dell'indagine sinora svolta.

Nel *giudizio sull'eccesso di potere del giudice amministrativo* è contenuto l'impianto essenziale della ricerca: indagine storica ed evoluzione dell'istituto nella prassi; contributo della letteratura scientifica in punto di definizione dei margini concettuali della figura; ruolo della Corte regolatrice della giurisdizione e tendenza (sovente) ad un sindacato 'estensivo' da parte di quest'ultima; ragioni giuridiche (e pre-giuridiche) alla base di un tale tendenza e successiva disapprovazione da parte del Giudice delle leggi (a sua volta contestata dalla Cassazione, nella recente pronuncia proprio da ultimo richiamata, quando a venire in rilievo sia l'ipotesi di una violazione del diritto unionale). Di sfondo, la ricerca di una base dogmatica comune tra l'eccesso di potere come vizio della funzione amministrativa e l'eccesso di potere come vizio della decisione giurisdizionale, pur nella solida consapevolezza della autonomia concettuale e autosufficienza funzionale delle due figure.

E così, di un tentativo in tale direzione, l'accezione 'in senso stretto' dell'eccesso di potere del giudice amministrativo - che costituisce una *species* del *genus* dei motivi di giurisdizione sindacabili dinanzi alla Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., e si sostanzia nell'invasione da parte del predetto giudice delle prerogative riconosciute (al legislatore o) all'amministrazione - è divenuta *condicio sine qua non*.

Una definizione siffatta è risultata coerente con la *ratio* della legge sui conflitti del 1877, che assegnava alle Sezioni unite della Corte di Cassazione romana, tra l'altro, la competenza a giudicare della nullità delle sentenze delle giurisdizioni speciali per incompetenza o 'eccesso di potere' (art. 3, comma 1, n. 3, seconda parte), da ciò sviluppandosi, nel panorama del diritto positivo post-unitario, il concetto - ancora attuale nella sua valenza dogmatica - di 'straripamento' di potere di matrice francese.

Coerenza ha assunto una tale accezione altresì con la prima giurisprudenza in tema di 'assoluto difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato' di cui alla legge del 1907, espressione poi confluita nell'ancora vigente art. 48 del Testo unico del 1924, e con l'elaborazione scientifica dei 'motivi inerenti alla giurisdizione' nella costruzione 'evolutiva' che di questi ha fatto il giudice dei conflitti quando è pervenuto ad affermare che «è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere stabilendo attraverso quali forme di tutela esso si estrinseca»⁸⁰⁰. Tra tali motivi, infatti, la fattispecie dello sconfinamento da parte del giudice amministrativo nei poteri attribuiti al legislatore o all'amministrazione ha sin dall'origine mantenuto una valenza autonoma e finanche (per così dire) sistemica, pur nelle sovrapposizioni e generalizzazioni concettuali che talvolta hanno segnato le coordinate essenziali del dibattito scientifico in materia.

A riprova dell'affinità categoriale tra le due tipologie di vizio, l'uno inficiante il provvedimento, l'altro la sentenza, è stata assunta (proprio) la surriferita concezione 'evolutiva' e la speculare tendenza 'interventista' della Suprema Corte, da cui promana il rischio che venga cassata la decisione del giudice amministrativo il quale abbia semplicemente errato nell'interpretazione o nell'applicazione della legge sostanziale o processuale, in questo modo

⁸⁰⁰ Cass. civ. s.u. n. 30254/2008, cit.

concretizzandosi a sua volta l'evenienza che il giudice regolatore della giurisdizione, sotto la parvenza di un sindacato sull'eccesso di potere giudiziario, finisca per far confluire il suo giudizio sull'eccesso di potere amministrativo.

In una siffatta cornice, la neutralizzazione del pericolo di una terza tipologia di eccesso di potere - quello dello stesso giudice dei conflitti - è stata legata intimamente all'esigenza di demarcare puntualmente il *confine* tra l'oggetto del sindacato della Corte e ciò che dall'ambito del suo giudizio deve necessariamente rimanere estraneo.

La relativa analisi è stata condotta in una prospettiva dogmatica.

Assurgendo a momento fondamentale del percorso di convalida scientifica dell'assunto di una affinità categoriale tra l'eccesso di potere giudiziario e l'eccesso di potere amministrativo, la *dogmatica del giudizio* ha inteso scandagliare, del primo, l'*ubi consistam*, contribuendo a calarne i margini e, dunque, a definire i contorni del confine surriferito.

A ciò si è pervenuti, più nello specifico, ad esito dell'indagine sull'eccesso di potere come vizio riferito all'atto, oltre (e prima ancora che) alla decisione giudiziale, in uno con quella sulla discrezionalità amministrativa, che del primo risulta campo di elezione, e, per tale via, sui concetti di legittimità e di merito, che costituiscono i termini di riferimento della figura dell'eccesso di potere giudiziario nell'accezione 'in senso stretto' fatta propria dal presente lavoro: invade, infatti, la sfera delle facoltà proprie dell'amministrazione il giudice amministrativo che, investito di una giurisdizione di (mera) *legittimità*, trasmodi nel *merito* (insindacabile) delle scelte amministrative, e salva - come detto - l'ipotesi dell'invasione delle prerogative legislative, configurabile allorquando il giudice non si sia limitato ad interpretare la norma ma abbia provveduto a crearla *sic et simpliciter*.

Il vaglio dell'eccesso di potere del giudice amministrativo in una cornice dogmatica ha messo in luce come l'elaborazione degli istituti e delle categorie

che orientano e regolano la funzione giurisdizionale esercitata dal predetto giudice in sede di controllo sull'attività discrezionale (anche tecnica) dell'amministrazione si sia giovata (e continui a giovarsi) del costante apporto della riflessione scientifica, così come della prassi, nell'opera di adeguamento ed adattamento della realtà giuridica a quella effettuale, contingente, a sua volta collegata ai principi e ai valori politico-istituzionali, culturali, sociali propri del momento storico di riferimento.

È di chiara evidenza come un tale fenomeno sia immanente all'intero sistema ordinamentale, trascendendo i confini della giustizia amministrativa, e finanche della giurisdizione nel suo complesso.

Di questo, tuttavia, un dato è risultato essenziale in vista della maturazione delle direttrici ermeneutiche lungo le quali si è inteso impostare il lavoro: assunta come tendenzialmente fissa la nozione *formale* di eccesso di potere giurisdizionale, si è reso evidente come la *sostanza* dell'istituto abbia beneficiato (e continui a beneficiare) degli sviluppi ermeneutici registratisi nella riflessione degli Autori e delle Corti che hanno scandagliato il fenomeno della discrezionalità amministrativa, il ruolo dell'eccesso di potere come vizio della funzione, il confine tra legittimità e merito sotto la prospettiva dello studio dei vizi di invalidità giuridica e dei vizi di opportunità, la natura della discrezionalità tecnica, più propriamente, la portata dell'eccesso di potere nell'opera di demarcazione del confine tra sindacato (e giurisdizione) di legittimità e sindacato (e giurisdizione) di merito.

Nella comprensione di un tale fenomeno di 'riempimento' di nozioni e concetti si potrebbe aver riguardo, volendo utilizzare una terminologia di stampo prettamente giuridico, alla tecnica del rinvio (formale).

In questa prospettiva, è risultato parimenti chiaro come nell'attività di qualificazione delle fattispecie via via in esame la giurisprudenza della Corte di

Cassazione abbia risentito (e continui a risentire) degli sviluppi dell'elaborazione dogmatica delle categorie rilevanti in materia.

Ad una determinata concezione dei limiti alla discrezionalità amministrativa, della nozione di merito, delle figure sintomatiche di eccesso di potere, dei criteri in base ai quali sindacare la valutazione tecnica dell'amministrazione non può che corrispondere, infatti, una determinata direzione del controllo del giudice della giurisdizione, così come, d'altronde, dello stesso giudice amministrativo in sede di sindacato sul provvedimento.

Da qui, la prospettiva di una comunanza dogmatica tra eccesso di potere amministrativo e eccesso di potere giudiziario, che ha fatto da sfondo all'intero lavoro, è emersa in tutte le sue potenzialità ed implicazioni esegetiche, da un lato divenendo ausilio essenziale nell'opera di neutralizzazione del più volte menzionato rischio di confusione tra le due tipologie di vizio, dall'altro fungendo da base ermeneutica di elezione per il riconoscimento dell'autonomia funzionale e dell'unicità strutturale del vizio inficiante la decisione del giudice amministrativo, sindacabile dinanzi alla Cassazione *ex art. 111, comma 8, Cost.*, in questo modo illuminando altresì l'*essenza* del giudizio del giudice dei conflitti.

Il *discrimen* tra eccesso di potere amministrativo e eccesso di potere giurisdizionale è stato ricollegato, in quest'ottica, non ad un diverso modo di concepire le categorie e i fenomeni a tali figure ancillari o connessi, né, conseguentemente, alla peculiare natura dell'oggetto - provvedimento o sentenza - su cui si innesta il controllo giudiziale, bensì, piuttosto, alla finalità 'intrinseca' (oltre che alla specificità della struttura) di quest'ultimo, da cui deriva, come logico corollario, la diversità qualitativa e quantitativa degli strumenti e delle tecniche di sindacato messi a disposizione del giudice amministrativo, prima, e del giudice regolatore della giurisdizione, poi, in sede di verifica della violazione, rispettivamente, dei limiti interni della funzione amministrativa e dei limiti esterni della funzione giurisdizionale.

Il tentativo di una (ri)definizione del confine tra vizio del potere amministrativo e vizio del potere giurisdizionale, che allo stesso tempo valorizzasse il ruolo di garante dell'unità del diritto della Suprema Corte di Cassazione e neutralizzasse, per tale via, le derive patologiche del surriferito rischio di sovrapposizione, ha trovato, così, il suo punto di emersione a cavallo tra l'indagine sulla *dogmatica del giudizio* e quella condotta - in una logica di perfetta continuità - sull'*essenza del giudizio*.

È stato così messo in luce come la finalità (o, potremmo dire, l'essenza, o, meglio, la funzione) del sindacato sull'eccesso di potere amministrativo sia sostanzialmente quella di garantire che l'azione amministrativa non oltrepassi il tracciato dei principi e dei valori, propri del contesto ordinamentale di riferimento, che la costante opera ermeneutica della giurisprudenza, con l'ausilio imprescindibile della dottrina, contribuisce a declinare in specifici parametri rispetto ai quali soltanto si rende possibile il controllo di legittimità condotto dal giudice⁸⁰¹: eccede, di conseguenza, dal suo potere il giudice amministrativo la cui azione decampi dalla funzione predetta.

⁸⁰¹ Cfr. G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, cit., 221, che evidenzia come l'ambito dell'eccesso di potere amministrativo possa ritenersi «praticamente coincidente con l'area di quei costrutti della giurisprudenza e della dottrina che hanno avuto il pregio di ridefinire le linee di sviluppo del diritto amministrativo moderno in sintonia con un costante sforzo di rivalutazione del principio di legalità e dei suoi corollari», sottolineando come risulti «significativo che con le varie forme dell'eccesso di potere si sia venuti praticamente ad esprimere in negativo le immagini di quei principi che, positivamente ricostruiti, configurano i criteri regolatori dell'amministrazione nel diritto sostanziale». Osserva che «[L]a storia dell'eccesso di potere [...] è la storia di un sindacato di tipo creativo [...] in un contesto particolarmente delicato» C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario*, cit., 91, il quale ne rinviene la ragione in ciò, che «l'eccesso di potere interviene in un rapporto istituzionalmente di potestà-soggezione, in cui la specificazione del principio è fatalmente destinata a ridurre il potere sul versante di una sola delle parti» (92). Secondo l'Autore, una tale situazione è «ben diversa da quando il giudice deve applicare un principio di disciplina di un rapporto paritario perché, in tal caso, il giudice viene a precisare una regola della quale in generale ed in astratto potranno valersi tutti i soggetti che possono entrare in conflitto [...]» (92): per tale via, lo Studioso conclude che «[I]l carattere creativo significa che il capitolo eccesso di potere comprende almeno due parti. La

Parimenti è stato chiarito come la finalità del sindacato della Cassazione sull'eccesso di potere giudiziario sia, dal canto suo, quella di garantire, nell'ottica della realizzazione della "unità del diritto oggettivo nazionale" (art. 65 ord. giud.), *non* che il predetto giudizio di conformità da parte del giudice amministrativo sia stato condotto senza storture o disfunzioni (nel qual caso rilevando meri *errores in iudicando* o *in procedendo*), ma che i surriferiti (elaborati, sviluppati, implementati) parametri di legalità dal giudice amministrativo utilizzati nella valutazione in ordine alla legittimità dell'*agere* amministrativo risultino compatibili con l'ordinamento⁸⁰².

In questo modo, il più volte paventato pericolo di sovrapposizione tra le due tipologie di vizio verrebbe altresì (probabilmente) a perdere quel connotato di rilevanza sistemica a cui si ricollegerebbe, tra l'altro, l'esigenza di istituire un tribunale dei conflitti a composizione mista⁸⁰³, risultando, al contrario, la

prima è l'eccesso di potere come tramite produttivo ed identificativo di una serie aperta di principi, regole, standard di disciplina del potere amministrativo riservato, discrezionale e non [...]. È l'eccesso di potere come fonte (culturale) di diritto. La seconda è l'eccesso di potere come tecnica di controllo, in concreto, del rispetto di quei principi, regole, standard» (92). Cfr. inoltre B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 868-869, il quale evidenzia che il giudice amministrativo «è il principale custode della legittimità dei provvedimenti e che, fin dalla sua istituzione, si è dedicato alla specificazione delle previsioni legislative relative ai vizi del provvedimento», osservando come la giurisprudenza di quest'ultimo si sia «inevitabilmente [...] rivelata particolarmente creativa con riferimento alla figura dai contorni meno precisi, l'eccesso di potere». L'Autore dà atto di come l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa sia stata «un continuo processo di affinamento del sindacato sulle scelte dell'amministrazione, al di là delle prescrizioni normative», rimarcando in tal senso che «[B]en presto [...] il Consiglio di Stato cominciò a imporre alle pubbliche amministrazioni il rispetto non solo delle norme scritte, ma anche di principi e regole generali, elaborati dallo stesso giudice, tendenti ad assicurare la logicità e la ragionevolezza dell'azione amministrativa e a favorire l'effettiva realizzazione dell'interesse pubblico». Cfr. altresì *supra*, nota n. 582.

⁸⁰² Cfr. in particolare i rilievi di A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, cit., di cui si è dato atto in trattazione (cfr. quanto riportato in corrispondenza e, ove richiesto, con riguardo al contenuto stesso delle note, anche eventualmente di rinvii, nn. 465, 469, 470, nonché, *infra*, 808 e 809).

⁸⁰³ Cfr. *infra* in Postilla.

posizione garantista (e la funzione ‘riequilibratrice’) riconosciuta dal sistema ordinamentale alla Suprema Corte di Cassazione il fulcro intorno al quale costruire le basi per una concezione del ricorso per motivi di giurisdizione che, nel suo concreto dispiegarsi, si conformi ai dettami costituzionali e, in particolare, al fondamentale principio di separazione dei poteri.

In ciò si rinviene, a parere di chi scrive, l’elemento definitorio mancante a cui ad inizio paragrafo è stato riferito l’auspicabile tentativo di dare consistenza: la funzione di garanzia dell’eccesso di potere giudiziario si sostanzierebbe, per tale via, nell’esigenza - e nella finalità - di assicurare (proprio) la persistenza e la migliore esplicazione del modello giurisdizionale di tipo dualistico⁸⁰⁴.

Lo sguardo sull’*essenza del giudizio* ha inteso, infine, indagare il sindacato sull’eccesso di potere giurisdizionale nelle sue coordinate eminentemente pratiche, senza, tuttavia, tralasciare del tutto l’aspetto teorico. Del resto, un grande giurista aveva evidenziato come, per essere realmente pratica, la giurisprudenza non potesse limitarsi a questioni pratiche⁸⁰⁵.

L’esame della prassi applicativa in punto di elaborazione di tale vizio nella prospettiva del suo sindacato ha permesso di rintracciare, del primo, la dinamica, la funzione, il suo ‘farsi’ nell’ambito del giudizio dinanzi alla Cassazione, contribuendo allo sviluppo della riflessione scientifica in materia in una logica di continuità e completamento rispetto agli approdi ermeneutici (quanto meno) lambiti in corso di trattazione. In tale prospettiva, l’analisi del formante giurisprudenziale e del prezioso quanto determinante contributo della

⁸⁰⁴ Cfr. *supra*, cap. 1, par. 2, nota n. 75.

⁸⁰⁵ R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, II, 1869, 369: «[...] daß nämlich die Jurisprudenz, um wahrhaft praktisch zu sein, sich nicht auf praktische Fragen beschränken darf», citazione richiamata, all’inizio della sua opera, da F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit.

letteratura scientifica su una questione - quella che icasticamente si compendia, appunto, nella figura dell'*eccesso di potere del giudice amministrativo* - ricca di implicazioni che investono segmenti variegati del diritto pubblico tradizionalmente al centro di dibattiti, riflessioni, riconsiderazioni, 'ritorni al passato', di nuovo sviluppi e riaperture, ha consentito di stilare, ad esito complessivo della presente ricerca, i seguenti punti fermi.

Invade la sfera della scelta discrezionale dell'amministrazione⁸⁰⁶ - tale condotta dovendo essere stigmatizzata dalla Cassazione - il giudice amministrativo che, nel (e prima ancora per) valutare la legittimità dell'azione amministrativa, abbia fatto ricorso a parametri non compatibili con l'*ordinamento giuridico*⁸⁰⁷ nel suo complesso, non anche quando lo stesso abbia semplicemente errato nell'interpretazione o nell'applicazione di parametri (ritenuti) invece razionali e coerenti con l'assetto ordinamentale di riferimento⁸⁰⁸. Eccede, pertanto, dal suo potere la Cassazione la cui azione decampi dalla finalità

⁸⁰⁶ A corredo delle conclusioni che ci si accinge a rappresentare, si cfr. le considerazioni svolte in particolare nel cap. 2, par. 3, e nel cap. 3, paragrafi 1, 1.1 e 1.2.

⁸⁰⁷ L'espressione evidentemente racchiude, senza esaurirla, la nozione di 'legge', a cui i giudici sono soggetti *ex art.* 101 Cost. Osserva Santi Romano, in Id., *Il diritto pubblico italiano*, cit., 361, che la giurisdizione è «il potere dello Stato che ha per oggetto il mantenimento e l'attuazione dell'ordinamento giuridico». Sulla nozione di 'ordinamento giuridico' cfr. R. GUASTINI, v. *Ordinamento giuridico*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995.

⁸⁰⁸ Oltre ai rilievi dell'Autore già menzionati nel corso della trattazione (da ultimo richiamati nella precedente nota n. 802), cfr. il passaggio argomentativo contenuto in A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, cit., 668-669, in cui lo Studioso rimarca come dinanzi alla Cassazione possa censurarsi il vizio di eccesso di potere giudiziario soltanto mediante «la prospettazione dell'anomalia dell'attività decisionale del Consiglio di Stato e la contestazione della soggettività delle valutazioni condotte dal giudice d'appello», ciò potendo avvenire «sia nel caso in cui difetti *ab origine* un parametro normativo idoneo a sindacare l'attività della p.a.; sia nel caso in cui il parametro sia stato individuato dal giudice, ma sussistano concreti dubbi sul suo fondamento giuridico, ossia sul fatto che la norma non scritta esprima valori compatibili con l'assetto costituzionale (ed eventualmente europeo)». In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 4990/2019, cit., nella parte relativa alle statuizioni *supra* riportate in corrispondenza della nota n. 666 (e prima ancora della nota n. 468).

predetta, per aver cassato la sentenza del Consiglio di Stato sulla base di parametri dalla stessa Corte elaborati, sviluppati, implementati⁸⁰⁹, ovvero per aver accolto il ricorso avverso la decisione del giudice amministrativo che risulti (meramente) viziata da errori *in iudicando* e/o *in procedendo*.

Con specifico riguardo alla discrezionalità tecnica, eccede dal suo potere il giudice amministrativo che abbia sostituito il suo apprezzamento opinabile a quello, parimenti opinabile, dell'amministrazione, e sempre che si concordi sulla natura non sostitutiva del sindacato giudiziale quando a venire in rilievo sia il controllo sul potere tecnico dell'amministrazione: qualora, al contrario, si ammetta un sindacato sostitutivo (o di 'maggiore attendibilità', che non è altro che una *species* del primo), un'autonomia funzionale (e prima ancora concettuale) della categoria dell'eccesso di potere giudiziario stenterebbe a configurarsi⁸¹⁰.

⁸⁰⁹ Partendo dall'assunto secondo cui la Cassazione a Sezioni unite deve «limitarsi a verificare unicamente la sussistenza di parametri giuridici idonei a condizionare le modalità di formazione delle decisioni della p.a. ed il loro sindacato», Cassatella, in Id., *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, cit., 666, evidenzia come vada escluso che la Suprema Corte «possa fissare altri limiti della cognizione del giudice circa l'applicazione dei suddetti parametri» (tale rilievo dell'Autore è stato già *supra* richiamato in corrispondenza della nota n. 470). Lo Studioso effettua, comunque, delle riflessioni ulteriori e specifiche con riguardo alla fattispecie - costituente il fulcro dell'indagine di cui al presente lavoro - dello sconfinamento del giudice nel merito amministrativo. Dopo aver rimarcato che l'eccesso di potere giudiziario rappresenta «un criterio selettore dei limiti esterni del sindacato di legittimità rispetto al merito amministrativo», l'Autore osserva che «[L]’ambito del controllo giudiziale sotteso all’art. 7 c.p.a. viene a coincidere con ogni giudizio parametrico basato sull’applicazione di norme desunte da principi compatibili con i valori espressi dall’ordinamento, su cui si fonda ogni tutela esperibile nei confronti della p.a. ai sensi degli artt. 29, 30 e 31 c.p.a. [...]. Nel caso in cui non sia possibile individuare simili parametri, ogni eventuale sindacato avrà ad oggetto il merito, qui inteso come segmento dell’attività decisionale rispetto alla quale non è possibile individuare norme d’azione e modali idonee a determinare la decisione e dare ad essa uno specifico fondamento giuridico nei termini stabiliti dall’art. 3 della l. n. 241/1990 [...]. Ciò implica che il merito amministrativo debba essere definito come un’attività indecidibile attraverso criteri normativi conoscibili dalla p.a. e dallo stesso giudice amministrativo [...].» (666-667).

⁸¹⁰ Cfr. la disamina del dibattito scientifico e della prassi giurisprudenziale in materia affrontata *supra*, cap. 3, par. 1.2.

L'eccesso di potere del giudice amministrativo che sia investito di una cognizione estesa al merito è pur sempre configurabile, a patto, tuttavia, di isolarne i peculiari connotati fenomenici: dall'indagine giurisprudenziale a suo tempo condotta⁸¹¹ è, infatti, emerso come ecceda dal suo potere il giudice amministrativo che eserciti una giurisdizione di merito in difetto dei presupposti legittimanti il ricorso alla stessa, come quando si dia corso impropriamente al giudizio di ottemperanza (tale evenienza costituendo forse l'unica ipotesi dotata di una certa validità concettuale), ovvero, nell'ambito di quest'ultimo, si esercitino i poteri sostitutivi nonostante la sopravvenienza in corso di causa di situazioni che rendano di fatto impossibile l'attuazione del giudicato.

A ben vedere, tuttavia, a rilevare è qui pur sempre lo stesso fenomeno: l'abbandono della giurisdizione di legittimità e l'ingresso nel campo della giurisdizione di merito senza una autorizzazione legislativa in tal senso. Con una puntualizzazione: quanto meno in caso di ricorso 'improprio' all'ottemperanza, vi sarebbe, se non altro, una parvenza di legittimazione all'esercizio da parte del giudice di poteri di natura sostitutiva.

Con riguardo, poi, all'ipotesi in cui venga in rilievo una controversia in materie di giurisdizione amministrativa esclusiva, è stato nella sede opportuna⁸¹² evidenziato come l'elaborazione dell'eccesso di potere giudiziario segua pedissequamente le linee ermeneutiche delineate in punto di analisi del corrispondente vizio della decisione giudiziale adottata nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, non potendo il giudice degli interessi legittimi esercitare una cognizione di merito se non nei casi previsti dalla legge.

Quella dell'esercizio di «poteri inerenti alla giurisdizione esclusiva al di fuori dei casi in cui la legge lo consente»⁸¹³ è, ancora una volta, evenienza dotata

⁸¹¹ Cfr. le pronunce del giudice della giurisdizione analizzate *supra*, cap. 3, par. 2.

⁸¹² Cfr. *supra*, cap. 3, par. 3.

⁸¹³ Cass. civ. s.u. n. 7012/2020, cit. Cfr. *supra*, cap. 3, par. 3, parte finale.

di autonomia concettuale solo apparente. È invero evidente come, una volta instaurato un giudizio vertente su di una controversia riconducibile alle ipotesi di giurisdizione esclusiva, il controllo sull'invasione da parte del giudice amministrativo delle prerogative riconosciute ad altri organi debba aver riguardo, in quella determinata materia, all'estensione (*rectius*, alla misura) della cognizione giudiziale fissata dalla legge: ad una maggiore ampiezza della prima non può che corrispondere un minor rischio che si concretizzi, nel caso di specie, la predetta invasione⁸¹⁴.

Per chiudere il cerchio, una considerazione *de iure condendo* inerente al dibattito sulla opportunità di istituire un Tribunale dei conflitti a composizione mista. Le coordinate ermeneutiche su cui costruire, al riguardo, il tracciato di una delle possibili soluzioni sono custodite nelle maglie di (tutto) quanto fin qui illustrato.

⁸¹⁴ Il ricorso per motivi di giurisdizione dalla Suprema Corte rigettato con la pronuncia citata nella nota precedente si basava, come compiutamente analizzato in trattazione, su una lamentata invasione da parte del Consiglio di Stato delle prerogative riconosciute in via esclusiva alla Commissione europea in materia di aiuti di Stato. È chiaro come la questione intanto si sia posta in quanto, nella specie, al giudice era dato conoscere degli atti e dei provvedimenti contemplati nell'art. 133, comma 1, lett. z-*sexies* c.p.a.

POSTILLA

Prospettive de iure condendo. La proposta legislativa di istituire un Tribunale superiore dei conflitti a composizione mista presso la Corte di Cassazione.

È del 15 maggio 2017 la sottoscrizione, da parte dei vertici delle tre giurisdizioni superiori, di un *Memorandum* recante il fine di «promuovere tutte le opportune iniziative all'interno delle rispettive giurisdizioni allo scopo di migliorare lo svolgimento complessivo della funzione nomofilattica»⁸¹⁵.

Tra le specifiche finalità enunciate nel documento - declinato in 9 punti - compare quella di «valutare, previa opportune consultazioni al proprio interno e con i competenti organi di autogoverno, la possibilità di promuovere l'introduzione di norme, a Costituzione invariata, che consentano forme di integrazione degli organi collegiali di vertice con funzioni specificamente nomofilattiche delle tre giurisdizioni (Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, Sezioni Riunite della Corte dei conti) con magistrati di altre giurisdizioni, quando si trattino questioni

⁸¹⁵ Cfr. il documento integrale sul sito web *www.italiadecide.it*. Il *Memorandum* è stato presentato nel corso della conferenza *La cooperazione tra le giurisdizioni superiori nell'interesse dei cittadini e della giustizia*, tenutasi a Roma, presso la Camera dei deputati, il 18 dicembre 2017. Per gli opportuni approfondimenti cfr. AA.VV., *La nomofilachia nelle tre giurisdizioni. Corte Suprema di cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti*, a cura di *Italiadecide*, Bologna, 2019. Cfr. sull'argomento le riflessioni di G. SILVESTRI, *La funzione unificante della cultura della giurisdizione ed il ruolo della formazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 5, 681 ss. e di C. CONSOLO, *Il "Memorandum" del 15 maggio 2017: ragionevole sogno o vere linee effettive?*, *ivi*, 683 ss. Cfr. altresì AA.VV., *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, 2018, V, 57 ss.: alcuni dei contributi *ivi* contenuti sono richiamati - per essenziali e concisi commenti - da R. VILLATA, *Postilla a la (almeno per ora) fine di una lunga marcia*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 3, 743 ss., anche in *Id.*, *Scritti in tema di questioni di giurisdizione*, cit., 175 ss., spec. 178 ss., nota n. 12.

di alto e comune rilievo nomofilattico, ivi comprese, per le Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, quelle attinenti alla giurisdizione»⁸¹⁶.

Nonostante non siano mancate in dottrina - già prima del *Memorandum* - prese di posizione favorevoli ad una tale integrazione senza una corrispondente riforma costituzionale⁸¹⁷, non si possono tacere i forti dubbi di compatibilità di una proposta siffatta con il dettato della Carta fondamentale, stante la chiarezza ‘testuale’ dell’art. 111, comma 8 (che prevede, contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per motivi inerenti alla giurisdizione, il *ricorso in Cassazione*) e dell’art. 106, comma 3 (secondo cui possono essere chiamati all’ufficio di consiglieri di Cassazione, per meriti insigni, su designazione del CSM, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni di esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori) Cost.⁸¹⁸.

⁸¹⁶ Punto 4 del *Memorandum*.

⁸¹⁷ Cfr. G. VERDE, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 4-5, 827 ss., secondo cui «o si configura un giudice di conflitti a composizione mista; ovvero, quando si propone un ricorso ai sensi dell’ultimo comma dell’art. 111 Cost., si deve integrare il collegio giudicante, che siede presso la Corte di cassazione, con componenti della magistratura della cui giurisdizione si discute», sottolineando come sia «solo da rimarcare che, forse, la seconda soluzione non richiede una modifica della Costituzione» (842). Cfr. altresì L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, cit., 720-721: «[A]ncora personalmente, ritengo che da tempo sia giunto il momento di una riforma costituzionale che istituisca un Tribunale dei conflitti a composizione mista. [...] 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».

⁸¹⁸ Cfr. A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *La strana idea di consentire ai giudici amministrativi di comporre i collegi delle sezioni unite*, in AA.VV., *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori*, cit., 62 ss., che, nell’analizzare i contenuti del *Memorandum*, evidenziano come «[...] tutto questo, più che a Costituzione invariata, verrebbe fatto a prescindere dalla Costituzione, purtroppo in aderenza ad un fenomeno esistente da anni, e che può definirsi di «decostituzionalizzazione della giurisdizione»» (64-65). Cfr. R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine*

Sul punto, lo stesso Consiglio superiore della magistratura, dopo aver, tra l'altro, «manifestato massimo apprezzamento nei confronti di ogni sforzo volto ad accrescere gli spazi di riflessione ed elaborazione comune al fine di realizzare una effettiva armonizzazione dell'esercizio della funzione nomofilattica», ha evidenziato come apparisse «preclusa[,] la strada, pur indicata allo stesso scopo al citato punto 4 del *Memorandum*, di procedere, a Costituzione invariata [sottolineato tale inciso, ndr], alla integrazione dei collegi delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con magistrati di altre giurisdizioni, ove si tratti di risolvere questioni attinenti alla giurisdizione», rimarcando come tali questioni non possano «per definizione [...] dar luogo a nomofilachie divergenti, poiché per dettato costituzionale (art. 111, ottavo comma, Cost., che eleva al rango di disposizione costituzionale quella funzione di tribunale dei conflitti che già l'art. 3, n. 3, della legge 31 marzo 1877, n. 3781 attribuiva alle sezioni unite civili della Corte di cassazione) la funzione regolatrice della giurisdizione spetta esclusivamente alla Corte di cassazione, cui si accede per concorso tra i magistrati ordinari, con la sola eccezione, prevista dalla Costituzione all'art. 106,

di una lunga marcia, cit., 127-128-129, il quale, a commento di alcune posizioni dottrinali sul punto, dopo aver osservato come quanto previsto dall'art. 106 Cost. (nella parte in cui prevede che possano essere chiamati all'ufficio di consiglieri di Cassazione soltanto professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni di esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori) non permetta di aderire alla tesi della sufficienza di una legge ordinaria per disporre l'integrazione proposta nel *Memorandum*, afferma trattarsi «[...] semplicemente di dare atto dell'inaccettabilità di forzature ermeneutiche vietate dal carattere fondante delle norme costituzionali che esigono il primato dell'esegesi testuale [...], evidenziando, con riguardo alla condivisa «segnalazione delle criticità derivanti dalla dilatazione della giurisdizione esclusiva», nonché alla non condivisa «qualificazione della responsabilità per danni da lesione di interessi legittimi e [al]la relativa azione risarcitoria quali strumenti di ulteriore tutela di detti interessi [...]» (tesi, come precisato dall'Autore [nota n. 21], seguita dalla Corte cost. a partire dalla sentenza n. 191 del 2006), che tali «problemi [...] vanno [...] affrontati sul piano della verifica delle legittimità costituzionale delle scelte operate dal legislatore, non con lo stravolgimento dell'art. 111, comma 8°, della Costituzione» (e aggiungendo che «è qui il motivo del mio netto dissenso nei confronti delle tesi di fondo ora espresse dagli oppositori del *Memorandum*»).

dei giuristi nominati per meriti insigni dal Consiglio Superiore della Magistratura»⁸¹⁹.

Sulla scia del *Memorandum*, il 22 maggio 2018 è stata presentata alla Camera dei Deputati la proposta di legge n. 649 contenente la delega al Governo per l'istituzione presso la Corte di Cassazione del Tribunale superiore dei conflitti “quale organo giurisdizionale supremo per la risoluzione delle questioni di giurisdizione insorte nei giudizi civili, penali, amministrativi, contabili, tributari e dei giudici speciali” (criterio direttivo di cui all’art. 1, comma 1, lett. a), composto da dodici membri: sei magistrati della Cassazione, tre del Consiglio di Stato e tre della Corte dei Conti, con presidenza attribuita a turno e a rotazione annuale ai magistrati dei predetti ordini (criterio direttivo di cui all’art. 1, comma 1, lett. e)⁸²⁰.

Tra le varie considerazioni contenute nella Relazione di accompagnamento a tale proposta di legge - che si pone «l’obiettivo di trovare il punto di equilibrio fra le esigenze di celebrazione di un giudizio conforme a giustizia e quelle, altrettanto rilevanti, di un processo celere e spedito in ossequio agli orientamenti del Giudice delle leggi [...]» -, vi è altresì il riferimento all’interpretazione restrittiva «sui limiti esterni del sindacato sull’eccesso di potere giurisdizionale» delineata dalla Corte costituzionale nella più volte citata sentenza n. 6 del 2018, ivi prospettata come «pronunzia giurisprudenziale che, seppur importante e proficua al fine di ricondurre tale peculiare sindacato al corretto riparto tra giurisdizioni, lascia impregiudicata l’esigenza di individuare un «arbitro imparziale» della giurisdizione composto da giudici provenienti dalle

⁸¹⁹ Tanto si legge (insieme a molteplici ulteriori considerazioni) nella *Risoluzione sui temi oggetto del “Memorandum delle tre giurisdizioni superiori”* adottata dal Consiglio superiore della magistratura in data 24 gennaio 2018, consultabile sul sito web www.csm.it.

⁸²⁰ Il testo della proposta di legge, allo stato in corso di esame in Commissione Giustizia, insieme alla Relazione di accompagnamento, e le informazioni relative all’*iter* di approvazione sono reperibili sul sito web www.camera.it.

diverse giurisdizioni, nel solco della risalente esperienza francese del *Tribunal des conflits*»⁸²¹.

È chiaro come si ripropongano le medesime questioni in punto di compatibilità dell'assetto delineato dalla proposta in oggetto con il sistema tracciato dalla Carta fondamentale.

Tali criticità - oltre che, di nuovo, e tra l'altro, dall'organo di autogoverno della magistratura⁸²² - sono state lucidamente evidenziate in dottrina.

È stato in tal senso osservato che «[L]a Costituzione [...] non ammette che la Corte di cassazione giudichi con un collegio “misto”, di cui facciano parte componenti estranei alla magistratura ordinaria [...]», ovvero che «[L]a Costituzione assegna alla Corte di cassazione, e cioè al giudice ordinario, i ricorsi per motivi di giurisdizione contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti: la proposta di legge riserva questi ricorsi al Tribunale superiore dei conflitti, che ha una composizione “mista”, e perciò sottrae una competenza specifica assegnata alla Cassazione, nell'ordinamento ad essa proprio», o ancora che «[L]a Costituzione non ammette l'istituzione di nuovi giudici speciali [...]; la proposta di legge [...] finisce nella sostanza col prevedere un nuovo organo giurisdizionale speciale»⁸²³.

⁸²¹ Relazione alla proposta di legge n. 649 in analisi.

⁸²² Cfr. il parere del Consiglio superiore della magistratura del 15 maggio 2019 sulla proposta di legge n. 649 relativa alla istituzione del Tribunale superiore dei conflitti presso la Corte di Cassazione, consultabile sul sito web www.csm.it, spec. 6 ss., in cui l'organo consiliare prospetta varie questioni problematiche in ordine alla tenuta costituzionale del Tribunale dei conflitti, con riguardo, *inter alia*, agli artt. 102, commi 1 e 2, 106, comma 3, (oltre, evidentemente, all'art.) 111, comma 8, Cost.

⁸²³ Tutte tali considerazioni sono di A. TRAVI, *Considerazioni sulla proposta di legge per l'istituzione del Tribunale dei conflitti*, in www.questionegiustizia.it, 11 giugno 2019, che evidenzia, tra l'altro, come la proposta risulti «lacunosa, se non addirittura contraddittoria, anche nei contenuti più puntuali». Osserva l'Autore, inoltre, che «nella proposta di legge, la circostanza che la nostra Costituzione contenga norme sulla giurisdizione e che la distinzione fra le giurisdizioni sia innanzi tutto una distinzione di stato giuridico (cfr. artt. 102 e 103 Cost.) risulta sostanzialmente ignorata», rilevando come un tale dato sia «oggettivamente inquietante» e «ancora più significativo

Senza indugiare oltre sulle perplessità in ordine alla compatibilità con la Carta fondamentale della proposta legislativa in analisi, evidentemente superabili per il tramite di una riforma costituzionale in tal senso, gioverebbe piuttosto a questa trattazione il vaglio della opportunità - o finanche necessità - di una prospettiva *de iure condendo* in tale direzione.

Come molteplici degli argomenti affrontati nel corso del lavoro, anche quello di cui in questa sede si discorre esigerebbe una riflessione ampia, che senz'altro esula dal tracciato della presente indagine.

Ciò da cui tuttavia quest'ultima, ad avviso di chi scrive, non può esimersi è una considerazione 'di sistema', che funga altresì da completamento dell'analisi, data (e in coerenza con) la sua 'evoluzione' contenutistica.

Già sul finire dell'800, auspicava l'istituzione di un tribunale supremo dei conflitti Lodovico Mortara, che nei seguenti termini riassumeva una osservazione dal medesimo Giurista ritenuta «di verità irrecusabile»: «[S]e la ragione di creare e far agire le giurisdizioni speciali per la difesa di certi diritti e per l'applicazione di certe norme giuridiche[,] sta principalmente nella necessità di provvedere a tali uffici con particolare adattamento degli organi alla funzione che deve essere esercitata, come mai si potrà concedere, senza offesa alla logica, che condizioni analoghe di adattamento non siano da ricercarsi nell'autorità incaricata di decidere, con inevitabile delibazione della materia controversa, se questa rientri o no nella competenza del giudice speciale?»⁸²⁴

Altrettanto autorevolmente, in tempi più recenti è stato (tra l'altro) evidenziato, sull'assunto che «[L]a composizione unilaterale dell'organo [...]

in un periodo come l'attuale, in cui si avverte in modo più acuto un senso di estraneità, nella classe dirigente politica e in ampi settori della cittadinanza, per il testo costituzionale». In tal senso, secondo Travi «[L]a proposta di legge testimonia la perdita di attenzione per la Costituzione, che finisce essa stessa col diventare un fattore di rilievo trascurabile».

⁸²⁴ L. MORTARA, *Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione. Prolusione al corso di procedura civile nella Università di Napoli letta il 15 dicembre 1898*, in *Il Filangieri*, 1899, 1, 13.

non può non comportare la conseguenza che la visione dell'organo sia essa medesima unilaterale», come a quest'ultimo «possano agevolmente sfuggire - e spesso sfuggono - i più vasti riflessi pubblicistici delle questioni (che talora sono addirittura preponderanti)», in questo modo rimanendo «compromessa la stessa impostazione di base dei problemi, soprattutto ove si tenga conto che il diritto pubblico poggia su un quadro molto più vasto, il quale abbraccia in sé e travalica l'ambito del solo diritto privato ed implica, di conseguenza, la necessità di approfondimenti diversi e maggiori»⁸²⁵.

La valenza di tali riflessioni, di indubbio pregio ermeneutico, nonché di quelle afferenti ad esigenze di stampo anche pratico, con riguardo, in particolare, al valore della certezza del diritto⁸²⁶, deve essere saggiata alla luce dei risultati della presente indagine, in continuità e coerenza con quanto auspicato in *Premessa* in punto di 'circolarità' (e, si spera, concludenza) della trattazione.

Al riguardo, appare essenziale l'analisi sinora condotta in merito al ruolo di garanzia dall'ordinamento affidato alla Cassazione “quale organo supremo della giustizia” (ai sensi del più volte citato art. 65 ord. giud.), nonché alla individuazione del fondamento e dei limiti del sindacato di quest'ultima sull'eccesso di potere del giudice amministrativo.

La via alla possibilità di una riconsiderazione delle ragioni poste a fondamento della ritenuta opportunità dell'istituzione di un Tribunale *ad hoc* che

⁸²⁵ I rilievi sono di G. ROEHRSEN, *Considerazioni sui conflitti di giurisdizione*, cit., 1119.

⁸²⁶ Si è già evidenziato *supra* in trattazione come l'obiettivo alla base della proposta di legge n. 649 - evidenziato dalla Relazione di accompagnamento - sia proprio quello di «trovare il punto di equilibrio fra le esigenze di celebrazione di un giudizio conforme a giustizia e quelle, altrettanto rilevanti, di un processo celere e spedito in ossequio agli orientamenti del Giudice delle leggi [...]». In tal senso, la predetta Relazione aggiunge che «[S]e è innegabile che il processo è destinato a dispiegarsi nel tempo, nel contesto della sua insopprimibile e fisiologica durata, è parimenti incontrovertibile che deve incentrarsi su orientamenti certi, nitidi e chiari che possano fugare, sin dal suo insorgere, questioni sulla pertinenza della giurisdizione del giudice competente ad amministrare la giustizia nel caso concreto».

regoli la materia dei conflitti, alcune delle quali prospettate nei contributi dottrinali *supra* richiamati, potrebbe, infatti, dischiudersi sol che si consideri come l'esatta perimetrazione dei ruoli del giudice amministrativo, da una parte, e del giudice della giurisdizione, dall'altra, non consenta di dar luogo ad indebite sovrapposizioni o interferenze in punto di sindacato - sull'atto amministrativo, prima, e sulla decisione giudiziale che di quell'atto abbia vagliato la (il)legittimità, poi - ad opera dei due predetti comparti giurisdizionali⁸²⁷.

Una tale constatazione - ad avviso (sommesso) di chi scrive - non potrebbe non assurgere quanto meno a valida obiezione rispetto alla paventata esigenza, *in subiecta materia*, di un 'adattamento' dell'organo alle particolari funzioni da svolgere (propugnata più di un secolo fa ma sempre attuale nelle sue implicazioni esegetiche)⁸²⁸, nonché alla valorizzazione del dato secondo cui «[L]a struttura attuale della normativa sui conflitti, sostanzialmente ferma alle disposizioni ed alla situazione del 1877, non consente ed anzi vieta che la componente pubblicista possa intervenire»⁸²⁹.

Del resto, dalla logica - immanente al sistema - di un eventuale *error* dell'organo giudicante che confluisca, nella specie, in una decisione 'cassatoria' della sentenza del Consiglio di Stato per motivi di giurisdizione (e, in particolare,

⁸²⁷ Con riguardo, poi, al valore della certezza del diritto (cfr. sul punto quanto evidenziato nella nota precedente), si rimanda a quanto lucidamente osservato, in sede di commento al *Memorandum* delle tre giurisdizioni, da A. PROTO PISANI e G. SCARSELLI, *La strana idea di consentire ai giudici amministrativi di comporre i collegi delle sezioni unite*, cit., 63: «[...] nella misura in cui spetta solo alla Suprema corte di cassazione statuire sulla giurisdizione e decidere le questioni attinenti o riconducibili alla giurisdizione, non si vede che «nomofilachie divergenti» si possono sviluppare in punto di giurisdizione, perché solo un ufficio di vertice, e non altri, è tenuto a pronunciarsi su ciò». Una considerazione analoga è contenuta nella risoluzione del CSM a commento del *Memorandum* delle tre giurisdizioni, riportata in trattazione in corrispondenza della precedente nota n. 819.

⁸²⁸ Si rinvia a quanto osservato da L. MORTARA, *Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, cit., 13, *supra* riportato in corrispondenza della nota n. 824.

⁸²⁹ Quest'ultima considerazione è (ancora) di G. ROEHRSEN, *Considerazioni sui conflitti di giurisdizione*, cit., 1119.

per eccesso di potere giudiziario), neppure potrebbe esimersi il (tanto auspicato) Tribunale dei conflitti.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo* [Atti del XLIX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 2003], Milano, 2004.
- AA.VV., *La nomofilachia nelle tre giurisdizioni. Corte Suprema di cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti*, a cura di Italiadecide, Bologna, 2019.
- AA.VV., *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, 2018, V, 57 ss.
- ABBAMONTE G., *Il Consiglio di Stato italiano in sede contenziosa*, in *La Revue administrative*, 52e Année, No. 8, Numero special 8: *Les Conseils d'État français et italien*, 1999, 101 ss.
- ABBAMONTE O., *L'eccesso di potere. Origine giurisdizionale del concetto nell'ordinamento italiano (1877-1892)*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 1, 68 ss.
- ALESSI R., *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1934, anche in *Id.*, *Scritti minori*, Milano, 1981, 1 ss.
- ALLENA M., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1602 ss.
- AMORTH A., *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939.
- ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1960.
- ASPRELLA C., *La cassazione con e senza rinvio delle sentenze del Consiglio di Stato*, in *ilProcessocivile.it*, 9 giugno 2016.
- AZZARITI G., *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989.

- BACHELET V., *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967.
- BALBONI E., *Qualche idea, antica e nuova, a favore dell'unicità della giurisdizione*, in *Quad. Cost.*, 2011, 3, 647 ss.
- BARONE G., v. *Discrezionalità*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989.
- BASSI F., *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 17 ss.
- BASSI F., *Lo straripamento di potere (Profilo storico)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 245 ss.
- BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, V ed., Padova, 1987.
- BENVENUTI F., *Conflitto di attribuzione e regolamento di giurisdizione nel giudizio amministrativo*, in *Giur. it.*, 1950, IV, 1 ss., anche in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 1037 ss.
- BENVENUTI F., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 1 ss., anche in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 991 ss.
- BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.
- BERLATI A., *“Limiti esterni” della giurisdizione amministrativa e ricorso in Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato*, in *Arch. civ.*, 1997, 241 ss.
- BERTONAZZI L., *In tema di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 3, 929 ss.
- BETTI E., *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, Prolusione al corso di diritto civile pronunciata il 15 maggio 1948, rist., in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, (nuova serie) 5/2014, 11 ss.

- BETTI E., *Teoria generale della interpretazione*, 2 volumi, Milano, 1955.
- BILE F., *Intorno all'unità della giurisdizione*, *Foro it.*, 2011, V, 93 ss.
- BORSI U., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1930.
- BRACCI M., *Le questioni e i conflitti di giurisdizione e di attribuzione nel nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, 165 ss.
- CAIA G., *Eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo (configurabilità e confini in base all'art. 111 Cost.). Relazione in occasione delle Giornate di studio sulla Giustizia amministrativa dell'Università di Siena. "La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi"*, Castello di Modanella-Siena, 19-20 maggio 2017, in www.spisa.unibo.it.
- CAIANIELLO V., *I caratteri della giurisdizione esclusiva*, in *Studi in onore di Antonino Papaldo. Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1975, 179 ss.
- CAIANIELLO V., *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1977, IV, 23 ss.
- CAIANIELLO V., *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro amm.*, 1980, 4, 851 ss.
- CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003.
- CAIANIELLO V., v. *Esecuzione delle sentenze nei confronti della pubblica amministrazione*, agg. III, in *Enc. dir.*, Milano, 1999.
- CALABRÒ C., *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza ai giudicati*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, 1 ss.

- CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, in *Opere giuridiche*, IV, ried. RomaTre-Press, Roma, 2019, consultabile sul sito web <http://romatrepress.uniroma3.it>.
- CALAMANDREI P., *La Cassazione civile (Parte seconda)*, in *Opere giuridiche*, VII, ried. RomaTre-Press, Roma, 2019, consultabile sul sito web <http://romatrepress.uniroma3.it>.
- CALAMANDREI P., *La Cassazione civile e altri studi sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni*, in *Opere giuridiche*, VIII, ried. RomaTre-Press, Roma, 2019, consultabile sul sito web <http://romatrepress.uniroma3.it>.
- CALIENDO L., *In tema di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1925, IV, 49 ss.
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, 1914, rist. 1992.
- CAMMEO F., *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, III, 107 ss.
- CANNADA BARTOLI E., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950.
- CANNADA-BARTOLI E., *Note preliminari sulla verifica della giurisdizione nella giustizia amministrativa*, in *Jus*, 1963, 343 ss.
- CANNADA-BARTOLI E., *Sui «motivi attinenti alla giurisdizione»*, in *Foro amm.*, 1963, II, 315 ss.
- CANNADA-BARTOLI E., v. *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970.
- CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Milano, 1984.
- CARANTA R., *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura

- di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, 245 ss.
- CARDI E., COGNETTI S., v. *Eccesso di potere (Atto amministrativo - Teoria generale)*, I agg., in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2012.
- CARNELUTTI F., *Eccesso di potere legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, II, 193 ss.
- CARNELUTTI F., *Eccesso di potere*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, 33 ss.
- CARNELUTTI F., *Irregolare composizione del collegio giudiziario*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, II, 1 ss.
- CASSETTA E., *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 293 ss.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018.
- CASSATELLA A., *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 2, 635 ss.
- CASSESE S., *Grandezza e insuccessi del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 8, 777 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002.
- CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 4, 463 ss.
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965.
- CIARAMELLI F., *Creazione e interpretazione della norma*, Troina, 2003.
- CINTIOLI F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005.

- CINTIOLI F., *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 983 ss.
- CINTIOLI F., v. *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in *Enc. dir., Annali II-2*, Milano, 2008, 471 ss.
- CIPRIANI F., *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1988.
- CLARICH M., *I motivi inerenti alla giurisdizione nel “dialogo” tra le Corti supreme*, in *Corr. giur.*, 2021, 2, 172 ss.
- CLARICH M., *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021.
- CLEMENTE DI SAN LUCA G., *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *GiustAmm.it*, n. 7/2016.
- CODACCI PISANELLI A., *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giust. amm.*, 1892-1893, IV, 1 ss., poi in Id., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 249 ss., ripubbl. in *Foro amm.*, 1989, 2563 ss. (I parte) e 2927 ss. (II parte).
- CODACCI PISANELLI A., *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940.
- CODACCI PISANELLI A., *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, in *Giur. it.*, 1893, IV, 241 ss.
- CONSOLO C., *Il “Memorandum” del 15 maggio 2017: ragionevole sogno o vere linee effettive?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 5, 683 ss.
- CORAGGIO G., v. *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976.
- CORPACI A., *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, 341 ss.

- COSTANTINO G., CARRATTA A., RUFFINI G., *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *www.questionegiustizia.it*, 19 ottobre 2020.
- CRISTOFANETTI L., *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione (A proposito di recenti sentenze della Corte Suprema)*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, III e app., Roma, 1932, 215 ss.
- CUDIA C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008.
- D'ALESSANDRI F., v. *Giudizio di ottemperanza nel processo amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2017.
- D'AMELIO M., AZARA A., v. *Eccesso di potere*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 344 ss.
- D'AMELIO M., *L'eccesso di potere giurisdizionale definito dal legislatore*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, I, 577 ss.
- D'AMELIO M., ROMANO S., *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, 181 ss.
- DAL CANTO F., *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2018, 3, 1537 ss.
- DE NICTOLIS R., *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e ricorso per "violazione di legge")*, in *www.sipotra.it*, 2017.
- DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

- DELFINO F., *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, Napoli, 1963.
- DELSIGNORE M., *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM, molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, 740 ss.
- DELSIGNORE M., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 185 ss.
- DIPACE R., *L'eccesso di potere giurisdizionale*, in *Il Libro dell'anno del Diritto 2013*, Roma, 2013, 689 ss.
- DOMENICHELLI V., *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988.
- EPIDENDIO T.E., *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la "crisi" del diritto penale tra le Corti*, in M. DONINI, L. FOFFANI (a cura di), *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, 449 ss.
- EULA E., requisitoria a Cass. civ. s.u. 11 ottobre 1952, n. 3008, in *Foro it.*, 1952, I, 1322 ss.
- FALZONE V., PALERMO F., COSENTINO F., *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori da Vittorio Falzone, Filippo Palermo, Francesco Cosentino del Segretariato generale della Camera dei deputati, con prefazione di Vittorio Emanuele Orlando*, Roma, 1948.
- FELIZIANI C., *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 3, 758 ss.
- FERRARA L., *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Questione Giustizia*, 2015, 3, 106 ss.

- FERRI C., *Limiti del controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 356 ss.
- FERRONI M. V., *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005.
- FINOCCHI GHERSI R., *Le implicazioni della sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione n. 23302/2011*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 7, 718 ss.
- FOLLIERI F., *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017.
- FRANCARIO F., *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, in *Il Libro dell'anno del Diritto 2017*, Roma, 2017, 708 ss.
- FURNO C., *Problemi attuali della Corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 481 ss.
- GALETTA D.U., *Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1994, 1, 142 ss.
- GALLO C.E., v. *Ottemperanza (giudizio di) (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir.*, *Annali II-2*, Milano, 2008, 818 ss.
- GARRONE G.B., v. *Giurisdizione amministrativa di merito*, agg. 2011 (a cura di F. Pavoni), in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991.
- GASPARRI P., v. *Eccesso di potere (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965.
- GASPERINI M.P., *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002.
- GATTAMELATA S., *Interesse da tutelare: problema di giurisdizione o di merito?*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 1, 48 ss.

- GAVERINI F., *Il controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato ex 111 cost. ed il principio di effettività della tutela, tra limite interno ed esterno della giurisdizione*, in *Foro amm. CdS*, 2007, 1, 82 ss.
- GAZZILLI F., *L'eccesso di potere nella giurisprudenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, serie I, vol. XXVIII, 1900, 357 ss.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, II, III ed., Milano, 1993.
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.
- GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981.
- GIANNINI M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939.
- GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950.
- GIANNINI M.S., *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e Diritto*, Anno II, n. 6, 1941, anche in *Id.*, *Scritti*, II, Milano, 2002, 347 ss.
- GIANNINI M.S., *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi Sarsaresi*, XVIII, 1940, anche in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II, Milano, 1973, 179 ss.
- GIANNINI M.S., v. *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977.
- GILIBERTI B., *Il merito amministrativo*, Padova, 2013.
- GIOIA G., *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, 2009.
- GIORGI G., *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, I, Parte generale, Firenze, 1899.

- GOISIS F., *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, in *PA Pers. e Amm.*, 2018, 2, 199 ss.
- GOISIS F., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, 546 ss.
- GOISIS F., *La Full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 1 ss.
- GRECO G., CAFAGNO M., GALETTA D.U., RAMAJOLI M., SICA M., *Argomenti di diritto amministrativo, I, Parte generale, Lezioni*, III ed., Milano, 2017.
- GUASTINI R., v. *Ordinamento giuridico*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995.
- GUICCIARDI E., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967.
- KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. di R. Treves, Torino, 2000.
- LAFERRIÈRE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Paris-Nancy, 1896.
- LAMORGESE A., *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *www.federalismi.it*, 1/2018, 3 gennaio 2018.
- LAMORGESE A., *L'eccesso di potere giurisdizionale e il diritto eurounitario*, in *www.questionegiustizia.it*, 18 aprile 2017.
- LAMORGESE A., *Riparto della giurisdizione e pregiudizialità amministrativa: le Sezioni Unite non convincono*, in *Urb. app.*, 2006, 10, 1175 ss.
- LEDDA F., *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in *Nuova Rass.*, 1971, 2717 ss.

- LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'Amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 4, 371 ss.
- LESSONA S., *Il vizio di eccesso di potere nelle sentenze delle giurisdizioni speciali. Contributo all'interpretazione dell'art. 3, n. 3 della legge 31 marzo 1877*, Torino, 1925.
- LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967.
- LEVI F., v. *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974.
- LUCIFREDI R., *In tema di giurisdizione di merito (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Arch. giur. "Filippo Serafini"*, CXXV, 1941, 83 ss.
- LUCIFREDI R., v. *Attribuzioni (conflitto di)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.
- MAMELI B., *Considerazioni sull'eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo in materie rientranti nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva*, in *Giust. civ.*, 1995, 9, 2203 ss.
- MANCINI P.S., *Relazione alla Camera (1875)*, in G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Comentario del codice di procedura civile (coordinato e ridotto da D. GALDI)*, IV, Napoli, 1877, 507 ss.
- MANTELLINI G., *I conflitti d'attribuzione in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, Firenze, 1878.
- MANTELLINI G., *I conflitti d'attribuzioni fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, Firenze, 1871.
- MANTELLINI G., *Lo Stato e il codice civile*, III, Firenze, 1882.
- MARI G., *Il giudizio di ottemperanza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, II, Milano, 2013, 457 ss.

- 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, 1, 136 ss.
- MARUOTTI L., *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, 5, 705 ss.
- MARZUOLI C., *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 71 ss.
- MARZUOLI C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.
- MATTARELLA B.G., *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, tomo I, Milano, 2000, 705 ss.
- MATTARELLA B.G., *L'Attività*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, tomo I, Milano, 2000, 629 ss.
- MAZZAMUTO M., *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008.
- MAZZAMUTO M., *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1677 ss.
- MAZZAMUTO M., *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2020, 5, 675 ss.
- MEREGAZZI R., *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in G. MIELE (a cura di), *La tutela del cittadino, 1. La giustizia amministrativa* [Atti del congresso

celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione],
Vicenza, 1968, 199 ss.

MERKL A., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin, 1927.

MEUCCI L., *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*,
in *Giust. amm.*, 1891 (II), IV, 1 ss.

MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1892.

MODUGNO F. - MANETTI M., v. *Eccesso di potere*, II) *Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, 1 ss.

MODUGNO F., *Interpretazione giuridica*, II ed., Padova, 2012.

MODUGNO F., v. *Eccesso di potere*, I) *Profili generali*, in *Enc. Giur. Treccani*, XII,
Roma, 1989, 1 ss.

MODUGNO F., v. *Eccesso di potere*, III) *Eccesso di potere giurisdizionale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, 1 ss.

MODUGNO F., v. *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 472
ss.

MONTESANO L., *Processo civile e pubblica amministrazione*, Napoli, 1960.

MONTESQUIEU C., *Lo spirito delle leggi*, trad. it. di S. Cotta, I, Torino, 1996.

MORTARA L., *Commentario del Codice e delle Leggi di procedura civile*, Milano, I,
1923.

MORTARA L., *Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione. Prolusione al corso di procedura civile nella Università di Napoli letta il 15 dicembre 1898*, in *Il Filangieri*, 1899, 1, 1 ss.

- MORTATI C., *Ancora sul merito amministrativo*, in *Stato e Diritto*, 1942, 47 ss.,
anche in Id., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale
repubblicana*, *Raccolta di scritti - III*, Milano, 1972, 1034 ss.
- MORTATI C., *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e Diritto*, 1941,
131 ss., anche in Id., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale
repubblicana*, *Raccolta di scritti - III*, Milano, 1972, 1021 ss.
- MORTATI C., *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e
legislazione sociale dell'università di Roma*, Roma, 1936, anche in Id., *Problemi di
diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, *Raccolta di scritti -
III*, Milano, 1972, 997 ss.
- MORTATI C., *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1949, I, 457 ss., anche in
Id., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*,
Raccolta di scritti - III, Milano, 1972, 669 ss.
- MORTATI C., v. *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 1098 ss.
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, VI ed., a cura di E. CARDI e A. NIGRO,
Bologna, 2002.
- NIGRO M., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir.
e proc. civ.*, 1981, 4, 1157 ss.
- NIGRO M., *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *Foro it.*, 1969, V, 59 ss.
- NIGRO M., *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27, n. 4 della legge sul
Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1954, anche in Id., *Scritti giuridici*, I,
Milano, 1996, 175 ss.
- OLLA F., *Il sindacato della Corte di cassazione sui limiti esterni della giurisdizione
amministrativa e la interpretazione della legge*, in *Giust. civ.*, 2008, 6, 1548 ss.

- ORIANI R., *È possibile la «translatio iudicii» nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2007, I, 1013 ss.
- ORLANDO V.E., *Principii di diritto amministrativo*, II ed., Firenze, 1892.
- ORLANDO V.E., *Un caso di conflitto fra Cassazione e Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 1936, I, 737 ss.
- OTTAVIANO V., *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, III serie, XXII, 1948, 308 ss.
- OTTAVIANO V., v. *Merito (diritto amministrativo)*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964, 575 ss.
- PALMA G., *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1963, 1, 60 ss., anche in *Scritti giuridici di Giuseppe Palma*, Napoli, 2014, 1 ss.
- PANZAROLA A., *Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 2, 587 ss.
- PAOLANTONIO N., *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 10, 2587 ss.
- PAOLANTONIO N., *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000.
- PAPPALARDO N., *L'eccesso di potere "amministrativo" secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, II, Roma, 1932, 429 ss.

- PARESCHE E., v. *Interpretazione (fil. dir. e teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972.
- PARODI G., *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990.
- PASTORI G., *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 11, 3165 ss.
- PATRITO P., *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli, 2016.
- PATRONI GRIFFI F., *Notazioni in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti del consiglio superiore della magistratura*, in *Giust. civ.*, 2015, 4, 723 ss.
- PICARDI N., *L'unificazione della Corte di cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 3, 721 ss.
- PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, *L'accertamento del rapporto e l'esecuzione della sentenza*, Milano, 1962.
- PIRAS A., v. *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964.
- PIRAS A., v. *Invaldità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972.
- POLICE A., CHIRICO F., *«I soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il Processo*, 2019, 1, 113 ss.
- POLICE A., *Le forme della giurisdizione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, 103 ss.
- PONTICELLI P.G., *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, 1958.

- PORRINI R., *La giurisdizione amministrativa di annullamento nella sua natura e nelle sue relazioni colla giurisdizione ordinaria e con quelle amministrative speciali*, in *Arch. giur.*, XLVIII, 1892, 499 ss.
- PRESUTTI E., *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, IV, 10 ss.
- PRESUTTI E., *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911.
- PRESUTTI E., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, I, Roma, 1920.
- PROTO PISANI A., *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, *Foro it.*, 2009, V, 369 ss.
- PROTO PISANI A., SCARSELLI G., *La strana idea di consentire ai giudici amministrativi di comporre i collegi delle sezioni unite*, in AA.VV., *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori* [*Foro it.*, 2018, V], 62 ss.
- PROTO PISANI A., *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, in *Foro it.*, 2001, V, 21 ss.
- PUBUSA A., v. *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.* IX, Torino, 1994.
- RAGGI L., *A proposito dell'articolo 40 della legge 17 agosto 1907 sul Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, 545 ss.
- RAGNISCO L., *Il ricorso in via straordinaria al Re e la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, II, Roma, 1932, 1 ss.
- RAMAJOLI M., *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998.

- RAMAJOLI M., *Il Tar Lombardia uccide lo sviamento di potere*, in *Giust.Amm.it*, n. 6/2008.
- RAMAJOLI M., *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 2, 347 ss.
- RAMAJOLI M., *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 141 ss.
- RANELLETTI O., *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1928, II, 69 ss. ora anche in Id., *Scritti giuridici scelti*, II, *La giustizia amministrativa*, Napoli, 1992, 165 ss.
- RANELLETTI O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934.
- RANELLETTI O., *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912.
- REDENTI E., *Il «conflitto di attribuzioni» nella Costituzione e nel codice di procedura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, 247 ss.
- REDENTI E., *Vizi di costituzione o composizione del giudice e difetto di giurisdizione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1952, I, 282 ss., anche in Id., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, *Intorno al diritto processuale*, Milano, 1962, 689 ss.
- RESTA R., *La natura giuridica dell'eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, II, Padova, 1933, 383 ss.
- ROCCO F., *Discrezionalità e controlli sul suo esercizio (Spunti e rilievi dogmatici)*, in *Foro it.*, 1954, IV, 1 ss.

- ROEHRSEN G., *Considerazioni sui conflitti di giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 4, 1093 ss.
- ROEHRSEN G., *La giurisdizione esclusiva*, in *Imp. amb. e p.a.*, 1978, 2, 119 ss.
- ROMAGNOSI G.D., *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Milano, 1837.
- ROMANO A., *La giustizia amministrativa nel pensiero del professor Santi Romano*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato* [Atti del Convegno svoltosi a Roma il 6 febbraio 2003], Torino, 2004, 9 ss.
- ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, 1932.
- ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.
- ROMANO S., *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, 1167 ss.
- ROMANO S., *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988.
- ROMANO TASSONE A., *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. amm.*, 2008, 3, 517 ss.
- ROSSI L., *Analisi della divisione dei poteri*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1939, e in *Nuovo dig. it.*, v. *Poteri (divisione dei)*, anche in Id., *Scritti vari di diritto pubblico*, V, Milano, 1939, 45 ss.
- ROVELLI F., *Sul carattere delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1914, I, 208 ss.
- ROVELLI F., *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, 1938, 447 ss.

- SACCHI MORSIANI G., v. *Eccesso di potere amministrativo*, in *Noviss. dig. it., App.*, III, Torino, 1982, 219 ss.
- SALVIA F., *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 4, 685 ss.
- SANDULLI A., *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 4, 1169 ss.
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, I e II, Napoli, 1989.
- SANDULLI M.A., *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Il Processo*, 2020, 3, 886 ss.
- SASSANI B., *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio, le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1589 ss.
- SATTA F., *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 2, 302 ss.
- SATTA F., v. *Giurisdizione esclusiva*, agg. V, in *Enc. dir.*, Milano, 2001.
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, II, 2, Milano, 1962.
- SCACCIA G., *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Politica del diritto*, 1999, 3, 387 ss.
- SCHINAIA M.E., *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 4, 1101 ss.
- SCHMITT C., *Dottrina della costituzione*, trad. it. di A. Caracciolo, Milano, 1984.
- SCOCA F.G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4, 1045 ss.

- SCOCA F.G., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 107 ss.
- SIGISMONDI G., *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2, 705 ss.
- 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.*, 2018, 1, 122 ss.
- SILVESTRI G., *La funzione unificante della cultura della giurisdizione ed il ruolo della formazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 5, 681 ss.
- SILVESTRI G., v. *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985.
- SPINELLI S., *Re giudice o re legislatore? Sul conflitto di attribuzioni tra potere legislativo e giurisdizionale (A margine dell'ordinanza 334 del 2008 della Corte Costituzionale)*, in *Dir. fam. e pers.*, 2009, 3, 1488 ss.
- TARELLO G., *Per una interpretazione sistematica de «L'Esprit des Lois»*, in Id. (raccolti da), *Materiali per una storia della cultura giuridica*, I, Bologna, 1971, 11 ss.
- TARULLO S., v. *Ottemperanza (giudizio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2017.
- TONOLETTI B., *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1998, I, 1567 ss.
- TORRENTE A., *Giurisprudenza della Corte di Cassazione su questioni attinenti alla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 249 ss.

- TORRENTE A., *Il ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato per motivi attinenti alla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 252 ss.
- TORRICELLI S., *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 97 ss.
- TRAVI A., *Considerazioni sulla proposta di legge per l'istituzione del Tribunale dei conflitti*, in *www.questionegiustizia.it*, 11 giugno 2019.
- TRAVI A., *L'esecuzione della sentenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, tomo V, Milano, 2003, 4605 ss.
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019.
- TRAVI A., osservazioni a Cass. civ. s.u. 5 ottobre 2015, n. 19787, in *Foro it.*, 2015, I, 3458-3459.
- TRAVI A., *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra le giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2008, III, 3 ss.
- TRAVI A., *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2017, 3, 1260 ss.
- TRAVI A., *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 1111 ss.
- TRISORIO LIUZZI G., v. *Regolamento di giurisdizione*, agg. 2017, in *Dig. civ.*, XVI, Torino, 1997.
- TROPEA G., *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020.

- TROPEA G., *Il ricorso incidentale escludente: illusioni ottiche*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 4, 1083 ss.
- TROPEA G., *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 4, 1235 ss.
- VACIRCA G., *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il Centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, 1573 ss.
- VERDE G., *L'Adunanza plenaria n. 12/2007 dal punto di vista del processualista*, in *Corr. giur.*, 2008, 6, 879 ss.
- VERDE G., *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, 367 ss.
- VERDE G., *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 4-5, 827 ss.
- VERDE G., *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 642 ss.
- VERRIENTI L., v. *Conflitti di attribuzione e di giurisdizione (giustizia amministrativa)*, agg. 2011 (a cura di P. Patrito), in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989.
- VERRIENTI L., v. *Giudizio di ottemperanza*, agg. 2011, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991.
- VERRIENTI L., v. *Ricorso per cassazione (decisione giurisdizionale amministrativa)*, agg. 2011 (a cura di P. Patrito), in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997.
- VILLATA R., *“Lunga marcia” della Cassazione verso la giurisdizione unica (“dimenticando” l’art. 103 della Costituzione)?*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 324 ss.,

anche in Id., *Scritti in tema di questioni di giurisdizione. Tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, Milano, 2019, 1 ss.

VILLATA R., *A proposito dell'ordinanza 19598/2020 delle Sezioni Unite*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 4, 1124-1125.

VILLATA R., *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, *Parte generale*, Bologna, 2005, 767 ss.

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.*, 2018, 2, 325 ss., anche in Id., *Scritti in tema di questioni di giurisdizione. Tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, Milano, 2019, 121 ss.

VILLATA R., *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «Cavalieri dell'apocalisse»?», in Riv. dir. proc.*, 2017, 1, 106 ss., anche in Id., *Scritti in tema di questioni di giurisdizione. Tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, Milano, 2019, 75 ss.

VILLATA R., *Postilla a la (almeno per ora) fine di una lunga marcia*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 3, 743 ss., anche in Id., *Scritti in tema di questioni di giurisdizione. Tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, Milano, 2019, 175 ss.

VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017.

VILLATA R., *Sui «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 3, 632 ss., anche in Id., *Scritti in tema di questioni di giurisdizione. Tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, Milano, 2019, 57 ss.

- VIPIANA P.M., v. *Giurisdizione amministrativa esclusiva*, agg. 2011, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1991.
- VIRGA P., *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 95 ss.
- VIRGA P., *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, 2, Milano, 2001.
- VIRGA P., *I conflitti di attribuzione*, in *Foro pad.*, 1949, IV, 1 ss.
- VOLPE F., *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 2013, 3, 694 ss.
- VON JHERING R., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, II, 1869.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo. Volume Primo. Principi generali*, Milano, 1958.
- ZANOBINI G., *Eccesso di potere e violazione di legge*, in Id., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 473 ss.
- ZANOBINI G., *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, XVI, 1924, I, 281 ss., anche in Id., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 203 ss.
- ZINGALES I., *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, 2007.
- ZUBALLI U., *Il controllo della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 147 ss.