

Intorno all'attuazione dell'art. 111 Cost. nelle questioni attinenti o inerenti alla giurisdizione. Proposte ricostruttive in ordine all'ammissibilità del ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato

*Michele Gerardo, Adolfo Mutarelli**

SOMMARIO: 1. Profili generali - 2. Perimetro di ammissibilità del ricorso per Cassazione - 3. Il limite dei soli motivi inerenti (attinenti) alla giurisdizione - 4. Motivi inerenti alla giurisdizione e possibili antinomie costituzionali - 5. Possibili molestie iure condito (rectius: a Costituzione invariata) all'assetto disegnato dalla Corte Costituzionale - 6. Molestie de iure condendo (rectius: innovando la disciplina costituzionale): unità della giurisdizione.

1. Profili generali.

L'ambito del ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato ha determinato nell'ultimo ventennio crescenti contrasti e *bella intestina* tra i massimi plessi della giurisdizione (in particolare tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato) con interventi della Corte Costituzionale conseguenti agli stimoli, in base alle provenienze, delle sue componenti.

La Corte di Cassazione, spesso, in materie considerate rilevanti istituzionalmente - con margini non sempre nitidi con riferimento alla giurisdizione - ha talora dilatato l'ambito della materia della giurisdizione dell'A.G.O., a scapito della giurisdizione amministrativa, con l'intuibile effetto di continuare a custodire quella materia nel plesso del giudice ordinario. Da parte sua il Consiglio di Stato è, a sua volta, intervenuto sulle medesime materie dilatando l'ambito della giurisdizione amministrativa per non consentire lo spoglio del proprio plesso *in parte qua*.

Tali tensioni non sono sfuggite in dottrina che ha di recente osservato come possa ritenersi in atto una sorta di guerra delle giurisdizioni, evidenziando che la *“situazione italiana attuale vede una coesistenza forzata delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, una situazione quasi da ‘separati in casa’”* (1). Nel dichiarato (auspicabile) obiettivo

(*) Adolfo Mutarelli, già avvocato dello Stato.
Michele Gerardo, avvocato dello Stato.

Le considerazioni espresse nel presente scritto impegnano esclusivamente gli Autori.

(1) B. SASSANI, *L'idea di giurisdizione nella guerra delle giurisdizioni. Considerazioni politicamente scorrette*, in *Judicium*, 19 maggio 2021, evidenza, a proposito della giurisdizione esclusiva del G.A. per blocchi di materie del decreto legislativo n. 80 del 1998, che *“la nuova giurisdizione esclusiva fu sabotata immediatamente dalla Corte Costituzionale con la sentenza 292 del 2000 che dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 33, quello dei pubblici servizi (sotto il profilo dell'eccesso di delega, poi rimediato da un intervento legislativo). Ma, al di là dell'ufficialità istituzionale, fa giustizia ai fatti limitarsi*

di realizzare una armonica coesistenza tra giurisdizioni si è così proposta la creazione di un organo misto di composizione dei conflitti: *“In questo poco edificante scenario, è davvero un peccato capitale auspicare che prima o poi si pensi ad una blanda applicazione della logica che presiede al sistema costituzionale tedesco, cioè ad integrare i collegi delle Sezioni Unite con magistrati del Consiglio di Stato per costituire così un giudice dei conflitti di giurisdizione a composizione mista? Non se ne farà nulla, ovviamente: piace disputare agli accademici su (talora fantomatiche) questioni di principio. Ancor più, mi sembra, piace disputare ai giudici supremi, con la differenza che, dietro le questioni di principio, si profilano gli assetti di potere dei relativi corpi e le missioni di cui si ritiene questi siano stati investiti”* (2).

Di qui la legittimità della riferita proposta, che mira alla creazione di una sorta di stanza di compensazione giurisdizionale cui prendano parte componenti dei plessi coinvolti così come di ogni altro tentativo ricostruttivo e/o innovativo che tenda a depotenziare le tensioni in atto che, come è evidente, costituiscono il frutto avvelenato dei definiti margini (motivi attinenti alla giurisdizione) (3) in cui è confinato il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato.

Nella riferita prospettiva è, infatti, di intuitiva evidenza l’osservazione che lo *status* di parti belligeranti verrebbe del tutto meno se, di contro, venisse ammessa *tout court* la ricorribilità per violazione di legge avverso le sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei Conti) ovvero ampliata la possibilità del ricorso per cassazione oltre i *“motivi attinenti la giurisdizione”*.

Il condivisibile tentativo di cui farsi carico è dunque quello di individuare una possibile terra di mezzo condivisa, meglio se a Costituzione invariata.

2. Perimetro di ammissibilità del ricorso per Cassazione.

L’art. 111, ottavo comma, Cost., (pleonasticamente poi confermato dall’art. 110, D.Lvo 2 luglio 2010, n. 104, codice processo amministrativo) secondo cui *“Contro le decisioni del Consiglio di Stato [...] il ricorso in*

a parlare di Corte costituzionale? Forse no, se andiamo a leggere (e qui abbiamo un’altra chiave per guardare alle vicende ultime) la composizione di quella Corte costituzionale - presidente Ruperto; estensore Bile - troviamo che sotto la veste della Corte costituzionale aveva operato di fatto la Corte di cassazione, perché sia il giudice Ruperto che il giudice Bile provenivano dai ranghi della Cassazione, e la lettura tra le righe della sentenza presenta i topoi tipici delle Sezioni Unite di quegli anni, miranti alla riduzione dell’ambito della giurisdizione esclusiva (ancorché il tutto fu rivestito poi del motivo formale dell’eccesso di delega). Corte di cassazione in salsa Consulta”.

(2) Così ancora, B. SASSANI, *L’idea di giurisdizione nella guerra delle giurisdizioni. Considerazioni politicamente scorrette*, cit.

(3) Sulla problematica: A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. II, XV edizione, Jovene, pp. 1511-1514; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, II edizione, UTET, 1994, pp. 299-301; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XII edizione, Giappichelli, 2016, pp. 344-346; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, IX edizione, Giappichelli, 2018, pp. 357-359.

Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione” si presenta in linea di continuità rispetto alla pregressa disciplina della materia. In particolare, l’art. 48 R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 (T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato) sanciva espressamente che *“Le decisioni pronunziate in sede giurisdizionale possono, agli effetti della L. 31 marzo 1877, n. 3761, essere impugnate con ricorso per cassazione. Tale ricorso tuttavia è proponibile soltanto per assoluto difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato”*; così pure l’art. 36 L. 6 dicembre 1971, n. 1034 (Istituzione dei tribunali amministrativi regionali) secondo cui *“Contro le decisioni pronunziate dal Consiglio di Stato in secondo grado sono ammessi [...] il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione”*.

In senso del tutto coerente è stato, pertanto, interpretato l’art. 362, comma 1, c.p.c. per il quale *“Possono essere impugnate con ricorso per cassazione, nel termine di cui all’articolo 325 secondo comma, le decisioni in grado di appello o in unico grado di un giudice speciale, per motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso”* (4). Nessuna differenza disciplinatrice è stata infatti colta nell’utilizzo dei diversi sintagmi *“inerenti”* o *“attinenti”* utilizzati nelle richiamate previsioni anche se il concetto di attinenza *ab initio* sembrava poter evocare una nozione meno rigorosamente circoscrivibile (5). Ciò in quanto *“In definitiva, ‘motivi attinenti alla giurisdizione’ possono certo non risultare ‘inerenti’ alla stessa, e cioè avere natura diversa pur ponendosi in relazione con la giurisdizione”*.

Una possibile diversa intonazione era peraltro non registrata in giurisprudenza per la quale sul piano ermeneutico non era individuabile una differenza ontologica tra inerenza e attinenza alla giurisdizione anche se, nei fatti, veniva ritenuto riconducibile alla giurisdizione non soltanto il giudizio rigorosamente concernente l’interpretazione della norma attributiva della giurisdizione, ma anche il sindacato sull’applicazione delle disposizioni che regolano la deducibilità ed il rilievo del difetto di giurisdizione (6) nonché di quelle correlate attinenti al sistema delle impugnazioni (7). Pur in tale evoluzione, che si inserisce pienamente nella descritta tendenza dinamica ed evolutiva della nozione di giurisdizione (8), la Corte di Cassazione ha in più occasioni ribadito che la violazione del diritto dell’Unione europea da parte del giudice ammini-

(4) Il secondo comma dell’art. 362 c.p.c. statuisce: *“Possono essere denunciati in ogni tempo con ricorso per cassazione: 1) i conflitti positivi o negativi di giurisdizione tra giudici speciali, o tra questi e i giudici ordinari; 2) i conflitti negativi di attribuzione tra la pubblica amministrazione e il giudice ordinario”*.

(5) Testualmente da F. AULETTA, *Ammissibilità del ricorso “per motivi attinenti” alla giurisdizione ed effetti delle decisioni della Corte di Cassazione sulla questione pregiudiziale del giudice speciale “tenuto” al rinvio alla Corte di Giustizia*, in *Foro it.*, 2021, I, c. 1019.

(6) Cass., S.U., 28 gennaio 2021, n. 1914; Cass., 20 ottobre 2016, n. 21260.

(7) Cass., S.U., 23 novembre 2011, n. 20727.

(8) Cass., S.U., 9 marzo 2015, n. 4682; Cass. S.U. 23 novembre 2021, n. 20727.

strativo non vale, di per sé, ad integrare un superamento delle attribuzioni di tale giudice (9).

Nel contesto normativo dato, in cui un ruolo significativo è svolto dall'art. 386 c.p.c. secondo cui "*La decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda e, quando prosegue il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda*", la Suprema Corte, seppur timidamente e con il limite sopra ricordato, è apparsa imboccare nel tempo, via via sempre più apertamente, la strada di una interpretazione evolutiva dei motivi inerenti alla giurisdizione di cui all'art. 111 Cost. proponendo una lettura del controllo sulla giurisdizionale più ampio dei suoi tradizionali confini e orientandosi verso una visione unificatrice della giurisdizione.

Il controllo di legittimità della Corte di Cassazione, limitato all'accertamento di un eventuale sconfinamento dai limiti esterni della propria giurisdizione da parte del Consiglio di Stato, è sembrata volersi sintonizzare (*rectius*: dilatare) verso un sindacato sui limiti interni di tale giurisdizione, ossia sul modo di esercizio della funzione giurisdizionale, cui ineriscono gli *errores in iudicando* o *in procedendo* (beninteso per vizi non coinvolgenti i limiti esterni della giurisdizione). A tale stregua è *error in procedendo* l'erronea composizione del collegio giudicante. Un canale interpretativo che tende ad estendersi al controllo della "*forme di tutela*" attraverso cui la giurisdizione si estrinseca.

Ad arginare la descritta tendenza evolutiva della Cassazione e a riportare l'interpretazione della norma costituzionale (art. 111, ottavo comma, Cost.) al suo ruolo tradizionale è intervenuta la Corte Costituzionale (10) che ha ribadito che il sindacato sulla giurisdizione riguarda i soli casi nei quali si discuta dell'esistenza della giurisdizione *tout court* o, se esistente, del riparto della giurisdizione tra i vari ordini giurisdizionali, e che ad essa deve ritenersi del tutto estraneo il vaglio di *errores in procedendo* (11) o *in iudicando* ancorché siano in gioco contrasti di giudicato con pronunce di Corti sovranazionali.

(9) Cass., S.U., 30 gennaio 2017, n. 2219; Cass., S.U., 17 gennaio 2017, n. 956.

(10) Corte Cost., 18 gennaio 2018, n. 6.

(11) Sicché l'erronea composizione del collegio giudicante non rientra tra i motivi di giurisdizione. Conf. Cass., S.U., 16 gennaio 2007, n. 753 per la quale l'asserita irregolarità della composizione del collegio costituente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, - sotto il profilo della partecipazione al collegio stesso, oltre al presidente dell'organo, anche di tre presidenti di sezione e non soltanto di consiglieri di Stato - non può essere dedotta con ricorso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per difetto di giurisdizione, atteso che tale ricorso è esperibile solo per violazioni dei limiti esterni delle attribuzioni giurisdizionali di detto Giudice amministrativo, e che siffatta violazione è ravvisabile, rispetto ai vizi di costituzione dell'organo giudicante, esclusivamente quando i vizi medesimi si traducano nella non coincidenza di tale organo con quello delineato dalla legge, per effetto di alterazione della sua struttura ovvero di totale carenza di legittimazione di uno o più dei suoi componenti, condizione che non si può ravvisare nella formazione del collegio giudicante con la partecipazione di componenti muniti dello "*status*" di magistrati del Consiglio. In tal senso, in dottrina: V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., pp. 299-300; L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. RO-

La Corte Costituzionale ha perentoriamente riaffermato l'autonomia dei giudici speciali nella sfera interna alla propria giurisdizione (12) ribadendo che per “*soli motivi attinenti alla giurisdizione*” deve intendersi:

a) lo sconfinamento del giudice in sfere riservate al legislatore o alla pubblica amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento). Vengono invasi i perimetri della potestà degli altri classici poteri dello Stato: il potere legislativo ed il potere esecutivo. Mentre sono casi di scuola quelli di invasione del potere legislativo, sono invece più ricorrenti i casi di invasione della potestà della P.A. (ciò accade nel caso in cui il giudice amministrativo abbia sindacato il merito delle scelte della P.A. per le materie relativamente alle quali possiede, in via ordinaria, solo il sindacato di legittimità);

b) il diniego di giurisdizione sul presupposto errato che nessun giudice è fornito di giurisdizione (cosiddetto arretramento);

c) difetto relativo di giurisdizione consistente nell'affermazione della propria giurisdizione in un caso che invece rientra nella giurisdizione di un altro giudice (o viceversa).

Bandendo ogni incertezza e superando la propria giurisprudenza la Cassazione, a Sezioni Unite, con ordinanza, 18 settembre 2020, n. 19598 ha rimesso alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale del se gli artt. 4, par. 3, 19, par. 1, T.U.E. e 2, parr. 1 e 2, e 267 T.F.U.E. (letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli artt. 111, comma 8, Cost., 360, comma 1, n. 1 e 362, comma 1, c.p.c. e 110 c.p.a. - nella parte in cui tali disposizioni ammettono il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per “*motivi inerenti alla giurisdizione*” - come si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva secondo cui il rimedio del ricorso per cassazione, sotto il profilo del cosiddetto “*difetto di potere giurisdizionale*”, non può essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di Giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione

MANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, vol. II, IV edizione, Monduzzi, 2005, p. 652. In senso contrario: P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, III edizione, Giuffrè, 1982, p. 413 per il quale è ammesso il ricorso allorché sia stata irregolare la composizione del collegio giudicante.

(12) In dottrina al riguardo si è acutamente osservato che in tal modo la Corte costituzionale ha sbarrato la strada a un'interpretazione evolutiva più ampia dei motivi di giurisdizione operata dalla Corte di cassazione in anni recenti che includeva tra questi anche i casi di radicale stravolgimento delle norme processuali tali da implicare un diniego di giustizia (per esempio sentenza delle Sezioni Unite civili 29 dicembre 2017, n. 31226). Né secondo la Corte può rilevare “*il dato qualitativo della gravità del vizio in quanto incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza dei plessi giurisdizionali e foriero di incertezze in sede applicativa*” (così M. CLARICH, *I motivi inerenti alla giurisdizione nel “dialogo” tra le corti supreme*, in *Corriere Giur.*, 2021, 2, pp. 162 e ss.).

Europea 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. Quanto precede in contrasto con l'avvertita 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.

Passo significativo della motivazione dell'ordinanza è senz'altro quello in cui le S.U. osservano che *“Alla luce di una nozione evolutiva del concetto di giurisdizione e della conseguente mutazione della nozione (e del giudizio) sulla giurisdizione - la cui interpretazione è riservata alle Sezioni Unite (art. 111 Cost., comma 8) - nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento, si è ritenuto che è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Rientra pertanto nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, la eroghi concretamente”*.

Al di là dell'esito che riceverà il rinvio pregiudiziale, è agevole ritenere che lo stesso testimonia che la giurisprudenza evolutiva di legittimità è dichiaratamente orientata al superamento degli attuali confini presidiati dai soli motivi inerenti alla giurisdizione in quella che è stata definita marcia di avvicinamento verso l'unità della giurisdizione (13). Va in ogni caso preso atto che la guerra in atto dalla trincea delle ricostruzioni dogmatiche è divenuta a campo aperto per la delimitazione dei confini dei poteri.

Non senza osservare, da ultimo, che il percorso imboccato dalla Corte sembra accidentato e ben più arduo rispetto alla proposta riequilibratrice degli opposti fronti di creare un nuovo *“giudice dei conflitti”* a composizione mista.

3. Il limite dei soli motivi inerenti (attinenti) alla giurisdizione.

Come noto il sindacato di legittimità sulle sentenze dei giudici speciali costituisce tema di serrato dibattito all'interno dell'Assemblea costituente. L'am-

(13) M. MAZZAMUTO, *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. It.*, 2018, p. 704.

missibilità di un tale sindacato sulle sentenze dei giudici speciali veniva ritenuto inappropriato da quanti valorizzavano il rilievo che il *proprium* delle giurisdizioni speciali risiedeva per l'appunto nella maggiore idoneità ad interpretare le leggi che regolano certi specifici rapporti. Prevalse per tal via l'orientamento di mantenere fermo l'esistente principio dell'insindacabilità in Cassazione delle sole decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, ribadendo l'attribuzione alla Cassazione della funzione di giudice della giurisdizione.

È quindi questo il principio per cui la Cassazione è giudice della giurisdizione (affermatosi a partire dal 1877 (14) con il conferimento alla Cassazione romana a Sezioni Unite della giurisdizione sui conflitti di attribuzione) ed è ancora questo a fare da sfondo alla regola secondo cui la decisione del Consiglio di Stato è impugnabile solamente per motivi di giurisdizione: “*Questo controllo della Corte di Cassazione si collega alla funzione propria della stessa Corte di risolvere i conflitti di attribuzione tra gli organi del potere giudiziario e quelli dell'esecutivo*” (15).

Secondo parte della dottrina la limitazione *de qua* sarebbe essenzialmente connessa alla posizione costituzionale del Consiglio di Stato (e della Corte dei Conti): posizione che sarebbe menomata se le sentenze di questi due organi potessero essere annullate da altro organo (la Cassazione) per violazione di legge o per vizio di motivazione (16). Trattasi di scelta legislativa (condivisibile o meno) ma che non è stata assunta a tutela di principi o regole di valenza costituzionale: lo è divenuta perché costituzionalizzata nell'art. 111 Cost.

4. *Motivi inerenti alla giurisdizione e possibili antinomie costituzionali.*

In tal modo ricostruita la genesi del ricorso per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione occorre chiedersi se tale regola (art. 110 c.p.a. e art. 111, comma 8, Cost.) sia attualmente conforme o declinabile con i principi costituzionali desumibili, tra l'altro, dall'art. 3 e dall'innovato art. 111 Cost.

Potrebbe infatti dubitarsene sotto almeno due profili.

a) In primo luogo la regola del ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato solo per i motivi inerenti alla giurisdizione contrasta con la disposizione contenuta nell'art. 111, comma 7, Cost. secondo cui “*Contro le sentenze [...], pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra*”. Contrasta cioè apertamente con il principio secondo cui contro le

(14) L. 31 marzo 1877, n. 3761, recante “*Norme sui conflitti di attribuzioni*”, sostituita poi dall'attuale codice di procedura civile (e in specie: artt. 41, 362 e 368 c.p.c.).

(15) Così: V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., p. 299.

(16) In tali termini: G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, VIII edizione, Giappichelli, 2017, pp. 601-602.

sentenze pronunciate dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è “*sempre*” ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge, non rientrandosi tra i casi di deroga consentiti (ossia quello delle sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra).

Vi è una antinomia evidente tra due disposizioni costituzionali: l’ottavo comma dell’art. 111 Cost. costituisce una disposizione in contrasto con quella contenuta nel comma settimo dell’art. 111 Cost. che consente “*sempre*” il ricorso in Cassazione per violazione di legge.

È noto che le antinomie costituzionali - sussistendo tra norme entrate in vigore nello stesso momento e di eguale efficacia - non possono essere risolte con i consueti criteri, ma mediante il bilanciamento degli interessi e dei valori coinvolti nelle norme che vengono in rilievo in virtù di una gerarchia assiologica e mobile (17).

Con il criterio assiologico, nel caso di incompatibilità tra norme sulla stessa materia, si applica la norma a presidio del valore costituzionalmente maggiormente significativo.

Tale criterio consente di risolvere le antinomie all’interno della Costituzione, nella quale non esistono principi tiranni (18), e laddove vi sono principi in contrasto (ad es. rispetto della dignità umana e libera manifestazione del pensiero) la selezione va operata mediante il criterio della ponderazione dei valori riferita allo specifico caso concreto, ponderazione che, a sua volta, non è definitiva bensì variabile e dinamica in base ai valori di volta in volta storicamente coinvolti (gerarchia assiologica e mobile).

Se nel conflitto tra principi occorre operare il loro bilanciamento al fine di valutare quale principio “*pesi*” maggiormente sulla bilancia dei valori costituzionali interessati, la ponderazione non potrà che consistere, quindi, nello stabilire tra i due principi in conflitto una gerarchia che presenti due caratteri: una gerarchia assiologica, ed è al contempo, mobile.

La gerarchia assiologica è una relazione di valore creata dal giudice costituzionale, mediante una valutazione comparativa secondo cui si attribuisce

(17) Sul criterio assiologico: M. GERARDO, *Le fonti del diritto nell’ordinamento giuridico italiano. Individuazione, tipologie e vicende*, in *Rass. Avv. Stato*, 2019, 4, pp. 305-306.

(18) Su tali aspetti: R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, 2010, pp. 215-219. La Corte Costituzionale, in varie pronunce, ha evidenziato che “*Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» [...]. Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona*” (sentenza 9 maggio 2013, n. 85 - sul caso ILVA - sul ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute [art. 32 Cost.], da cui deriva il diritto all’ambiente salubre, e al lavoro [art. 4 Cost.], da cui deriva l’interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso).

a uno dei principi in conflitto un “peso” un valore, una “importanza” etico-politica maggiore rispetto all’altro. Il principio ritenuto di maggior valore prevarrà sull’altro: sarà applicato seppur con un proporzionale e bilanciato sacrificio dell’altro. Sebbene (in tutto o in parte) accantonato nella specifica fattispecie, il principio soccombente resta tuttavia pienamente in vita nell’ordinamento pronto per essere applicato in altre controversie o, in caso di nuovi contrasti con altri principi, disponibile per nuovi bilanciamenti storicamente dinamici.

Una gerarchia mobile è, a sua volta, una relazione di valore instabile, cangiante: una gerarchia che vale per il caso concreto, ma che potrebbe essere ribaltata in una diversa fattispecie.

Il conflitto non è risolto in via definitiva: ogni soluzione vale solo per una controversia particolare (per una specifica antinomia tra la Costituzione con una specifica legge) sicché nessuno può prevedere la soluzione dello stesso conflitto in altre controversie future, nella quale siano coinvolti gli stessi principi ma una diversa legge.

Per tal via la Corte costituzionale in alcune occasioni ha applicato il principio di eguaglianza formale (ossia uguaglianza senza ulteriori specificazioni) e accantonato il principio di eguaglianza sostanziale, dichiarando l’illegittimità di una legge che proibiva il lavoro notturno alle donne (19); in altre occasioni ha applicato il principio di eguaglianza sostanziale e accantonato il principio di eguaglianza formale, riconoscendo la legittimità costituzionale di una legge che prevedeva talune “azioni positive” in favore delle donne imprenditrici (20).

Alla luce dei ricordati principi risolutori delle antinomie costituzionali (gerarchia assiologica e mobile) nel contrasto tra la norma contenuta nell’ottavo comma dell’art. 111 Cost. e quella contenuta nel comma settimo dell’art. 111 Cost. dovrebbe essere privilegiata quest’ultima ove si ritenga prevalente il valore di garantire il più ampio spazio alle tutele giurisdizionali riconosciute dall’ordinamento all’individuo (art. 111, comma 7, ricordato con art. 24, comma 1, Cost.) rispetto al diverso peso valoriale dei principi sottesi alla regola del ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato solo per motivi inerenti alla giurisdizione. Ciò quantomeno - come si argomenterà alla successiva lettera b) - nei casi in cui i limiti attuali al ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato possano ritenersi irragionevoli.

b) In secondo luogo la regola del ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato solo per i motivi inerenti alla giurisdizione contrasta con i principi della ragionevolezza del diritto di difesa (art. 3 Cost.) e del diritto di azione (art. 24, comma 1, Cost.), in particolare nei casi in cui tanto dinanzi al giudice amministrativo quanto dinanzi al giudice ordinario

(19) Corte Cost., 24 luglio 1986, n. 210.

(20) Corte Cost., 26 marzo 1993, n. 109.

vengano coinvolte situazioni soggettive che si caratterizzino cioè per una sostanziale identità di natura e per una disciplina processuale non dissimile se non per individuati e limitati profili.

Non sembra così rispondere a ragionevolezza ed effettività di tutela che un pubblico dipendente (art. 63, D.L.vo 30 marzo 2001, n. 165), purché non rientrante nelle categorie escluse *ex art. 3 D.L.vo n. 165/2001*, dirigenti compresi, possa adire la Cassazione per violazione di legge per conseguire la condanna del datore di lavoro al pagamento di quanto di sua competenza, mentre un dirigente dell'Amministrazione penitenziaria - o altro lavoratore pubblico rientrante nelle categorie escluse *ex art. 3 D.L.vo n. 165/2001*, le cui controversie spettano alla giurisdizione del Giudice Amministrativo (art. 133, comma 1, lett. i, c.p.a) - dovrà vedere arrestarsi la propria tutela, magari per il medesimo compenso, dinanzi al Consiglio di Stato, senza possibilità di adire la Cassazione per violazione di legge.

All'evidenza è del tutto irragionevole e violativo del diritto di azione vietare in date ipotesi il ricorso per cassazione per violazione di legge laddove in altre ipotesi lo si consente in presenza degli stessi elementi in gioco (rapporto di lavoro dove vengono in rilievo diritti soggettivi). Vuol dirsi che situazioni eguali vengono - non ragionevolmente - trattate in modo diverso dando prevalenza assorbente alla scelta legislativa in ordine alla giurisdizione piuttosto che ai profili sostanziali la cui tutela, per la giurisprudenza della Corte di Giustizia, è funzione di effettività.

Anche in questa evenienza vi è una antinomia tra due disposizioni costituzionali. Nel bilanciamento dei valori costituzionali (da una parte la regola dell'art. 111, ult. comma, Cost., dall'altra il principio *ex artt. 3, comma 2, e 24 comma 1, Cost.* della ragionevolezza del diritto di difesa e di azione), la bilancia dovrebbe, *ictu oculi*, pendere verso il principio dell'ammissibilità del ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione e per violazione di legge. Trattasi, come illustrato, di soluzione mobile in quanto per tal via non si intende affatto sostenere la piena ricorribilità dinanzi alla Cassazione per violazione di legge ma la necessità che una tale esclusione non operi in caso di compromissione di principi costituzionali che, nel bilanciamento, possano ritenersi prevalenti (21). Esclusivamente in questi casi l'esclusione del ricorso per cassazione per violazione di legge potrebbe avere una sua ragionevolezza.

(21) Sicché, dove non vi è la descritta irragionevolezza alcuna censura potrebbe essere mossa alla regola della esclusione del ricorso per cassazione per violazione di legge avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti. Si prenda il caso dei giudizi in tema di responsabilità degli amministratori verso l'ente per i danni arrecati a questo. Vi è diversità di giudizio a seconda della tipologia di ente. Nel caso dell'amministratore di società privata, il giudizio di responsabilità (artt. 2392-2393 *bis* c.c.) spetta alla cognizione del giudice ordinario, con due gradi di merito e giudizio di legittimità pieno. Nel caso di amministrazione di società pubblica *in house* il giudizio di responsabilità spetta alla cogni-

Inoltre, e a completamento del discorso in relazione a quanto precede, è tempo oramai di valorizzare, anche agli indicati fini, i primi due commi dell'art. 111 Cost. (introdotti con l. cost. 23 novembre 1999, n. 2). Con specifico riferimento alla problematica in esame deve osservarsi che il dibattito in essere non sembra sin qui aver attribuito alcun rilievo al principio affermato al primo comma della garanzia di un giusto processo inteso come sintesi dell'azione giurisdizionale e della legittimità giurisdizionale e costituzionale del suo esercizio come, seppur parzialmente, declinati al successivo secondo comma secondo cui *“Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”*. Se, dunque, i ricordati valori devono ritenersi, per legge costituzionale sopravvenuta, coesenziali alla funzione della giurisdizione non possono poi, contraddittoriamente, ritenersi *“non attinenti”* o *“non inerenti”* al suo esercizio (22). L'innovazione di cui alla l. cost. 2/1999 rende improrogabile la necessità di risolvere le antinomie costituzionali sulla base del bilanciamento dei valori tra cui assumono rilievo pregnante quelli scolpiti nei primi due commi dell'art. 111 Cost. alla luce dei quali va, quindi, sintetizzata la lettura del successivo ottavo comma dell'art. 111 Cost.

5. Possibili molestie iure condito (rectius: a Costituzione invariata) all'assetto disegnato dalla Corte costituzionale.

I limitati margini per adire il giudice di legittimità hanno avuto, quale conseguenza, la descritta *“guerra”* dei centotrent'anni tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato (23) che, bisogna darne atto, anche gli interventi della Corte Costituzionale non sono riusciti a sedare realizzando, al più, tregue armate.

La proposta di un giudice dei conflitti - pur percorribile a Costituzione invariata, in quanto sarebbe sufficiente una modifica legislativa della normativa regolatrice della composizione dei collegi della Corte di Cassazione nei

zione della Corte dei Conti, con due gradi di merito ed esclusione del giudizio di legittimità pieno (essendo in questo caso ammesso il ricorso in cassazione solo per motivi di giurisdizione). Tuttavia l'esclusione del ricorso per cassazione per violazione di legge con riguardo alle controversie sulla responsabilità in caso di amministrazione di società pubblica *in house* non è irragionevole, perché quello che l'interessato perde in termini di grado di giudizio lo recupera in termini di benefici collegati con il rito contabile (più favorevole rispetto al giudizio ordinario: responsabilità solo per dolo o colpa grave, potere riduttivo del giudice, ecc.). Vuol dirsi che la diversità di gradi di giudizio può avere, globalmente considerata, una sua ragionevolezza tenuto conto del sostanziale equilibrio dei contenuti del diritto di azione nei due plessi giurisdizionali e del bilanciamento complessivo dei valori in gioco.

(22) Riconduce a vizio di giurisdizione anche la assoluta carenza di motivazione: A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in www.federalismi.it (3 gennaio 2018).

(23) *“I rapporti tra le Corti di vertice sono stati da sempre complessi e articolati. Il conflitto sorge con il dualismo giurisdizionale, si perpetua da più di 130 anni”*: così B. SASSANI, *L'idea di giurisdizione nella guerra delle giurisdizioni. Considerazioni politicamente scorrette*, cit.

giudizi sui conflitti di giurisdizione, integrando i collegi delle Sezioni Unite con magistrati del Consiglio di Stato (24) - presupporrebbe infatti l'accordo tra i plessi giurisdizionali coinvolti non agevolmente ipotizzabile dopo il descritto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea operato dalle Sezioni Unite della Cassazione che ha il sapore di una sorta di resa dei conti. Rinvio che si caratterizza per essere la prima volta in cui il contrasto non attiene a interpretazione di leggi ma allo stesso ambito di giurisdizione: uno scontro tra Corti inerente o attinente alla sfera di attribuzioni giurisdizionali.

A Costituzione invariata c'è da chiedersi se non sia tempo di imboccare la via di ammettere, alla luce di una lettura costituzionalmente orientata, il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per violazione di legge allorché le violazioni dedotte comportino la compromissione dell'effettività di tutela da ritenersi prevalente nel bilanciamento dei principi costituzionali coinvolti ovvero in ipotesi di manifesta irragionevolezza che può ritenersi ricorrere nei casi in cui tanto dinanzi al giudice amministrativo quanto dinanzi al giudice ordinario vengano scrutinate situazioni soggettive del tutto analoghe.

6. Molestie de iure condendo (rectius: innovando la disciplina costituzionale): unità della giurisdizione.

Soluzione, evidentemente radicale e *de iure condendo*, è la riconduzione ad unità della giurisdizione.

Al fine di una razionale ed efficiente amministrazione della giustizia civile potrebbe stabilirsi - con le inevitabili modifiche costituzionali - l'unificazione di tutte le giurisdizioni speciali a quella ordinaria con la previsione, in via esclusiva, di un'unica giurisdizione, ossia di "*magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario*" (art. 102, comma 1, Cost.) (25).

Con tale modifica si opererebbe un razionale ed ottimale utilizzo di mezzi e delle risorse per il corretto funzionamento del mondo della giurisdizione eliminando duplicazioni e questioni pregiudiziali che rallentano il corso della giustizia. In misura non trascurabile sovente il procedimento dinanzi alla giurisdizione ordinaria si definisce, dopo alcuni anni, con la pronuncia di carenza di giurisdizione a favore di un giudice speciale e viceversa e la *traslatio* è a tutela della conservazione del diritto ma non della velocizzazione del giudizio.

Con l'unificazione delle giurisdizioni troverebbero soluzione anche diverse aporie collegate alle giurisdizioni diverse dall'A.G.O. In specie:

- a) con l'eliminazione della giurisdizione attribuita alla Corte dei Conti e

(24) Con novella dell'art. 67, R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 (Ordinamento giudiziario).

(25) Per un più ampio esame della problematica sia consentito il rinvio a: M. GERARDO, A. MUTARELLI, *Indagine sul processo civile in Italia. Irragionevole durata del processo e possibili "ragionevoli" linee di intervento*, in *Rass. Avv. Stato*, 2010, 4, pp. 224-227.

al Consiglio di Stato si garantirebbe il ricorso in Cassazione per violazione di legge nelle liti attribuite a questi giudici attualmente ammesso avverso le sentenze pronunciate dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, ma escluso (ad eccezione dei motivi inerenti la giurisdizione) avverso le decisioni della Corte dei Conti e del Consiglio di Stato. Verrebbe eliminata altresì l'irragionevole diversità di mezzi probatori tra giudizio ordinario e giudizio amministrativo - atteso che dinanzi a quest'ultimo è escluso l'interrogatorio formale ed il giuramento (art. 63, comma 5, c.p.a.) - con particolare riguardo ai rapporti di lavoro attribuiti alla cognizione dei due giudici;

b) con l'eliminazione della giurisdizione attribuita alla Corte dei Conti e al Consiglio di Stato si porrebbe fine ai dubbi sulla imparzialità ed indipendenza di questi organi. Dubbi derivanti dalla modalità di nomina politica (ad opera del Governo e in più, come accade per la Corte dei Conti, ad opera del Consiglio regionale e del Consiglio delle autonomie locali) di una significativa aliquota dei componenti ed altresì - per il Consiglio di Stato - dall'esercizio anche di funzione consultiva e dalla circostanza che numerosi componenti rivestono incarichi extragiudiziari presso i Ministeri (26). La *ratio* della specificità che giustifica le giurisdizioni speciali, costituita dalla creazione di un organo particolarmente versato e preparato sulla materia da giudicare, potrebbe essere agevolmente garantita con la creazione di sezioni specializzate per determinate materie istituite presso gli organi giudiziari ordinari (in aderenza a quanto previsto nell'art. 102, comma 2, Cost.) (27).

Del resto il problema della unità o meno delle giurisdizioni è in funzione anche delle scelte di politica del diritto. Nei Paesi di *civil law* è, difatti, dato constatare una pluralità di giurisdizioni; in quelli di *common law*, invece, è “*sostanzialmente realizzato il principio dell'unità delle giurisdizioni*” (28).

L'unificazione delle giurisdizioni dovrebbe arrecare anche un sensibile contributo ad abbreviare i tempi del processo. È noto che la durata dei processi dinanzi ai TAR e alla Corte dei Conti è eccessiva ed è comunque superiore a quella dei processi dinanzi ai giudici ordinari.

(26) Dubbi chiaramente evidenziati da G. SCARSELLI, *La terzietà e l'indipendenza dei giudici del Consiglio di Stato*, in *Foro It.*, 2001, III, cc. 269-273, in ordine ai quali si è avuta la replica di C. CALABRÒ, *A proposito di indipendenza del Consiglio di Stato*, in *Foro It.*, 2001, III, cc. 555-556, con successiva controreplica di R. ROMBOLI, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *Ancora sull'indipendenza dei giudici del Consiglio di Stato*, in *Foro It.*, 2001, III, cc. 556-558.

(27) Sulla perdita di giustificazione della giurisdizione speciale amministrativa, specie in seguito alla novella contenuta nel D.L.vo 31 marzo 1998, n. 80 e nella L. 21 luglio 2000, n. 205, e sulla necessità dell'introduzione di una giurisdizione unica, si veda A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro It.*, 2001, V, cc. 21-29, spec. cc. 26-27.

(28) Così: A. PIZZORUSSO, *Corso di diritto comparato*, 1983, Giuffrè, Milano, p. 177. Va precisato che l'unità delle giurisdizioni - costituente un dato costante per secoli del sistema anglosassone - è venuta meno dopo la seconda guerra mondiale; in proposito cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, III edizione, Il Mulino, 1983, p. 48 evidenza che “*oggi in Inghilterra l'esclusività del giudice ordinario nella tutela del cittadino verso la p.a. è andata perduta*”.

Peraltro l'evoluzione legislativa delle giurisdizioni amministrativa e contabile, come testimoniato dall'introduzione del nuovo processo amministrativo (il citato D.L.vo n. 104/2010) e del nuovo processo contabile (D.L.vo 27 agosto 2016, n. 174) e lo stesso istituto della *traslatio iudicii* (art. 59 L. 18 giugno 2009 n. 69, poi iterato nel codice del processo amministrativo e nel codice di giustizia contabile) hanno scolorito le ragioni storiche giustificative dell'esistenza di più giurisdizioni.

Tale evoluzione ha comportato - da un lato - l'attribuzione al giudice amministrativo e contabile di strumenti istruttori e cognitori un tempo propri del solo giudice ordinario. Emblematico è in tal senso il giudizio pensionistico dinanzi alla Corte dei Conti (artt. 151-171) declinato come il rito lavoro dinanzi al giudice ordinario.

I dati ora delineati convergono nel senso di rendere, almeno prospetticamente, concepibile l'unificazione delle giurisdizioni.

Né può dimenticarsi che dal 1933 (T.U. 11 dicembre 1933) opera una Autorità Giudiziaria che riassume in sé la qualità di giudice dei diritti e degli interessi. Ed infatti il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche sedente in Roma - oltre a costituire giudice di secondo grado per le sentenze emesse dai Tribunali Regionali delle Acque - è investito della giurisdizione in unico grado per i ricorsi con i quali si deduce la illegittimità dei provvedimenti concernenti la utilizzazione delle acque (con competenza di legittimità e di merito) e con rinvio dinamico agli "*istituti tipici del processo civile*" (29).

Proprio partendo dalla trasversalità dei principi che devono presidiare il processo in quanto tale (a prescindere cioè se abbia ad oggetto diritti od interessi), il Tribunale Superiore delle Acque è giunto a ritenere - ribaltando la propria monolitica giurisprudenza - che avverso il diniego della misura cautelare è ammissibile il reclamo al collegio in applicazione dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. (30).

(29) P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della P.A.*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 300, osserva come "*poiché tuttavia il rito speciale innanzi al Tribunale Superiore delle Acque comporta l'applicazione degli istituti tipici del processo civile, le norme del T.U. del Consiglio di Stato debbono essere necessariamente integrate dalle norme del codice di procedura civile*". Sul processo dinanzi al TSAP è agevole peraltro il rinvio a G. MASTRANGELO, *I Tribunali delle Acque Pubbliche*, Ipsoa, 2009, *passim*.

(30) T.S.A.P., 28 maggio 2001, in *Foro it.*, 2002, III, c. 462 con nota di A. MUTARELLI, *L'art. 669 terdecies c.p.c. conquista il processo amministrativo dinanzi al Tribunale Superiore delle acque* e, ancor prima di tale rivoluzionaria pronuncia, A. MUTARELLI, *Sull'applicabilità dell'art. 669-terdecies c.p.c. al processo cautelare dinanzi al TSAP*, in *Corr. Giur.* 1997, p. 40.