

Corte di Cassazione, Sez. Un., ordinanza 12 ottobre 2022,
n. 8153

Pres. A. Spirito – Est. M. Falabella

V.M. c. L.M.

Con particolare riguardo alle decisioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore 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; esso non ricorre, invece, quando il giudice si sia limitato al compito interpretativo che gli è proprio, anche se tale attività ermeneutica abbia dato luogo ad un provvedimento abnorme o anomalo, ovvero abbia comportato uno stravolgimento delle norme di riferimento, atteso che in questi casi può profilarsi, eventualmente, un error in iudicando, ma non una violazione dei limiti esterni della giurisdizione. Infatti, non rileva la gravità o intensità del presunto errore di interpretazione, il quale rimane confinato entro i limiti interni della giurisdizione amministrativa, considerato che l'interpretazione delle norme costituisce il proprium distintivo dell'attività giurisdizionale (1).

(1) L'eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato per sconfinamento nell'attività del legislatore e l'idealtipo del “giudice Ercole”.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La vicenda processuale e la dichiarazione di inammissibilità del ricorso per motivi di giurisdizione pronunciata dalla Corte di Cassa-

zione. — 3. Le ragioni della natura sfuggente dell'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nell'attività del legislatore. — 4. Lo sconfinamento osservato dalla prospettiva del rapporto tra giudice e legislatore: dalla discrezionalità interpretativa alla "normazione giudiziaria". — 5. Il bilanciamento come aspetto caratteristico della "normazione giudiziaria". — 6. La "normazione giudiziaria" come risultato di un bilanciamento tra interessi nelle sentenze "gemelle" dell'adunanza plenaria sulle concessioni demaniali marittime. — 7. L'ulteriore *self-restraint* della Cassazione nella sentenza n. 32559 del 2023. — 8. Conclusioni.

1. Premessa.

L'individuazione dell'eccesso di potere giurisdizionale costituisce, ancora oggi, una delle questioni più controverse e dibattute del diritto processuale amministrativo (1). Oltre all'ambiguità

(1) La letteratura sull'eccesso di potere giurisdizionale è amplissima; tra i contributi successivi all'entrata in vigore della Costituzione e senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. C. VITTA, *Il controllo della Corte di Cassazione sulle giurisdizioni amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1950, 46 ss.; C. LAVAGNA, *In tema di eccesso di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in *Foro Amm.*, 1951, pt. II, 142 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.; F. PAPARELLA, *Il difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Ann. Fac. Giur. Bari*, 1962, 171 ss.; Id., *Note in tema di conflitto fra autorità amministrativa ed autorità giurisdizionale*, in *Ann. Fac. Giur. Bari*, 1963, 217 ss.; M.A. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici subordinati*, Napoli, 1963, 464 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Sui motivi attinenti alla giurisdizione*, in *Foro Amm.*, 1963, 315 ss.; C. CERETI, *Impugnabilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato per i motivi inerenti alla giurisdizione (art. 111 u.c. Costituzione)*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, vol. I, Milano, 1965, 297 ss.; C. FERRI, *Limiti del controllo in Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 356 ss.; V. CAIANIELLO, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1977, pt. IV, 23 ss.; G. ROEHRSEN, *Considerazioni sui conflitti di giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 4, 1093 ss.; I.M. MARINO, *Corte di Cassazione e giudici 'speciali' (Sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Costituzione)*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, vol. II, Milano, 1993, 1383 ss., ora in A. BARONE (a cura di), *Ignazio Maria Marino, Scritti Giuridici*, Tomo II, Napoli, 2015, 889 ss.; F. CIPRIANI, *Sul difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Foro. it.*, 1999, pt. I, 2009 ss.; V. OTTAVIANO, *Rilievi in tema di c.d. conflitti fra amministrazione e giudice amministrativo (1979)*, in Id., *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1992, 173 ss.; V.M. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005; F. OLLA, *Il sindacato della Corte di Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa e l'interpretazione della legge*, in *Giust. civ.*, 2008, 1548 ss.; I. ZINGALES, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, 2007, spec. 135 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 del-*

delle formule normative, che certamente ha agevolato la formazione di prassi giurisprudenziali non sempre lineari, la ragione principale delle incertezze deriva dal rapporto tra Cassazione e Consiglio di Stato, di cui l'eccesso di potere giurisdizionale appare il riflesso più concreto.

Dedicare uno studio a questo tema significa indagare, innanzitutto, la natura di quel rapporto e le evoluzioni che esso ha subito nel tempo. Se è vero, infatti, che l'art. 111, comma 8, Cost. limita il ricorso per cassazione contro le sentenze dei giudici speciali ai «soli motivi inerenti alla giurisdizione», non va tuttavia trascurato che il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato è stato esteso proprio grazie ad una lettura «dinamica» della norma costituzionale. Con la conseguenza che può essere utile osservare le «questioni di giurisdizione» anche attraverso la lente delle esigenze di tutela che sono venute in rilievo nel rapporto tra cittadino e amministrazione, delle quali la Cassazione si è fatta, di volta in volta, portavoce (2).

L'attualità e l'importanza della questione sono, del resto, confermate dall'attenzione crescente manifestata dagli studiosi soprattutto negli ultimi anni (3). Essa è in larga parte scaturita da discussi

la giurisdizione, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 82 ss.; L. VERRIENTI, *Conflitti di attribuzione e di giurisdizione (giustizia amministrativa)*, in *Dig. disc. pubbl., agg.*, 2011, 388 ss.

(2) Per un inquadramento storico del sistema di tutele giudiziali nei confronti dell'amministrazione e della sua evoluzione, cfr. V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966; M.S. GIANNINI - A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, 1970, 245 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VII, 1991, 508 ss.; C.E. GALLO, *Giudizio amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VII, Torino, 1991, 238; F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir., agg.*, vol. VI, 2002, 408 ss.; C. FRANCHINI, *L'evoluzione del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 557 ss.

(3) Tra gli studi più recenti, cfr. M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1677 ss.; C.E. GALLO, *L'impugnazione in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 557 ss.; G. VERDE, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 367 ss.; R. VILLATA, «Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica (dimenticando l'articolo 103 della Costituzione), in *Dir. proc. amm.*, 2013, 324 ss.; ID., *Sui «motivi inerenti la giurisdizione»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 632 ss.; ID., *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir.*

indirizzi giurisprudenziali, caratterizzati da un attivismo della Corte di Cassazione nel ridefinire le maglie del proprio controllo e dal contestuale tentativo di circoscrivere la portata dell'art. 111, comma 8, Cost. da parte della Corte costituzionale ⁽⁴⁾.

proc., 2014, 285 ss.; ID., *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravvivranno all'apocalisse?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 106 ss.; A. CORPACI, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 341 ss.; A. LAMORGESE, *La giurisdizione contesa. Cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 2014, spec. 62 ss.; E. FOLLIERI, *Il sindacato della corte di cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Giustamm.it*, 2015, 5; R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per i soli motivi attinenti alla giurisdizione e ricorso per violazione di legge)*, in www.giustizia-amministrativa.it; A.M. SANDULLI, *A proposito del sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze dei giudici amministrativi*, in www.giustizia-amministrativa.it; P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli, 2016; G. COCOZZA, *Il percorso conformativo dell'eccesso di potere giurisdizionale. Una ricerca sul vizio della funzione e sul suo giudice*, Napoli, 2017; 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.; ID., *Art. 110*, in G. FALCON - F. CORTESE - B. MARCHETTI (diretto da), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Milano, 2021, 110 ss.; G. TROPEA, *Aree di non sindacabilità e principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in *Dir. cost.*, 2018, 3, 129 ss.; R. MANFRELOTTI, *La Corte di Cassazione e la Volpe del Deserto. Il ricorso per motivi inerenti la giurisdizione ex art. 111, ultimo comma, della Costituzione e la violazione del diritto dell'Unione europea*, in P. CARNEVALE - E. CASTORINA - G. GRASSO (a cura di), *L'Europa dei tre disincanti. Liber amicorum per Giovanni Cocco*, Napoli, 2021, 619 ss.; N. FRAGALE, *Il controllo della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato: aggiornare o superare la teoria dello sconfinamento in danno di altri poteri?*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 2, 326 ss.

⁽⁴⁾ Tra quelle più significative, cfr. Cass., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19598. Per un commento alla pronuncia, si rinvia ai contributi di A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di Giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foronews (Foro it.)*, 12 ottobre 2020; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in Giustiziainsieme.it, 7 ottobre 2020; B. NASCIBENE - P. PIVA, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione Europea?*, in Giustiziainsieme.it, 24 novembre 2020; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 195898 del 2020*, in Giustiziainsieme.it, 30 novembre 2020; M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione Europea: la parola alla Corte di Giustizia. Nota critica all'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione 18 settembre 2020, n. 19598*, in Giustiziainsieme.it, 11 dicembre 2020; G. GRECO, *La violazione del diritto dell'Unione europea come possibile difetto di giurisdizione*, in *Eurojus*, 2020, 4; F. FRANCIARIO, *«Quel pasticciaccio» della questione di giurisdizione*, in Federalismi.it, 2020, 34; ID., *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*

In un simile contesto la figura dell'eccesso di potere ai danni del legislatore spicca, all'opposto, per il suo carattere recessivo e per essere raramente oggetto di accertamento da parte delle Sezioni Unite. Questo la rende una figura per alcuni aspetti misteriosa ed in attesa di una chiara sistemazione concettuale, per altri un'ipotesi al limite del surreale, essendo difficile immaginare casi in cui il giudice si faccia produttore ed applicatore di una norma del tutto estranea all'ordinamento. Se anche potessero immaginarsi ipotesi astratte, la pervasività dell'attuale disciplina dell'azione amministrativa — anche “per principi” — rende difficilmente ipotizzabili lacune che legittimerebbero, in concreto, un arbitrario intervento “normativo” del giudice.

L'ordinanza che si annota interessa proprio perché prende posizione in tema e consente qualche riflessione aggiuntiva in materia.

Partendo dalla vicenda processuale e dalla dichiarazione di inammissibilità di un ricorso per cassazione per sconfinamento del Consiglio di Stato nell'attività del legislatore, pronunciata

zione), in *Questione giustizia*, 2020; M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 675 ss.; R. BIN, *È scoppiata la terza guerra tra le Corti?*, in *Federalismi.it*, 2020, 32; S. BARBARESCHI - L.A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Federalismi.it*, 2020, 30, 1 ss.; B. CARAVITA, *La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al diritto europeo? Postilla*, in *Federalismi.it*, 2020, 30, 20 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 *Questione giustizia*, 2020; G. CUSENZA, *Il sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato al vaglio della Corte di giustizia: dubbi e criticità*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 135 ss.; R. CARBONE, *Ricorsi reciprocamente escludenti, ricorso per motivi di giurisdizione e obbligo di rinvio pregiudiziale: lo scambio dialettico tra Corte costituzionale, Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2021, 1, 201 ss.; G. TESAURO, *La Corte costituzionale e l'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in *Federalismi.it*, 2020, 34; P.L. TOMAUOLI, *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa ma in-costituzionale giurisdizione unica (nota a Cass., Sezioni Unite, ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Giurcost.org*, 2020, 3, 698 ss.

Si veda, più di recente, Cass., Sez. Un., 18 gennaio 2022, n. 1454. Per un commento alla pronuncia, cfr. F. LORENZETTI, *Il sindacato della Cassazione sulle pronunce del Consiglio di Stato per «i soli motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Il Processo*, 2022, 1, 155 ss.

dalle Sezioni Unite della Cassazione, l'indagine si propone di verificare se effettivamente si tratti di una figura più mitologica che reale e di stabilire quando l'esercizio della discrezionalità interpretativa celi una (illegittima) "normazione giudiziaria".

2. La vicenda processuale e la dichiarazione di inammissibilità del ricorso per motivi di giurisdizione pronunciata dalla Corte di Cassazione.

L'ordinanza della Cassazione interviene all'esito di una vicenda processuale alquanto complessa, riguardante la regolarità del procedimento elettorale per la designazione del Sindaco di un Comune.

Il candidato L.M., Sindaco uscente, perdeva le elezioni all'esito del turno di ballottaggio per appena due voti e impugnava dinnanzi al T.A.R. il verbale di proclamazione degli eletti unitamente ad un altro candidato iscritto nelle liste elettorali del Comune. In particolare, i ricorrenti lamentavano la mancanza di un riscontro delle dichiarazioni giurate dei rappresentanti di lista nei verbali delle operazioni elettorali relative alle singole sezioni.

In applicazione dell'art. 130, comma 3, lett. c), c.p.a., il T.A.R. ordinava con decreto ai ricorrenti di perfezionare, entro dieci giorni, la notifica del ricorso proposto e del decreto di fissazione dell'udienza alle parti che potevano avere interesse e di depositare, nei dieci giorni successivi, la copia con la prova dell'avvenuta notifica. I ricorrenti vi ottemperavano solo parzialmente, omettendo la notifica ad alcuni consiglieri comunali nonostante fossero parti interessate.

Il candidato V.M., neoeletto Sindaco, si costituiva in giudizio eccependo l'inammissibilità del ricorso per violazione dei termini di cui all'art. 130, comma 3, lett. c), c.p.a. e proponendo un ricorso incidentale avverso i risultati elettorali nella parte in cui non gli era stato attribuito un voto per la presenza di un segno di riconoscimento.

Dopo aver disposto alcuni adempimenti istruttori, il T.A.R. accoglieva il ricorso incidentale, rigettava, nel merito, il ricorso

principale proposto da L.M. e dall'altro candidato e correggeva i risultati delle operazioni elettorali aumentando di tre voti il divario con il resistente vincitore ⁽⁵⁾.

L.M. impugnava la sentenza del T.A.R. dinnanzi al Consiglio di Stato, contro la quale V.M. proponeva appello incidentale, chiedendo (ancora una volta) la declaratoria di inammissibilità del ricorso per lo stesso motivo dedotto in primo grado.

Il Consiglio di Stato respingeva l'appello incidentale con una motivazione lapidaria, affermando che per l'osservanza del termine perentorio di dieci giorni, decorrente dalla data di comunicazione del decreto presidenziale che fissa l'udienza di discussione, «non è necessaria la notifica nei confronti di tutti gli eventuali contraddittori, ma è sufficiente che sia avvenuta nei confronti di almeno uno dei controinteressati ai sensi dell'art. 130, comma 3, lett. c), c.p.a.» ⁽⁶⁾.

Accoglieva, invece, l'appello principale, giacché a seguito di nuovi adempimenti istruttori il divario tra i due candidati si era nuovamente ridotto a due schede, che venivano attribuite al ricorrente L.M., Sindaco uscente. Avendo quindi riportato entrambi lo stesso numero di voti, era proclamato eletto L.M. sulla base del criterio della maggiore cifra elettorale complessiva e su quello residuale dell'età anagrafica, in conformità a quanto previsto dall'art. 72, comma 9, d.lgs. n. 267 del 2000 (c.d. Testo Unico sull'ordinamento degli Enti Locali o TUEL).

Contro la sentenza del Consiglio di Stato, V.M. presentava ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione, articolando tre motivi di censura.

Con il primo si lamentava la violazione dell'art. 130, comma 3, lett. c), c.p.a. e l'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nell'area riservata al legislatore, in quanto il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza non erano stati notificati alle parti che vi avevano interesse che, nel caso di specie, erano identificabili nel candidato Sindaco e nei consiglieri eletti.

⁽⁵⁾ T.A.R. Campania, 17 marzo 2021, n. 1788.

⁽⁶⁾ Cons. Stato, 13 ottobre 2021, n. 6881, par. 4.5. del considerato in diritto.

Con il secondo si denunciava la violazione degli artt. 24, 101, comma 2, 111, comma 2, Cost. e dell'art. 6 CEDU, l'eccesso di potere giurisdizionale per violazione del principio di imparzialità e terzietà del giudice e l'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nell'attività legislativa. Secondo i ricorrenti, il Consiglio di Stato, nell'espletamento dell'istruttoria e nella valutazione degli elementi di fatto, non si sarebbe limitato alla verifica della correttezza delle operazioni elettorali, ma avrebbe attribuito a una parte processuale una posizione di privilegio nei confronti dell'altra.

Con il terzo e ultimo motivo, in via subordinata, si sollevava una questione di legittimità costituzionale dell'art. 72, comma 9, del TUEL per violazione dell'art. 3, comma 1, Cost., nella parte in cui tale norma prevede il criterio di anzianità per la scelta tra i candidati che abbiano riportato lo stesso numero di voti, a differenza di quanto previsto per le elezioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

La Cassazione dichiarava il ricorso inammissibile e la questione di legittimità costituzionale irrilevante.

Ad avviso della Corte, la fattispecie non configurava un caso di eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nell'attività del legislatore, il quale ricorreva solo nelle ipotesi di (illegittima) produzione normativa da parte del giudice speciale.

La questione di legittimità costituzionale veniva giudicata irrilevante ai fini della risoluzione della controversia, giacché la Cassazione non poteva conoscere il modo in cui il Consiglio di Stato era pervenuto alla correzione dei risultati elettorali.

3. Le ragioni della natura sfuggente dello sconfinamento del giudice amministrativo ai danni del legislatore.

Come si è anticipato, il dibattito relativo ai limiti del sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato deriva in larga parte dall'ambiguità delle formule normative ⁽⁷⁾, che non

(7) L'art. 111, comma 8, Cost. usa la formula «soli motivi inerenti alla giurisdizione», ripresa alla lettera dall'art. 110 c.p.a. e in parte dagli artt. 360, comma 1, n. 1 e 362,

precisano quali siano i motivi di giurisdizione e che, negli anni, hanno agevolato la formazione giurisprudenziale di un catalogo di vizi-motivi delle sentenze suscettibili di ricorso per cassazione.

Si ritiene, ormai unanimemente, che l'eccesso di potere giurisdizionale si verifichi nei seguenti casi: *a*) quando il giudice amministrativo invada la sfera di attribuzioni riservata al legislatore o all'amministrazione (c.d. difetto assoluto di giurisdizione per invasione o sconfinamento); *b*) quando il giudice amministrativo neghi la propria giurisdizione 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 (c.d. difetto assoluto di giurisdizione per arretramento); *c*) quando il giudice amministrativo affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici (c.d. difetto relativo di giurisdizione).

Il catalogo è stato elaborato dalla Cassazione sulla nota distinzione tra c.d. limiti esterni e interni della giurisdizione. Il sindacato per motivi di giurisdizione investe solo il controllo sul rispetto dei limiti esterni, ossia il «mantenimento dell'organo giurisdizionale *nei*, o l'esorbitanza di esso *dai*, confini tracciati dalla legge all'attività esteriore di tale organo», riguardando anzitutto «la determinazione della *materia* che la legge assegna all'esame dell'organo, la individuazione delle *controversie* di cui può conoscere, il *contenuto finale* dell'atto che definisce il procedimento giurisdizionale (giurisdizione di legittimità o di merito)» (8).

Ne deriva, per converso, la preclusione per la Cassazione di estendere il sindacato sul rispetto dei limiti interni, e dunque sulle

comma 1, c.p.c., che si riferiscono ai «motivi attinenti alla giurisdizione»; diversamente, l'art. 41, comma 1, c.p.c. menziona le «questioni di giurisdizione» e gli artt. 9 c.p.a. e 37 c.p.c. il «difetto di giurisdizione». Sulla diversità dei lessemi impiegati dalle disposizioni normative, cfr. già M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 4^a ed. a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, 2002, 177.

(8) M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 177-178.

«questioni relative a violazioni di legge dipendenti da erronea o falsa applicazione di norme giuridiche, da vizi del processo logico della decisione, da manchevole valutazione delle prove e da inosservanza delle norme che regolano lo svolgimento del processo» (9). In sostanza, la preclusione comprende tutte le ipotesi di *errores in procedendo* e *in iudicando* derivanti dalla violazione delle norme sostanziali e processuali da parte del giudice amministrativo, trattandosi di «questioni attinenti al modo di “esercizio” della funzione e non alla “essenza” della stessa» (10).

Nonostante l’elaborazione pretoria di una serie di «crittotipi» (11), persistono ancora incertezze sull’uso del rimedio e sull’ampiezza del controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato (12).

Di regola, la Cassazione è stata adita quando le interpretazioni fornite dal giudice amministrativo delle norme sostanziali sull’attribuzione del potere all’amministrazione o sulle modalità del suo esercizio oppure delle norme regolanti lo svolgimento del processo amministrativo impedivano, di fatto, l’accesso alla tutela giurisdizionale.

Ne sono emblema le pronunce di accoglimento dei ricorsi proposti contro le decisioni del Consiglio di Stato che dichiaravano inammissibili le domande di risarcimento dei danni autonome, senza cioè la previa o contestuale azione di annullamento del

(9) M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 178.

(10) M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., *ibidem*.

(11) Nel lavoro di A. CASSATELLA, *L’eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, cit., 643, si parla di «crittotipi» per identificare i singoli vizi-motivi delle sentenze del Consiglio di Stato impugnabili con ricorso per cassazione. Sul concetto di «crittotipo» l’A. rinvia agli studi di R. SACCO, *Crittotipo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol.V, Torino 1989, 39 ss., e Id., *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed., Torino, 1992, 125 ss., dove si afferma che il termine viene impiegato da linguisti e giuristi per indicare quelle regole che esistono e sono rilevanti, ma che l’operatore non formula (e che, anche volendo, non saprebbe formulare).

(12) Individua il filo conduttore della giurisprudenza sull’eccesso di potere giurisdizionale nella «ricerca di una soddisfacente soluzione alla multiforme richiesta di garanzia, che può derivare soltanto dall’esercizio di una funzione giurisdizionale che sia esente da vizi», G. COCOZZA, *Il percorso conformativo dell’eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 209-210.

provvedimento lesivo⁽¹³⁾. Con la pregiudiziale amministrativa, il giudice amministrativo aveva creato una norma che non esisteva e che, peraltro, contrastava col principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dagli artt. 24, 103 e 113 Cost.⁽¹⁴⁾, nella misura in cui impediva al privato l'accesso alla tutela risarcitoria nel caso di provvedimento divenuto inoppugnabile o in mancanza di un interesse all'annullamento, con grave lesione del suo interesse legittimo. In quell'occasione, il ricorso era stato accolto dalla Cassazione non per eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato ai danni del legislatore, bensì per “rifiuto di giurisdizione”⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ Il riferimento è alle note ordinanze “gemelle”: Cass., Sez. Un. (ord.), 13 giugno 2006, n. 13659, in *Foro it.*, 2007, 3181 ss., con note di R. DE NICTOLIS, *In difesa della «pregiudizialità»*, e A. LAMORGESE, *Esercizio del potere e risarcimento del danno: le sezioni unite «creano» una nuova giurisdizione esclusiva*; in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1007 ss., con commento di S. MALINCONICO - M. ALLENA, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi: riparto di giurisdizione e rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria. In particolare il caso dell'occupazione illegittima. La questione della pregiudizialità amministrativa: riparto di giurisdizione e nomofilachia*; (ord.), 13 giugno 2006, n. 13660, in *Giur. it.*, 2007, 11, 2477 ss., con nota di G. GANDOLFI; (ord.), 15 giugno 2006, n. 13911. Per una ricostruzione del rifiuto di giurisdizione nella giurisprudenza della Cassazione, cfr. G. COCOZZA, *Il percorso conformativo dell'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 178 ss.

⁽¹⁴⁾ Sul principio di effettività della tutela giurisdizionale nel processo amministrativo prima e dopo l'entrata in vigore del c.p.a., tra i numerosi contributi, cfr. C. FRANCHINI, *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008, 165 ss.; A. TRAVI, *L'effettività della giustizia amministrativa*, in L. BENVENUTI - M. CLARICH (a cura di), *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L'opera scientifica di Fabio Merusi*, Pisa, 2010, 51 ss.; L. MARUOTTI, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, in *Giustamm. it.*, 2010; R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in *Giustamm.it.*, 2010; G. COCOZZA, *Effettività della tutela e giudizio di ottemperanza. Nuove prospettive alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1321 ss.; R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 1707 ss.; M.A. SANDULLI, *L'introduzione delle asteintes nel processo amministrativo: tra effettività e incertezza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 883 ss.; Id., *Principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Aldo M. Sandulli*, in *Dir. e soc.*, 2015, 649 ss.; M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 2014, 4.

⁽¹⁵⁾ Osserva, in proposito, A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 111 ss., spec. 1124, *sub* nota 29, che la conclusione della Cassazione sulla giurisdizione appariva un'evidente forzatura, con tutta probabilità, legit-

A partire da quel momento, la figura del rifiuto di giurisdizione ha assolto una duplice funzione, che viene in particolare rilievo anche ai fini del tema in esame.

Innanzitutto, è diventata una sorta di “scudo” usato dalla Cassazione per evitare di sindacare (e dichiarare) lo sconfinamento “puro” del giudice amministrativo nell’attività del legislatore, rimasta una figura di rilievo meramente teorico, poiché l’errore di interpretazione, per quanto grave, è difficilmente riconducibile ad un fenomeno di invasione delle prerogative proprie del legislatore, considerato il carattere naturalmente creativo dell’interpretazione giudiziaria ⁽¹⁶⁾.

In secondo luogo, ha consentito alla Cassazione di estendere l’area del sindacato sulle decisioni del Consiglio di Stato, sia perché esponeva, almeno astrattamente, qualsiasi statuizione di inammissibilità di una domanda non condivisa dalla stessa ad es-

timata dalla (ulteriore) forzatura del Consiglio di Stato sulla pregiudiziale amministrativa.

⁽¹⁶⁾ Nelle sentenze di rigetto e nelle ordinanze di inammissibilità figurano motivazioni di analogo tenore, nelle quali si legge che l’eccesso di potere giurisdizionale ai danni del legislatore ha rilievo meramente teorico, presupponendo l’applicazione da parte del giudice non di una norma esistente, ma di una norma da lui creata, e perciò potendo configurarsi solo a condizione di poter distinguere un’attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice da un’attività interpretativa. Tra le più recenti e significative, cfr. Cass., Sez. Un. (ord.), 14 febbraio 2023, n. 4591, dove si precisa che «l’ipotesi non ricorre quando il giudice speciale si sia attenuto al compito interpretativo che gli è proprio, ricercando la *voluntas legis* applicabile nel caso concreto, anche se l’abbia desunta non dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma dalla *ratio* che il loro coordinamento sistematico disvela, potendo tale operazione ermeneutica, tutt’al più, dar luogo ad un *error in iudicando*, non alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale»; in senso conforme, Cass., Sez. Un. (ord.), 20 ottobre 2022, n. 30965; Sez. Un. (ord.), 19 ottobre 2022, n. 30769; Sez. Un. (ord.), 26 novembre 2021, n. 36899; Sez. Un. (ord.), 25 novembre 2021, n. 36593, dove, in applicazione di tale principio, si conferma la decisione del Consiglio di Stato che, in assenza di una specifica disposizione sul soggetto competente all’irrogazione delle sanzioni per violazione dell’art. 53, comma 16-ter, d.lgs. n. 165 del 2021, riguardante il divieto di *pantouflage* o *revolving doors*, ha individuato tale autorità nell’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), mediante un’operazione interpretativa di raffronto tra la *ratio* del divieto e la funzione istituzionale dell’autorità indipendente; Cass., Sez. Un. (ord.), 3 novembre 2021, n. 31541; Sez. Un. (ord.), 11 giugno 2021, n. 16489; Sez. Un. (ord.), 29 luglio 2020, n. 16260; Sez. Un., 30 marzo 2017, n. 8282; Sez. Un., 16 febbraio 2017, n. 4095; Sez. Un., 21 novembre 2011, n. 24411; Sez. Un., 15 luglio 2003, n. 11091.

sere letta nei termini di un rifiuto di esercitare la giurisdizione, sia perché finiva per trasformare una violazione di legge in questione di giurisdizione, svuotando così il valore della garanzia sancita dall'art. 111, comma 8, Cost. (17).

Il rifiuto di giurisdizione ha continuato a fungere da “scudo” al sindacato sullo sconfinamento “puro” del giudice amministrativo ai danni del legislatore anche nella giurisprudenza successiva (18), e addirittura dopo l'intervento della Corte costituzionale che, dichiarando la “concezione funzionale” della giurisdizione contraria alla lettera e allo spirito della norma costituzionale, ha riportato il sindacato della Cassazione sul crinale dei limiti esterni della giurisdizione (19).

(17) A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, cit., 1124.

(18) Emblematica, in tal senso, è una pronuncia di qualche anno successiva, sempre in tema di pregiudiziale, nella quale si afferma che, quando la violazione di legge pone in discussione «i tratti essenziali» della forma di tutela, sono superati anche i limiti della giurisdizione e si configura sempre una questione di giurisdizione: cfr. Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 460 ss., con commento di G. GRECO, *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, e con nota di I. PAGNI, *La responsabilità della pubblica amministrazione e l'assetto dei rapporti tra tutela specifica e tutela risarcitoria dopo l'intervento delle sezioni unite della Cassazione*, in *Foro it.*, 2009, pt. I, 2721. Inoltre, non vanno dimenticate le pronunce che hanno esteso il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato viziate da *errores in procedendo* e in *iudicando* talmente gravi da sfociare in decisioni anomale o abnormi oppure frutto di un radicale stravolgimento delle norme di riferimento, anche sovranazionali: cfr., in tema di rapporto fra ricorso principale e ricorso incidentale “escludente”, Cass., Sez. Un., 6 febbraio 2015, n. 2242, in *Foro amm.*, 2015, 6, 1647, e in *Dir. proc. amm.*, 2015, 826 ss., con commento di R. VILLATA, *Finale di partita?*; Cass., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226, in *Il Processo*, 2018, 3, 217 ss., con nota di A. BARONE, *Un caso “estremo” di diniego di giurisdizione per radicale stravolgimento del diritto dell'Unione Europea*; in *Foro it.*, 2018, pt. I, 1709 ss., con nota di G. SIGISMONDI, *Questioni di giurisdizione “in senso dinamico” e nuovi limiti all'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato con ricorso per Cassazione: una via percorribile?*.

(19) Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 1102 ss., con commento di A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, cit.; in *Giur. it.*, 2018, 3, 704 ss., con commento di M. MAZZAMUTO, *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*; in *Giur. cost.*, 2018, 122 ss., con commento di 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 *Il processo*, 2019, 1, 113, con commento

Al di là dell'impatto della sentenza costituzionale, che certamente ha riequilibrato il sistema dei rapporti tra giurisdizione ordinaria e speciale, è dunque possibile concludere che la particolare configurazione dello sconfinamento del giudice amministrativo ai danni del legislatore e la sua rilevanza ai fini del ricorso per cassazione sono state, quasi certamente, le ragioni principali della forte ritrosia dei giudici a sindacare tale vizio.

L'attività interpretativa del giudice amministrativo è stata, infatti, contestata quando ha impedito al privato leso l'accesso alla tutela giurisdizionale; così il ricorso per cassazione è stato utilizzato per reagire a pronunce di inammissibilità del giudice amministrativo derivanti da una peculiare interpretazione delle norme sostanziali e processuali che, di fatto, frustravano la tutela giurisdizionale della situazione soggettiva lesa ⁽²⁰⁾. Ciò spiega

di A. POLICE - F. CHIRICO, «*I soli motivi inerenti la giurisdizione*» nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Tra i commenti alla sentenza si vedano anche M. BRANCA, *L'esecuzione della sentenza CEDU e la riapertura del processo civile o amministrativo: Corte cost. n. 123 del 2017, n. 6 e 23 del 2018*, in *Giur. cost.*, 2018, 1521 ss.; F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2018, 1537 ss.; F. DEODATO, *I limiti "esterni" della giurisdizione interpretati dalla più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione*, in www.ildirittoamministrativo.it; P. TOMAUOLI, *L'"altolà" della Corte Costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in *Consulta Online*, 2020, III, 1 ss. Prima dell'intervento della Corte costituzionale, la problematica era già stata puntualmente inquadrata da I.M. MARINO, *Corte di Cassazione e giudici "speciali" (sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost.)*, cit., 889 ss.; E. FOLLIERI, *La giustizia amministrativa nella costituente, tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 911 ss.; V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in www.astrid.eu; G. VERDE, *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del costituente*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 363 ss.; A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 2, 371 ss., e in *Jus*, 2011, 3, 363 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr., tra le più significative, Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2016, n. 26899, relativa ad una controversia in cui i ricorrenti non avevano impugnato tempestivamente il progetto preliminare di un'opera strategica di interesse nazionale, da realizzarsi su immobili di loro proprietà, poiché l'amministrazione, in sede di pubblicazione degli atti, non aveva identificato la localizzazione dell'intervento, né indicato i nominativi dei destinatari. Il ricorso proposto contro il progetto definitivo era stato, perciò, dichiarato inammissibile per tardività in prime cure e in appello. La declaratoria di inammissibilità veniva contestata nella parte in cui il Consiglio di Stato, in violazione degli artt. 24 e 113 Cost. e degli artt. 6, 13, 14 e 17 CEDU, unitamente all'art. 1 del protocollo addizionale sulla protezione della proprietà privata, «avrebbe invaso la sfera di attribuzioni propria del legislatore, di fatto

perché la Cassazione si sia concentrata sulla definizione del “contenuto” della tutela, piuttosto che del confine tra discrezionalità interpretativa e “normazione giudiziaria”.

Per individuare quel confine, occorrerà innanzitutto comprendere perché, nello Stato costituzionale contemporaneo, il giudice amministrativo abbia dismesso le vesti di mero attuatore della legge, per assumere il ruolo di “costruttore” della regola da applicare al caso concreto, sia pur nel perimetro definito dall’art. 101, comma 2, Cost. ⁽²¹⁾; saranno poi definiti i casi e le modalità attraverso cui viene “costruita” la regola del caso; da ultimo, si procederà all’individuazione dei limiti, superati i quali la discrezionalità interpretativa si trasforma, inevitabilmente, in “normazione giudiziaria”.

4. Lo sconfinamento osservato dalla prospettiva del rapporto tra giudice e legislatore: dalla discrezionalità interpretativa alla “normazione giudiziaria”.

Il rapporto tra giudice e legislatore è definito, come noto, dall’art. 101, comma 2, Cost. nei termini di primato della legge sulla giurisdizione. Sul significato di questa formula si sono confrontati autorevoli studiosi, i cui lavori, per quanto risalenti, rimangono riferimenti imprescindibili per comprendere le dinamiche di questo rapporto, quali sono le evoluzioni che ha subito nel tempo, a causa della trasformazione della funzione del giudice nella società contemporanea, e quali sono le ricadute sul principio della separazione dei poteri ⁽²²⁾.

opponendo la radicale inaccessibilità alla giustizia amministrativa da parte dei proprietari espropriandi nelle ipotesi previste e disciplinate dal d.lgs. n. 190 del 2002 tutte le volte in cui l’autorità amministrativa abbia omesso di identificare in sede di pubblicazione degli atti la localizzazione dell’intervento ed i nominativi dei destinatari».

⁽²¹⁾ Il riferimento al giudice amministrativo quale «costruttore» e «coautore» dell’ordine giuridico era già presente in M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, in *Foro it.*, 1978, pt. V, 161 ss., 164.

⁽²²⁾ Sul tema del rapporto tra attività creativa del giudice con il principio della separazione dei poteri, cfr. già D. DONATI, *Il problema delle lacune dell’ordinamento giuridico* (1910), ora in *Id.*, *Scritti di diritto pubblico*, Padova, 1966. Sul principio di separazione dei

Già Nigro notava come il ruolo e la funzione del giudice ordinario e amministrativo si fossero profondamente trasformati negli anni, giacché da meri attuatori della legge e garanti di un ordine di valori preesistente erano diventati, insieme al legislatore, creatori di quell'ordine, ponendosi al centro della società, e non più al suo esterno ⁽²³⁾.

poteri e sulle sue ricadute, cfr. F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 17 ss.; G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 670 ss.; ID., *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, I Tematici, V, Milano, 2023, 1122 ss.; G. GRASSO - R. MANFRELLOTTI, *Poteri e funzioni dello Stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale*, in *Historia constitucional*, 2007, 8, 143 ss.; P. PASQUINO, *La separazione dei poteri. Prologo nel XVIII secolo: da Montesquieu a Madison*, 3 ss.; G. D'AMICO - D. TEGA, *La Costituzione italiana e la separazione dei poteri: le scelte dell'Assemblea costituente tra modelli storici e contesto politico*, 89 ss.; S. SPUNTARELLI, *Il Parlamento amministratore*, 121 ss.; L. CASINI, *Il Governo legislatore*, 149 ss.; N. PALAZZO, *La Corte costituzionale legislatore*, 189 ss.; S. DEL GATTO, *Il principio di separazione dei poteri alla prova degli organi ausiliari. Il ruolo del Consiglio di Stato e della Corte dei conti nell'equilibrio tra poteri*, 219 ss.; G. VOSA - M. CECILI, *La funzione normativa dell'ordine giudiziario*, 255 ss.; L. SALTARI, *I giudici amministratori*, 293 ss.; F. CORTESE, *Le Regioni co-legislatori e co-amministratori: ambizioni originarie, oscillazioni attuative, potenziali traguardi*, 335 ss.; G. REPETTO, *La tensione essenziale. Governo, amministrazione e separazione dei poteri*, 363 ss.; A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, 393 ss.; R. MORGANTE - G. NAPOLITANO - G. MOCAVINI - G. BUTTARELLI, *Autorità indipendenti e separazione dei poteri: un'analisi empirica delle nomine e dei mandati*, 441 ss.; tutti pubblicati nel numero monografico della *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2023, 1, da ultimo, M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, sulla quale si vedano le recensioni di A. CASSATELLA, *Separazione dei poteri, ruolo della scienza giuridica, significato del diritto amministrativo e del suo giudice. Osservazioni a margine di "Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri" di Massimo Luciani*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, 1, 235 ss., e di C. PINELLI - MASSIMO LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, in *Diritto pubblico*, 2024, 2, 453 ss..

⁽²³⁾ M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, cit., 161. Con riguardo al giudice ordinario, l'A. avvertiva come il mutamento del suo ruolo era stato reso plasticamente nella dottrina civilistica, prima ancora che dalla più che nota formula della «risoluzione della giurisdizione in giustizia», dal passaggio, che segna la fine di un'epoca, dalla definizione di processo come strumento di attuazione della volontà concreta della legge (G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I. *I concetti fondamentali. La dottrina delle azioni*, Napoli 1933, 32 ss.) a quella di processo come strumento di composizione di una lite, la quale non è altro che un conflitto di interessi qualificato dalla resistenza alla pretesa (F. CARNELUTTI, *Studi di diritto processuale*, Milano, 1925, 172). Si veda anche M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 1371 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1996, 1069 ss.

Questa trasformazione toccava tre diversi ambiti: l'individuazione della regola del giudizio, l'oggetto del giudizio e la pronuncia del giudice.

Con il declino del positivismo giuridico, il giudice diveniva "costruttore" della regola da applicare al caso concreto, in conseguenza dell'interpretazione e integrazione dei precetti normativi.

Questo processo di creazione avveniva nell'ambito di un giudizio che, sempre più spesso, derivava da istanze di tutela di diritti e di interessi collegati ad esigenze di vasta dimensione sociale (ad esempio, di assistenza, di tutela della salute collettiva prima che individuale, di protezione dell'ambiente e del consumatore, di utilizzazione delle conquiste della scienza e, insieme, di contenimento dei suoi pericoli, ecc.). Anche la pronuncia del giudice risentiva profondamente di questa trasformazione: se, infatti, nel giudizio ordinario, la tutela costitutiva perdeva il carattere di eccezionalità, affiancandosi alla sentenza di condanna, al contrario, nel giudizio amministrativo, all'azione di annullamento si aggiungevano ulteriori forme di tutela delle situazioni sostanziali.

La descritta "costruzione" giudiziale del diritto rimanda alla figura del "giudice Ercole" teorizzato da Dworkin, ossia ad un giudice ideale dotato dello straordinario potere di accedere a tutte le informazioni, conoscere ogni cosa riguardante il diritto, le leggi, i precedenti giurisprudenziali e interpretarli alla luce di principi giuridici e valutazioni etiche che egli riesce a ridurre a giudizi oggettivamente validi ⁽²⁴⁾.

Per comprendere come avviene il processo di "costruzione" giudiziale della regola e quali sono le sue conseguenze, bisogna partire dai caratteri dello Stato costituzionale contemporaneo. Zagrebelsky li individua, emblematicamente, nel trittico composto da separazione tra legge, come regola posta dal legislatore; diritti umani, come pretese soggettive assolute, valide di per sé, indi-

⁽²⁴⁾ R. DWORKIN, *Justice in Robes* (2006), trad. it., a cura di S.F. Magni, *La giustizia in toga*, Roma-Bari, 2006. Per un'analisi dei contenuti epistemologici della teoria del "giudice Ercole" nell'ambito dell'interpretazione giuridica, cfr. R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, 2^a ed., Milano, 2014, 17 ss.

pendentemente dalla legge; giustizia, come insieme di principi materiali, determinati attraverso norme costituzionali e perseguiti dai pubblici poteri, che contrastano la forza disaggregante dei diritti di libertà individuali e, attraverso l'integrazione economica e sociale, promuovono un ordine generale giusto ⁽²⁵⁾.

Entrambe le separazioni dalla legge — dei diritti e della giustizia — hanno inciso profondamente sulla struttura del diritto, che risulta ora composto sia da regole che da principi. Le regole, ancorché scritte nella Costituzione, sono leggi rinforzate dalla loro forma speciale; esauriscono in se stesse la loro portata, nel senso che non hanno alcuna forza costitutiva di qualcosa ⁽²⁶⁾. I principi, invece, svolgono un ruolo propriamente costituzionale, ossia “costitutivo” dell'ordine giuridico ⁽²⁷⁾.

In questa chiave di lettura, solo le regole potrebbero essere oggetto dell'interpretazione giuridica. Esse prescrivono criteri di azione, indicando come si deve o non si deve agire in determinate e specifiche situazioni dalle stesse previste, e dunque imponendo di stabilire con precisione i precetti contenuti negli enunciati normativi ⁽²⁸⁾. Al contrario, i principi sono espressione di valori cui l'ordinamento aderisce, non hanno un significato determinabile in astratto e non sono suscettibili di interpretazione. La funzione dei principi è di fornire criteri per prendere posizione rispetto a situazioni non determinabili in astratto, quando esse si verificano nel concreto ⁽²⁹⁾.

⁽²⁵⁾ Così, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, spec. 57 ss. e 123 ss. Sui caratteri dello Stato costituzionale contemporaneo e sulle implicazioni teoriche derivanti dalla sua diffusione, dapprima nel continente europeo, poi gradualmente su scala mondiale, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989; ID., *Il diritto come sistema di garanzie*, in *Ragion pratica*, I, 1993, 143 ss.; G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, 2017; F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Creación judicial del derecho: crítica de un paradigma* (2006), trad. it. a cura di M. Zezza, *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*, Torino, 2020.

⁽²⁶⁾ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 148.

⁽²⁷⁾ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, *ibidem*.

⁽²⁸⁾ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 149.

⁽²⁹⁾ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, *ibidem*.

Al giudice spetterebbe allora la funzione di ricomporre ad unità la separazione tra legge, diritti e giustizia, e tra regole e principi. Il processo interpretativo ha inizio con la ricerca della norma adeguata al caso e all'ordinamento. Il caso dà impulso e direzione all'interprete, che si rivolge al diritto per interrogarlo e avere una risposta. Si tratta di un processo circolare che si conclude nel momento in cui le esigenze del caso e le pretese delle regole giuridiche combaciano.

Il quadro delineato si applica, con minime variazioni, al processo amministrativo. La funzione del processo quale strumento per assicurare tutela alle situazioni soggettive dei privati e la struttura del sindacato di legittimità in termini di «controllo parametrico dell'azione amministrativa» condizionano fatalmente l'esercizio della giurisdizione e il suo rapporto con la legge⁽³⁰⁾.

Il giudice deve, innanzitutto, ricercare nell'ordinamento i parametri normativi in base ai quali verificare la legittimità della singola decisione amministrativa. Il sistema normativo non si compone, però, di sole leggi, ma anche di principi generali, cui egli fa ricorso sia per integrare le lacune, conformemente all'art. 12 delle preleggi, sia per sopperire all'ambiguità o vaghezza di alcune disposizioni⁽³¹⁾.

(30) Sulla configurazione del sindacato di legittimità quale «controllo parametrico dell'azione amministrativa», che implica «la necessità di stabilire la conformità o difformità della singola decisione amministrativa rispetto a regole di condotta logicamente e temporalmente preesistenti alla sua formazione, e tali, dunque, da porsi *ex ante* come parametro di riferimento per l'attività dei singoli funzionari», A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, cit., 661-662.

(31) Sempre più spesso, infatti, al giudice amministrativo è richiesta un'attività di integrazione di precetti normativi vaghi, senza per questo comportare una (illegittima) invasione nella sfera riservata al legislatore; così A. CASSATELLA, *Il giudice amministrativo quale "inventore" del diritto*, in M. SAVINO, D. VITIELLO (a cura di), *Asilo e immigrazione tra tentativi di riforma e supplenza dei giudici: un bilancio*, Atti del V Convegno dell'Accademia di Diritto e Migrazioni (ADiM), 17 e 18 novembre 2022, Napoli, 2023, 225 ss., spec. 229 ss. La stessa Cassazione, peraltro, ha ritenuto legittima l'attività interpretativa del giudice amministrativo volta ad integrare le lacune (cfr., tra le tante, Cass., Sez. Un., 7 luglio 2021, n. 19244, che aveva rigettato il ricorso proposto contro una sentenza del Consiglio di Stato, che, ritenendo implicitamente abrogata la disciplina legislativa in materia di elezioni del Parlamento europeo, aveva "riempito la lacuna" rinviando a quella riguardante le elezioni della Camera dei deputati).

L'attività di integrazione del diritto coinvolge l'esercizio di una libertà interpretativa che, se contenuta entro certi limiti, contribuisce allo sviluppo dell'ordinamento. Va infatti considerato che molti istituti del diritto amministrativo sono frutto dell'attività pretoria e solo in seguito "consolidati" dal legislatore⁽³²⁾. La sua matrice giurisprudenziale è, da sempre, considerata un importante fattore di innovazione, idoneo a garantire la flessibilità e finanche la stabilità del sistema di tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti dell'amministrazione.

L'attitudine creativa della giurisprudenza amministrativa viene ormai presentata come dato incontestabile; sicché, negli ultimi anni, lo sforzo degli studiosi si è concentrato sulla critica delle sue derive patologiche, più che sulla negazione della sua ammissibilità⁽³³⁾.

Attraverso i principi generali il giudice amministrativo ha costruito, negli anni, un sistema di garanzie del privato nei confronti dell'autorità amministrativa, proteggendolo dall'uso arbitrario del potere. Pressoché scontati i richiami al principio di proporzionalità, divenuto criterio — non scritto — di esercizio dell'azione amministrativa solo dopo che il giudice amministrativo ha iniziato ad annullare i provvedimenti che imponevano ai destinatari sacrifici eccessivi⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in G. PASQUINI - A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 1 ss.; Id., *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 413 ss.; conformemente, cfr. R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, 651 ss.

⁽³³⁾ P.L. PORTALURI, *La cambiale di Fortshoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021; F. SAITTA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023.

⁽³⁴⁾ Sul principio di proporzionalità nel diritto amministrativo cfr. almeno A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa: ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e analisi sistematica*, Torino, 2011; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità: profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012; S. DE NITTO,

I principi generali perfezionano quell'operazione di adattamento "sartoriale" della regola alla fattispecie concreta, consentendo al giudice di integrare i precetti normativi e, in alcuni casi, di mitigarne la rigidità, alla ricerca di un "diritto giusto" che aumenti la fiducia dei consociati nelle istituzioni. Attraverso un'applicazione combinata di regole e principi, il giudice ricompone la relazione tra individui e autorità pubbliche, spezzata a causa del cattivo esercizio del potere, e dunque la separazione tra legge, diritti e giustizia.

Preme osservare come questa attività si svolga talvolta mediante un bilanciamento di interessi che ha dei significativi tratti in comune con quello effettuato dal legislatore o dall'amministrazione nell'esercizio di un potere discrezionale. Ad esso occorre dedicare una particolare attenzione.

5. Il bilanciamento come aspetto caratteristico della "normazione giudiziaria".

Il bilanciamento di interessi è un'operazione tipica di un sistema in cui diritti e interessi in conflitto non hanno un ordine gerarchico ⁽³⁵⁾. Si può discutere se sia interpretazione o rappresenti

La proporzionalità nel diritto amministrativo, Torino, 2023.

⁽³⁵⁾ Il bilanciamento è una tecnica di composizione di diritti o interessi in conflitto di rango costituzionale affidato agli organi della giustizia costituzionale, che per tale ragione appare strettamente connesso al tema della garanzia giurisdizionale della Costituzione (A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir., Ann.*, tomo II, 2008, 185 ss., spec. 185). Se la legge esprime un bilanciamento nella misura in cui è frutto di un compromesso politico-parlamentare, attraverso il controllo di costituzionalità quel bilanciamento «può essere doppiato e, quindi, rivisto dai tribunali costituzionali per finalità di garanzia della Costituzione» (A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, cit., 186). La tecnica in questione consente alla Corte costituzionale di sindacare la "ragionevolezza" della disciplina legislativa, esercitando un controllo che si articola nelle tre fasi della necessità, sufficienza e proporzionalità. La decisione sul bilanciamento svolto dal legislatore non è qualificabile in termini di decisione di composizione del conflitto secondo una soluzione di equilibrio, ma di determinazione di un ordine di priorità assiologica e mobile tra i diritti o interessi in conflitto (R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 230). Il contenuto di tale determinazione costituisce la "regola del conflitto", ossia la disciplina dei presupposti e delle condizioni che rendono possibile, in termini di legittimità costituzionale, la relazione di precedenza posta tra beni confliggenti.

qualcosa di diverso. Non è certamente questa la sede per prendere posizione sui profili teorico-generalisti del problema, mentre preme chiarire come il bilanciamento operi nell'ambito del sindacato giurisdizionale, ossia in un'attività che — a differenza di quella compiuta dal legislatore o dall'amministrazione che bilanciano interessi — interviene quando una decisione è stata già assunta, ed una prima comparazione e graduazione di interessi sono già state svolte ⁽³⁶⁾.

Da questa prospettiva il bilanciamento compiuto dal giudice è operazione interna al giudizio di ragionevolezza, inteso a propria volta come «un giudizio di merito che riguarda il contenuto delle scelte politico-legislative» ⁽³⁷⁾.

Di questa tecnica di sindacato può normalmente avvalersi solo la Corte costituzionale, in quanto titolare del compito adeguare costantemente e progressivamente l'ordinamento nel suo complesso alle norme costituzionali; un compito che implica l'esercizio di un'attività che «va oltre la mera applicazione di un parametro normativo, che è in larga misura politica perché tiene conto di considerazioni di natura non esclusivamente giuridica» ⁽³⁸⁾. Non appartiene agli strumenti interpretativi a disposizione

⁽³⁶⁾ Già secondo R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, cit., 103, «[c]hiedersi se il giudizio di ragionevolezza o il bilanciamento degli interessi sia o meno parte dell'interpretazione giuridica non è una domanda sensata».

⁽³⁷⁾ Ancora A. MORRONE, *op. cit.*, 199; più diffusamente, Id., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 437 ss., per il quale l'essenza del bilanciamento priva di significato il divieto di «ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento», contenuto nell'art. 28 l. 11 marzo 1953, n. 87, che, del resto, è solo retoricamente evocato nelle premesse di quasi ogni decisione della Corte costituzionale riguardante il ragionevole bilanciamento di interessi. Sulla funzione di supplenza della Corte costituzionale, nella quale si riflette il suo ruolo di custode della ragionevolezza, cfr. E. CHELI, *Stato costituzionale e ragionevolezza*, Napoli, 2011, nonché, più risalente, Id., *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1999.

⁽³⁸⁾ R. MANFRELOTTI, *Giustizia della funzione normativa e sindacato diffuso di legittimità*, Napoli, 2008, 268, cui si rinvia per un'analitica disamina del contenuto e della natura del sindacato di costituzionalità nell'ordinamento costituzionale vigente. Più di recente, Id., *La problematica della causa dell'atto nella dottrina della funzione pubblica*, Napoli, 2023, spec. 182, che assimila il sindacato di ragionevolezza della Corte costitu-

dei giudici comuni, «ai quali è consentito soltanto “filtrare” queste esigenze tramite il meccanismo dell’incidente di costituzionalità, in modo da consentire poi alla Corte costituzionale di effettuare il bilanciamento» (39).

Nella pratica, operazioni di bilanciamento sono tuttavia compiute anche dal giudice amministrativo. Si pensi ai casi in cui deve farsi carico delle conseguenze economiche e sociali delle pronunce di annullamento o interpretative. Il giudice mitiga le conseguenze pregiudizievoli che potrebbero derivare da un annullamento retroattivo dell’atto impugnato o da un’interpretazione normativa diversa da quella seguita sino a quel momento, quando dall’annullamento il ricorrente non conseguirebbe l’utilità cui aspira o il mutamento di interpretazione pregiudicherebbe situazioni giuridiche ormai consolidate (40).

zionale alla categoria dell’eccesso di potere legislativo, sul presupposto che «ogni qual volta vi è deviazione, nell’esercizio concreto della discrezionalità, dallo scopo della funzione legislativa, vi è un vizio della causa dell’atto».

Sui rapporti tra giudice costituzionale e legislatore, si vedano anche l’editoriale di G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*, I ss., spec. XI, e i contributi di M. RUOTOLO, *Oltre le ‘rime obbligate’?*, 54 ss., D. TEGA, *La Corte costituzionale alla ricerca di legittimazione*, 64 ss., N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, 86 ss., S. STAIANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, 100 ss., T. GROPPI, *Il ri-accentramento nell’epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, 128 ss., B. RANDAZZO, *Il ‘riaccentramento’ del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*, 144 ss., G. PITRUZZELLA, *L’interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nell’interpretazione della legge*, 161 ss., tutti pubblicati in *Federalismi.it*, 2021, 3, che raccoglie gli atti del Convegno webinar ‘Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni’, organizzato il 13 novembre 2020 dall’Università degli Studi di Roma La Sapienza.

(39) E. LAMARQUE, *Le due sentenze dell’Adunanza plenaria... le gemelle di Shining?*, in *Dir e soc.*, 2021, 3, 476.

(40) Definito dalla dottrina uno strumento di «ingegneria processuale» (E. FOLLIERI, *L’ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, 438 ss.), il potere di modulare gli effetti delle proprie decisioni è stato riconosciuto per la prima volta dalla VI sezione del Consiglio di Stato nella sentenza 10 maggio 2011, n. 2755, avente ad oggetto l’annullamento di un piano faunistico per difetto di preventiva valutazione ambientale strategica (VAS). In quella occasione, si affermò che, a fronte delle caratteristiche dell’interesse ad agire dell’associazione ambientalista ricorrente, oltre che delle pecu-

Nel caso della sentenza costitutiva, il giudice bilancia gli effetti retroattivi della pronuncia, connaturati alla tutela costitutiva, con l'utilità conseguibile dal ricorrente e i danni che potrebbero derivare all'interesse pubblico tutelato dall'atto impugnato. Nel caso, invece, delle sentenze interpretative, oggetto del bilanciamento è l'impatto del mutamento interpretativo sulle situazioni ormai consolidatesi nel tempo, protette dal principio di certezza del diritto ⁽⁴¹⁾.

liarità della fattispecie, l'illegittimità del piano faunistico non potesse comportare la sua integrale caducazione, giacché il vuoto regolativo che sarebbe derivato da essa avrebbe rischiato di compromettere la tutela degli interessi diffusi e pubblici rilevanti nella fattispecie. Ne era derivata una limitazione degli effetti della sentenza alla sola efficacia conformativa del giudicato, che, nel caso di specie, comportava l'obbligo di adottare un nuovo piano faunistico preceduto dalla VAS illegittimamente omessa. Per un commento alla sentenza, si rinvia a C.E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, 280 ss.; A. GIUSTI, *La "nuova" sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, 293 ss.; A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, in *Urb. e app.*, 2011, 927 ss. Le critiche all'uso di questa tecnica si sono polarizzate, essenzialmente, intorno a tre argomenti: l'interesse pubblico deve restare fuori dalle valutazioni del giudice amministrativo; deve essere rispettato il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato; deve essere osservato il contenuto "tipico", costituzionalmente garantito, dell'azione di annullamento. Oltre agli autori già citati, cfr. R. VILLATA, *Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1516 ss.; F.G. SCOCCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 989 ss.; L. BERTONAZZI, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, 1128 ss.; R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1273 ss.; M. MACCHIA, *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 12, 1310 ss.; C. FELIZIANI, *Oltre le colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 2, 427 ss.; M. FORNACIARI, *Ultimissime dal Consiglio di Stato: l'annullamento... che non annulla!*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1662 ss.

⁽⁴¹⁾ Sulla configurazione di un generale potere di modulazione temporale degli effetti delle decisioni (di annullamento o interpretative) del giudice amministrativo, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 22 dicembre 2017, n. 13, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 1133 ss., con commento di A. CASSATELLA, *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un'innovazione necessaria? Nota a Cons. Stato, ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13*; in *Riv. giur. ed.*, 2018, 4, 1022 ss., con note di F. APERIO BELLA, *La tutela del paesaggio "piega" le regole procedurali. Riflessioni a margine dell'Adunanza Plenaria n. 13/2017*, e C. PAGLIAROLI, *L'Adunanza plenaria interviene*

Ancor più di recente, operazioni di bilanciamento sono state compiute durante l'emergenza Covid-19 per valutare la legittimità degli atti con cui alcune Aziende Sanitarie Locali avevano dato attuazione all'obbligo vaccinale imposto dalla legge a medici e infermieri ⁽⁴²⁾.

L'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 aveva previsto un procedimento per accertare l'esistenza delle condizioni e portare ad esecuzione l'obbligo vaccinale di competenza delle ASL, che si concludeva con l'emanazione di atti a contenuto vincolato. Pertanto, i ricorrenti chiedevano al giudice amministrativo di sollevare l'incidente di costituzionalità contro l'art. 4 citato per contrasto con l'art. 32 Cost., giacché la procedura di autorizzazione "condizionata" del vaccino contro il virus Sars-CoV-2 non consentiva di garantirne la sicurezza e l'efficacia richiesta per imporre un trattamento sanitario obbligatorio.

Il Consiglio di Stato non ravvisava gli estremi per sollevare l'incidente di costituzionalità, concludendo per la conformità alla Costituzione della norma contestata. Nella motivazione, ampia e articolata, si leggeva: «in fase emergenziale, di fronte al bisogno pressante di tutelare la salute pubblica contro il dilagare del contagio, il principio di precauzione, che trova applicazione anche in ambito sanitario, opera in modo inverso rispetto all'ordinario e, per così dire, controintuitivo, perché richiede al decisore pubbli-

sull'efficacia delle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico in funzione nomopoietica. Sul principio di certezza del diritto, cfr. almeno M. CORSALE, Certezza del diritto e crisi di legittimità, Milano, 1979; A. PIZZORUSSO, Certezza del diritto, in Enc. giur., vol. VI, Roma, 1988; G. GOMETZ, La certezza giuridica come prevedibilità, Torino, 2002; G. ALPA, La certezza del diritto nell'età dell'incertezza, Napoli, 2006; C. CARIA, Certezza del diritto e prevedibilità. Una riflessione sul tema, in Dirittoestoria.it, 2016, 14; L. LONGHI, Certezza del diritto e diritto vivente, in Federalismi.it, 2018, 5; N. BOBBIO, La certezza del diritto è un mito?, in Riv. int. dir., 1951, 146 ss.; G. TAGLIANETTI, Il processo amministrativo tra giustizia e certezza. Le regole dell'equilibrio tra l'effettività della tutela giurisdizionale e la stabilità delle decisioni pubbliche, Milano, 2023, spec. 115 ss.

⁽⁴²⁾ Cons. Stato, 20 ottobre 2021, n. 7045, in *Giustiziainsieme.it*, con osservazioni di S. CAGGEGI, *Premesse alla lettura della sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2021 n. 7045 sull'obbligo vaccinale*, e di F. GAMBARDELLA, *Obbligo di vaccinazione e principi di precauzione e solidarietà. Nota a Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045*.

co di consentire o, addirittura, imporre l'utilizzo di terapie che, pur sulla base di dati non completi (come è nella procedura di autorizzazione condizionata), assicurino più benefici che rischi, in quanto il potenziale rischio di un evento avverso per il singolo individuo, con l'utilizzo di quel farmaco, è di gran lunga inferiore del reale nocimento per una intera società senza l'utilizzo di quel farmaco»⁽⁴³⁾. In realtà, più che un'applicazione "controintuitiva" del principio di precauzione, il giudice amministrativo ha "mitigato" la rigidità del parametro precauzionale, che guida le decisioni del legislatore e dell'amministrazione in presenza di incertezza scientifica, con il principio costituzionale di solidarietà, che, all'esito di una comparazione, consente di giustificare le scelte — legislative, amministrative e giudiziarie — che accollano al singolo il peso di un sacrificio in vista del bene generale da raggiungere.

L'art. 4 citato esprimeva, infatti, una precisa scelta valoriale del legislatore che, all'esito del bilanciamento tra libertà di autodeterminazione, consenso informato, diritto alla salute del singolo e tutela della salute della collettività, aveva ritenuto prevalente quest'ultima nel contesto pandemico. Grazie al principio di solidarietà usato come "correttivo", il giudice amministrativo ha evitato di sollevare l'incidente di costituzionalità, concludendo per la legittimità costituzionale di una scelta legislativa che, in un contesto emergenziale, ha ritenuto prevalente la tutela della salute collettiva rispetto a quella individuale.

Sempre durante il periodo pandemico il giudice amministrativo ha compiuto un'operazione di bilanciamento ancora più "spinta" rispetto a quella precedente per consentire l'impugnazione dei decreti cautelari monocratici, nonostante l'art. 56, comma 2, c.p.a. ne escluda espressamente l'appellabilità.

Come è noto, il decreto cautelare monocratico può essere richiesto quando ragioni di estrema gravità e urgenza non consentono al ricorrente di attendere la fissazione della camera di

⁽⁴³⁾ Cons. Stato, 20 ottobre 2021, n. 7045, par. 30.7 del considerato in diritto.

consiglio. In questi casi, la disposizione prevede la possibilità di derogare al principio di collegialità e di chiedere al Presidente del T.A.R. competente l'adozione di misure cautelari provvisorie prima della trattazione della domanda cautelare da parte del collegio. Tale decreto ha una funzione «strettamente interinale» e produce effetti fino alla camera di consiglio, «che costituisce la giusta sede per l'esame della domanda cautelare» (44).

Ancor prima della pandemia, alcuni orientamenti del Consiglio di Stato avevano ammesso l'impugnazione del decreto monocratico per tutelare una situazione di fatto del ricorrente che, altrimenti, sarebbe diventata irreversibile a causa del tempo intercorrente tra la data di emanazione del decreto appellato e la data fissata per l'esame della domanda cautelare (45). Ma è solo durante l'emergenza Covid-19 che si è assistito ad una proliferazione di pronunce che consentivano l'impugnazione di decreti monocratici resi sulle ordinanze contingibili e urgenti delle Regioni. In quell'occasione, si è chiarito che l'appello è ammissibile solo quando essi comportano la perdita definitiva e irreversibile del bene della vita, che corrisponde a un diritto costituzionalmente tutelato dell'interessato (46). Si tratta dei casi in cui il decreto è

(44) Così Cons. Stato, 19 luglio 2017, n. 3015.

(45) Cons. Stato, 7 dicembre 2018, n. 5971; 11 dicembre 2014, n. 5650. In dottrina, M. ALLENA, *Articolo 56*, in G. FALCON - F. CORTESE - B. MARCHETTI (dir. da), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, cit., 568 ss., 572. A. DE SIANO, *Tutela cautelare monocratica e doppio grado di giudizio*, in *Federalismi.it*, 2020, 1, 60 ss.

(46) Cons. Stato, 30 marzo 2020, n. 1553. Il caso di specie riguardava la richiesta di sospensione cautelare della quarantena obbligatoria con sorveglianza sanitaria e isolamento presso la propria residenza presentata da un bracciante agricolo che si era allontanato dalla propria abitazione per andare a lavorare nei campi. Pur riconoscendo in questi casi l'appellabilità del decreto monocratico, il Consiglio di Stato aveva, tuttavia, rigettato la domanda sul presupposto che il danno individuale lamentato dal ricorrente non potesse derogare, limitare o comprimere l'interesse nazionale al contenimento del contagio. In senso conforme, Cons. Stato, 31 marzo 2020, n. 1611; 23 aprile 2020, n. 2129, ove si è precisato che l'appello avverso il decreto monocratico è ammesso solo se sia dimostrato il pericolo concreto di una perdita irreversibile di un bene della vita, tutelato da norme costituzionali. Presupposto che, tuttavia, non era stato ravvisato nel caso di specie. Per un'analisi delle pronunce emanate durante la pandemia, cfr. I. GENUESI, *Sull'appellabilità del decreto cautelare monocratico: tra esigenze di tutela conseguenti alla pandemia e orientamenti giurisprudenziali contrastanti*, in *Giustiziansieme.it*, 20 aprile 2021.

qualificabile solo formalmente come tale, ma nella sostanza presenta un contenuto decisorio ⁽⁴⁷⁾; ad esempio, quando la camera di consiglio per l'esame della domanda cautelare sia fissata talmente in là nel tempo rispetto alla data di emanazione del decreto monocratico, da privare di qualsiasi utilità la successiva pronuncia collegiale con incidenza sul merito del giudizio, determinando un pregiudizio irreversibile, al massimo riparabile con la sola tutela risarcitoria ⁽⁴⁸⁾.

Per ammettere l'impugnazione del decreto monocratico, il giudice amministrativo ha compiuto un'operazione di bilanciamento, entrando nel merito delle scelte valoriali espresse dalle norme processuali. Non si è trattato, infatti, di colmare una lacuna, di integrare una disposizione vaga o di praticare un'interpretazione costituzionalmente orientata, ma di definire diversamente la gerarchia di valori alla base della disposizione che esclude espressamente l'impugnazione del decreto monocratico ⁽⁴⁹⁾.

Generalizzando la questione, si può concludere che il giudice amministrativo ricorre alla tecnica del bilanciamento quando un'applicazione troppo rigida della regola al caso concreto può comportare una lesione a uno o più beni fondamentali protetti dalla Costituzione, dai Trattati europei o dalle Carte dei diritti. In questi casi, egli dovrebbe limitarsi a praticare interpretazioni con-

⁽⁴⁷⁾ Cons. Stato, 27 aprile 2020, n. 2294; 3 marzo 2021, n. 1031; 11 gennaio 2021, n. 18; 15 febbraio 2021, n. 749.

⁽⁴⁸⁾ Cons. Giust. amm. Sic., 25 gennaio 2021, n. 61, che però esclude l'impugnazione del decreto monocratico per ragioni testuali, oltre che sistematiche, giacché l'appello non risulta previsto né configurabile in via distinta e autonoma ai sensi dell'art. 56, comma 2, c.p.a. e gli artt. 62 e 100 c.p.a. consentono l'appello unicamente nei confronti di sentenze e ordinanze, senza menzionare i decreti. In senso conforme, più di recente, Cons. Giust. amm. Sic., 20 marzo 2021, n. 199; Cons. Stato, 29 aprile 2022, n. 1962; 4 luglio 2022, n. 3114; Cons. giust. amm. Sic., 18 dicembre 2023, n. 414. Conformemente, in dottrina, E. FOLLIERI, *Le novità del codice del processo amministrativo sulle misure cautelari*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 3, 743; M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 4, 1159.

⁽⁴⁹⁾ Emblematico Cons. Giust. amm. Sic., 18 dicembre 2023, n. 414, secondo cui «attesa la chiarezza del dato normativo, non sono possibili interpretazioni che consentano, sia pure in casi eccezionali, l'appellabilità del decreto cautelare, potendo solo sollevarsi la questione di legittimità costituzionale della norma dinanzi alla Corte costituzionale».

formi alla Costituzione o, quantomeno, ricorrere a orientamenti consolidati della Corte costituzionale per definire la gerarchia dei valori e, ove non sia possibile, sollevare la questione di legittimità costituzionale. Se ciò non accade, ossia se il giudice “usa” il caso e, per risolverlo, entra nel merito delle scelte valoriali compiute in sede politica, ridefinendo l’assetto di interessi al di fuori del circuito rappresentativo e compiendo nella sentenza un bilanciamento che non gli è consentito (e che andrebbe riservato alla legge), la discrezionalità interpretativa si trasforma, inevitabilmente, in illegittima “normazione giudiziaria”.

6. La “normazione giudiziaria” come risultato di un bilanciamento tra interessi nelle sentenze “gemelle” dell’adunanza plenaria sulle concessioni demaniali marittime.

Un caso recente di “normazione giudiziaria” nei termini che si sono appena descritti è rappresentato dalle pronunce n. 17 e 18 del 2021 rese dall’adunanza plenaria del Consiglio di Stato sulla questione della proroga delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁵⁰⁾ In *Foro it.*, 2022, 3, 152 ss., con nota di A. TRAVI. Tra i numerosi commenti alle pronunce, si vedano almeno A.M. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria*, 331 ss.; F. FERRARO, *Diritto dell’Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell’Adunanza Plenaria?*, 359 ss.; G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, 385 ss.; M. GOLA, *Il Consiglio di Stato, l’Europa e le “concessioni balneari”: si chiude una – annosa – vicenda o resta ancora aperta?*, 401 ss.; R. DIPACE, *L’incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l’erosione della categoria*, 419 ss.; M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e acquisizione al patrimonio dello Stato delle opere non amovibili: una riforma necessaria*, 441 ss.; E. LAMARQUE, *Le due sentenze dell’Adunanza plenaria... le gemelle di Shining?*, cit., 473 ss.; R. ROLLI - D. SAMMARRO, *L’obbligo di “disapplicazione” alla luce delle sentenze n. 17 e n. 18 del 2021 del Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria)*, 489 ss.; E. ZAMPETTI, *La proroga delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa tra libertà d’iniziativa economica e concorrenza. Osservazioni a margine delle recenti decisioni dell’Adunanza Plenaria*, 507 ss.; G. IACOVONE, *Concessioni demaniali marittime tra concorrenza e valorizzazione*, 529 ss.; M. RAGUSA, *Demanio marittimo e concessione: quali novità dalle pronunce del novembre 2021?*, 545 ss.; P. OTRANTO, *Proroga ex lege delle concessioni balneari e autotutela*, 583 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO - G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime*.

Intervenute nell'ambito di una vicenda complessa che non è possibile ricostruire in questa sede ⁽⁵¹⁾, le sentenze hanno ribadito che il diritto europeo è sovraordinato rispetto a quello nazionale e che la direttiva 2006/123/CE è dotata di effetto diretto, stabilendo conseguentemente l'obbligo per i giudici e le amministrazioni di disapplicare le norme interne che prevedono la proroga *ex lege* delle concessioni già rilasciate fino al 31 dicembre 2033 ⁽⁵²⁾. Tuttavia, a causa del «notevole impatto (anche sociale ed economico) che tale immediata non applicazione può comportare» e «della necessità di assicurare alle amministrazioni un ragionevole lasso di tempo per intraprendere sin d'ora le operazioni funzionali all'indizione di procedure di gara», i giudici decidono di modulare gli effetti temporali della sentenza, differendoli al 31 dicembre 2023.

In altri termini, di regola la legge nazionale sulla proroga del-

Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma, 621 ss., tutti pubblicati in *Diritto e società*, 2021, 3, numero speciale su *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*; M.P. CHITI, "Juger l'administration c'est aussi légiférer? L'Adunanza Plenaria sulle concessioni demaniali marittime", in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 5-6, 869 ss.; A. SQUAZZONI, *Un caso di "normazione giurisprudenziale": l'interpretazione e l'applicazione della legge come risultato di un (diverso) bilanciamento degli interessi in gioco*, in *Riv. reg. merc.*, 2022, 1, 292 ss.; E. LUBRANO, *Le concessioni demaniali marittime ieri, oggi e domani. La tutela dei diritti fondamentali di tutti gli operatori del settore, mediante l'applicazione delle regole sulla concorrenza, secondo i principi del diritto europeo (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18)*, in *Dirittifondamentali.it*, 2022, 1, 157 ss.; A. COSSIRI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si pronuncia sulle concessioni demaniali a scopo turistico-ricreativo. Note a prima lettura*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online*, 2021, 2, 232 ss.

⁽⁵¹⁾ Per la quale, tra i contributi più recenti, si rinvia a D. VITALE, *La vexata quaestio delle concessioni demaniali marittime nella crisi della legalità*, in *Federalismi.it*, 2023, 26, 169 ss.; A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, Macerata, 2022; A. LUCARELLI - B. DE MARIA - M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*, Napoli, 2021; M. TIMO, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Torino, 2020.

⁽⁵²⁾ Si fa riferimento all'art. 1, commi 682 e 683, l. 30 dicembre 2018, n. 145 e all'art. 182, comma 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, che aveva disposto la prosecuzione dei rapporti concessori in essere al momento dell'entrata in vigore della normativa per far fronte alle conseguenze economiche della pandemia Covid-19.

le concessioni demaniali marittime andrebbe disapplicata immediatamente per dare spazio alla direttiva europea dotata di effetti diretti, con conseguente (e altrettanto immediata) decadenza delle concessioni in atto, comprese quelle di cui sono titolari le parti dei giudizi amministrativi in corso. Tuttavia, considerazioni legate a ragioni di giustizia sociale, e comunque estranee al vigente quadro normativo, suggeriscono di rinviare questo effetto a una data futura, che l'adunanza plenaria sceglie di fissare al 31 dicembre 2023.

La plenaria ricorre alla modulazione temporale degli effetti delle sentenze amministrative. Per giustificare tale esito, viene richiamata la sentenza n. 13 del 2017, con cui la stessa plenaria aveva individuato un generale potere di modulazione temporale degli effetti delle decisioni del giudice amministrativo, sia che avessero ad oggetto l'annullamento dell'atto impugnato, sia che dichiarassero un principio di diritto che, a norma dell'art. 99 c.p.a., stabiliva pur sempre i parametri di legittimità dell'azione amministrativa in un periodo anteriore o successivo alla stessa pronuncia della plenaria. Ripercorrendo i passaggi essenziali della motivazione, il potere di graduazione temporale degli effetti delle sentenze amministrative discendeva da un principio di diritto affermato dalla Corte di giustizia UE⁽⁵³⁾, e positivamente riconosciuto dall'art. 264 TFUE⁽⁵⁴⁾. Inoltre, la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale aveva ammesso la possibilità di modulare gli effetti delle proprie pronunce di accoglimento, limitandone la retroattività⁽⁵⁵⁾. Su questo sfondo, si era individuato il tratto

⁽⁵³⁾ Tra le pronunce più significative, cfr. Corte Giust. UE, Sed. Plen., 15 marzo 2005, C-209/03 (*Bidar c. London Borough of Ealing e Secretary of State for Education and Skills*). Per un esame del sistema di tutele vigente nell'ordinamento europeo, si rinvia a B. MARCHETTI, *Il sistema integrato di tutela*, in L. DE LUCIA - B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, 200 ss.

⁽⁵⁴⁾ Il quale dispone che: «Se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Tuttavia la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto impugnato che devono essere considerati definitivi».

⁽⁵⁵⁾ Veniva richiamata la sentenza della Corte costituzionale, 11 febbraio 2015, n. 15, che, dopo aver riconosciuto il principio della natura intrinsecamente retroattiva delle

comune e peculiare delle sentenze dell'adunanza plenaria nell'enunciazione del principio di diritto funzionale alla soluzione di controversie di particolare complessità o di questioni ampiamente dibattute. Da ciò derivava il carattere essenzialmente interpretativo di tali pronunce, che le rendeva assimilabili alle sentenze con cui la Corte di giustizia accoglieva le questioni oggetto di rinvio pregiudiziale.

In sostanza, la retroattività delle sentenze interpretative non derivava dalla necessità di rimuovere gli effetti della lesione causata dal provvedimento illegittimo al ricorrente, bensì dalla natura dichiarativa delle stesse, funzionale ad accertare il significato originario delle disposizioni rilevanti per la soluzione dei casi concreti. Per questa ragione, la deroga alla naturale retroattività delle sentenze interpretative non era supportata dall'esigenza di effettività della tutela, ma dalla necessità di garantire la certezza del diritto rispetto a situazioni consolidate in un momento anteriore al c.d. *prospective overruling* impresso dalla plenaria all'interpretazione di questioni controverse.

sentenze dichiarative dell'incostituzionalità di una legge e accolto la questione di legittimità di una disposizione che introduceva un'addizionale all'imposta sul reddito delle società per talune imprese (c.d. Robin Tax), aveva affermato che l'efficacia della pronuncia di accoglimento decorresse dal giorno successivo alla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, per mitigare l'impatto economico delle restituzioni dei versamenti tributari effettuati in applicazione della legge costituzionalmente illegittima. La Corte aveva precisato il carattere eccezionale della graduazione degli effetti nel tempo della pronuncia di accoglimento, ammessa solo in presenza di due condizioni: *a)* l'impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali che, altrimenti, sarebbero stati compromessi da una decisione di mero accoglimento; *b)* la circostanza che la compressione degli effetti retroattivi fosse limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il temperamento dei valori in gioco. L'uso di questa tecnica non era, tuttavia, "a costo zero": disponendo che la declaratoria di incostituzionalità valesse solo per il futuro, e non già retroattivamente, la Corte aveva escluso, per la prima volta nella storia della giustizia costituzionale italiana, di potere spiegare i propri effetti nello stesso giudizio *a quo*. Su questo profilo, si rinvia alle considerazioni critiche di R. ROMBOLI, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quad. cost.*, 2015, 607 ss., 614, il quale osserva come, in questo modo, la Corte avesse violato gravemente le regole del processo costituzionale e determinato «un totale svuotamento del significato e della *ratio* sottesa alla via incidentale, con conseguente stravolgimento delle finalità ad essa sottese».

La tecnica della graduazione temporale degli effetti delle sentenze interpretative non opera, tuttavia, in tutti i casi in cui vi sia un mutamento di indirizzo giurisprudenziale, ma solo se ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni: *a)* l'obiettiva e rilevante incertezza della portata delle disposizioni da applicare; *b)* l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata; *c)* la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali, o comunque di evitare gravi ripercussioni socio-economiche.

Tralasciando le obiezioni e le riserve che questa soluzione ha generato nella dottrina più autorevole⁽⁵⁶⁾, risulta evidente che il riferimento al potere di modulazione degli effetti delle sentenze interpretative, nell'alveo dei principi enunciati dall'adunanza plenaria n. 13 del 2017, non è assolutamente pertinente per giustificare l'esito cui pervengono le sentenze "gemelle" n. 17 e 18 del 2021. L'ultimo principio di diritto, infatti, enuncia testualmente che «le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023». In questo modo, le pronunce stabiliscono un nuovo termine di efficacia della proroga e differiscono l'applicazione della direttiva europea al 1° gennaio 2024.

L'esito appare illogico per più di una ragione.

Innanzitutto, è del tutto fuori luogo l'applicazione della modulazione temporale degli effetti delle sentenze interpretative a decisioni che nulla hanno di interpretativo, riguardando piuttosto la soluzione di un contrasto tra una direttiva europea dotata di effetto diretto e una legge nazionale adottata in palese violazione di essa. Non si tratta di differire l'applicazione di un indirizzo giurisprudenziale ad una certa data in poi, a tutela dei rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base dell'interpretazione della normativa seguita sino a quel momento, quanto piuttosto di accertare quel contrasto e, in caso positivo, disapplicare la legge nazionale, nel rispetto degli artt. 101, comma 2, e 11 Cost. La na-

⁽⁵⁶⁾ A. CASSATELLA, *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo*, cit., 1148 ss., cui si rinvia per un'accurata disamina delle criticità insite nei fondamenti del percorso seguito e nelle sue implicazioni.

tura decisoria delle pronunce emerge, infatti, dalla loro idoneità ad incidere, anche sotto il profilo sostanziale, (quantomeno) sulle posizioni delle parti in causa ⁽⁵⁷⁾.

La seconda criticità, strettamente dipendente dalla prima, è che, dopo aver accertato l'esistenza effettiva del contrasto, la plenaria decide di prorogare le concessioni in essere fino al 31 dicembre 2023 e di sospendere l'applicazione della direttiva europea sino a quella data. Il termine di proroga iniziale non era volto a recuperare o perpetuare il regime concorrenziale più volte censurato, ma a consentire il processo di adattamento dell'ordinamento nazionale alle nuove regole di matrice europea ⁽⁵⁸⁾. Il legislatore nazionale aveva, infatti, individuato il termine a seguito di un'operazione di bilanciamento *inter*-valoriale tra l'obbligo dell'ordinamento nazionale di adeguarsi al diritto europeo, l'affidamento dei concessionari uscenti nella stabilità di rapporti costituiti sulla base di una normativa decennale, la stabilità economica in un periodo di crisi, la necessità di organizzare gare pubbliche e di garantire il buon andamento dell'azione amministrativa e, infine, l'esigenza di prevenire pericolosi vuoti normativi ⁽⁵⁹⁾. In sede politico-parlamentare tali interessi sono stati, infatti, graduati secondo un preciso ordine di priorità, che esprime la preferenza del legislatore verso la tutela dell'affidamento dei concessionari e la stabilità economica rispetto agli obblighi di derivazione europea. Riducendo la durata

⁽⁵⁷⁾ In questi termini, A.M. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, cit., 345.

⁽⁵⁸⁾ Come rilevato da D. VITALE, *La vexata quaestio delle concessioni demaniali marittime nella crisi della legalità*, cit., 196.

⁽⁵⁹⁾ A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, cit., 191-192, precisa, a proposito dei conflitti *inter*-valori rilevanti nelle operazioni di bilanciamento eseguite dalla Corte costituzionale, che, di regola, presuppongono diritti o interessi ascrivibili al contenuto di valori costituzionali eterogenei, ma possono declinarsi in diversi modi: ad esempio, conflitti tra situazioni giuridiche soggettive eterogenee; conflitti tra situazioni soggettive e interessi obiettivi dell'ordinamento; conflitti tra beni costituzionali diversi; conflitti tra soggetti e organi nelle controversie intersoggettive o interorganiche, e tra diritti fondamentali o interessi di enti territoriali o di poteri dello Stato, come accade spesso nei giudizi su attribuzioni costituzionali.

della proroga iniziale, la plenaria stabilisce, attraverso un nuovo bilanciamento, un ordine di priorità di quegli interessi diverso da quello deciso dal legislatore, facendo retrocedere gli affidamenti e la stabilità economica a favore dell'obbligo di dare attuazione alla direttiva europea. In sostanza, il giudice amministrativo ha "usato" il caso e, attraverso il ricorso ai principi generali, è entrato nel merito delle scelte valoriali compiute dal legislatore, incorrendo nel vizio di eccesso di potere giurisdizionale. In questo caso, la strada percorribile dalla plenaria sarebbe stata la rimessione alla Corte costituzionale di una questione di costituzionalità, consentendo ad essa di sindacare la discrezionalità del legislatore e modulare gli effetti di una eventuale pronuncia di accoglimento.

7. L'ulteriore *self-restraint* della Cassazione nella sentenza n. 32559 del 2023.

La sentenza n. 18 del 2021 dell'adunanza plenaria è stata impugnata in cassazione per motivi di giurisdizione. Limitatamente a quanto d'interesse in questa sede, nel ricorso veniva denunciato l'eccesso di potere giurisdizionale per diversi profili: innanzitutto, per aver disconosciuto la rilevanza sostanziale e processuale dell'interesse di un'associazione di categoria, il cui intervento era stato dichiarato inammissibile (c.d. difetto assoluto di giurisdizione per arretramento); in secondo luogo, perché la pronuncia conteneva «una vera e propria nuova disciplina delle concessioni balneari e compiendo apprezzamenti politici del tutto estranei allo statuto costituzionale della funzione giurisdizionale» (c.d. difetto assoluto di giurisdizione per invasione o sconfinamento nell'attività del legislatore); da ultimo, poiché ritenendo «sempre e comunque certo l'interesse transfrontaliero per ciascuna concessione», unitamente al «requisito della "scarsità" della risorsa naturale», aveva sconfinato nel merito dell'attività amministrativa (c.d. difetto assoluto di giurisdizione per invasione nell'attività dell'amministrazione).

Con sentenza n. 32559 del 2023, le Sezioni Unite della Cassazione accolgono il ricorso per difetto assoluto di giurisdizione

per arretramento, dichiarando assorbiti gli altri motivi ⁽⁶⁰⁾. In realtà, la prospettazione di tale vizio costituisce la via di accesso al ricorso per cassazione, che era stato proposto da un'associazione di categoria estromessa dal giudizio davanti alla plenaria, senza però l'impugnazione della parte principale. In questo caso, i giudici ribadiscono il proprio orientamento che nega all'interventore adesivo un'autonoma legittimazione ad impugnare «salvo che l'impugnazione sia limitata alle questioni specificamente attinenti alla qualificazione dell'intervento o la condanna alle spese imposte a suo carico» ⁽⁶¹⁾. Tuttavia, lo rivedono nella parte in cui nega l'esistenza, in capo a tale soggetto, di «un interesse concreto ed attuale all'impugnazione di affermazioni pregiudizievoli contenute nella sentenza favorevole, qualora svolte in via incidentale e sprovviste della forza vincolante del giudicato» ⁽⁶²⁾. In questo modo, la Cassazione accoglie il ricorso proposto dall'associazione di categoria per diniego di giurisdizione, riconoscendo l'esistenza di una posizione soggettiva qualificata e idonea a ricevere tutela attraverso il processo e, al contempo, ammette la possibilità di estendere il rimedio del ricorso per motivi di giurisdizione anche alle sentenze interpretative dell'adunanza plenaria, che non sempre hanno contenuto decisorio e sono idonee a divenire giudicato. A quest'ultimo riguardo, sulla base di una lettura combinata dei commi 7 e 8 dell'art. 111 Cost., i giudici concludono che tutte le sentenze sono ricorribili per cassazione, a prescindere dal loro carattere decisorio ⁽⁶³⁾.

Superando alcuni precedenti sul requisito della decisorietà, la

⁽⁶⁰⁾ Cass., Sez. Un., 23 novembre 2023, n. 32559, sulla quale si vedano le osservazioni di A. CASSATELLA, *Gli incerti confini di arretramento di giurisdizione: sabbie mobili?*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 3, 759 ss.; R. TISCINI, *Cass. civ., Sez. un., 23 novembre 2023, n. 32559 e i motivi inerenti alla giurisdizione*, in *Giur. it.*, 2024, 4, 830 ss.

⁽⁶¹⁾ Cass., Sez. Un., 29 novembre 2019, n. 31266; in senso analogo, Cass., 6 febbraio 2018, n. 2818; 8 luglio 2012, n. 16930; Sez. Un., 17 aprile 2012, n. 5992. Nella giurisprudenza amministrativa, cfr. Cons. Stato, 5 giugno 2018, n. 3409; 22 febbraio 2016, n. 724; 13 febbraio 2017, n. 614; 6 agosto 2013, n. 4121.

⁽⁶²⁾ Ancora Cass., Sez. Un., 29 novembre 2019, n. 31266.

⁽⁶³⁾ Aderendo all'orientamento già espresso da Cass., Sez. Un., 25 luglio 2023, n. 22423.

pronuncia compie alcuni passi avanti nel sindacato sull'eccesso di potere giurisdizionale dopo la chiusura della Corte costituzionale. Ciò nonostante, essa rappresenta l'ennesima conferma della ritrosia della Cassazione a sindacare lo sconfinamento ai danni del legislatore. Se si aderisce alla tesi prospettata, che vede nell'uso dei principi generali e nell'aderenza al caso i confini dei bilanciamenti consentiti al giudice amministrativo, e quindi della discrezionalità interpretativa, non si può non criticare l'atteggiamento di eccessiva cautela mantenuto dai giudici nel cassare la sentenza della plenaria per un motivo diverso rispetto allo sconfinamento. Così come non si può rimanere perplessi di fronte all'ulteriore occasione mancata per allargare le maglie del sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato, rimanendo però nel perimetro tracciato dall'art. 111, comma 8, Cost.

9. Conclusioni.

Prima di concludere lo studio, è opportuno ricapitolare i principali passaggi argomentativi utili a formulare alcune riflessioni finali.

Si sono prese le mosse da un'ordinanza della Cassazione che aveva dichiarato inammissibile un ricorso proposto per motivi di giurisdizione, ritenendo insussistente l'eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato ai danni del legislatore; si è preso atto della ritrosia della Cassazione a sindacare tale vizio e, in particolare, a individuare il confine tra discrezionalità interpretativa e "normazione giudiziaria"; si è visto che, nelle pronunce di rigetto e di inammissibilità, tale reticenza sia stata giustificata con motivazioni di analogo tenore, essenzialmente accomunate dal carattere naturalmente creativo dell'attività interpretativa del giudice; attraverso l'esame della prassi giurisprudenziale, si è verificato che lo sconfinamento del Consiglio di Stato nell'attività del legislatore non costituisce affatto una figura meramente teorica, ma che si è configurata in più di un caso; proprio a partire da questi casi, si è accertato che la Cassazione, invece di delineare i contenuti e i contorni di questa figura, abbia preferito ricorrere al

vizio di rifiuto di giurisdizione, ampliando le maglie dell'eccesso di potere giurisdizionale attraverso una lettura evolutiva dell'art. 111, comma 8, Cost., poi disattesa dalla Corte costituzionale.

Su queste premesse, si è poi proposta una ricostruzione della figura dello sconfinamento nell'attività legislativa partendo dal rapporto tra giudice e legislatore, che l'art. 101, comma 2, Cost. definisce nei termini di primato della legge sulla giurisdizione, e dal modo in cui questo rapporto si è evoluto nel tempo, a causa della trasformazione della funzione del giudice nella società contemporanea.

Si è visto che, con il superamento del positivismo giuridico, il giudice si è trasformato da mero attuatore della legge a "costruttore" della regola da applicare al caso concreto, in conseguenza dell'interpretazione e integrazione dei precetti normativi. Si è descritto il processo di "costruzione" della regola partendo dai caratteri dello Stato costituzionale, individuati nella separazione tra legge, diritti e giustizia, da un lato, e regole e principi, dall'altro. Si è dimostrato che al giudice spetta ricomporre ad unità questa duplice separazione.

Si è visto anche che, nel processo amministrativo, il giudice deve ricercare nell'ordinamento i parametri normativi in base ai quali verificare la legittimità della singola decisione amministrativa. Sempre più spesso egli deve colmare le lacune oppure integrare precetti normativi ambigui o vaghi attraverso il ricorso ai principi generali. Tali principi perfezionano l'operazione di "costruzione" della regola da applicare al caso concreto, integrandola e mitigandone la rigidità alla ricerca di un "diritto giusto". In questo modo, il giudice ricompone quella separazione tra legge, diritti e giustizia attraverso un'applicazione combinata di regole e principi.

Si è ascritta questa operazione entro la tecnica di bilanciamento di cui il giudice amministrativo si avvale quando una rigida applicazione del parametro normativo al caso concreto può comportare una lesione a uno o più beni fondamentali protetti dalla Costituzione, dai Trattati europei o dalle Carte dei diritti. In

questi casi, il giudice dovrebbe limitarsi a praticare interpretazioni conformi alla Costituzione o, quantomeno, ricorrere a orientamenti consolidati della Corte costituzionale per definire la gerarchia dei valori e, ove non sia possibile, sollevare la questione di legittimità costituzionale. Se ciò non accade, ossia se il giudice “usa” il caso e, per risolverlo, entra nel merito delle scelte valoriali compiute in sede politica, ridefinendo l’assetto di interessi al di fuori del circuito rappresentativo e compiendo nella sentenza un bilanciamento che non gli è consentito (e che andrebbe riservato alla legge), la discrezionalità interpretativa si trasforma, inevitabilmente, in illegittima “normazione giudiziaria”.

Così ricostruita la figura dell’eccesso di potere giurisdizionale ai danni del legislatore, è ora possibile svolgere alcune considerazioni sull’ordinanza della Cassazione dalla quale ha avuto origine lo scritto. La dichiarazione di inammissibilità è un riflesso dell’orientamento restrittivo seguito dalla giurisprudenza a partire dalla sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, che, come si è visto, è intervenuta a circoscrivere la portata dell’art. 111, comma 8, Cost. Ciò non toglie che la Cassazione abbia perso l’ennesima per precisare i contenuti del vizio, soprattutto nell’ambito di una vicenda dove vengono chiaramente in rilievo il contenuto e i confini dell’attività ermeneutica del giudice amministrativo.

Pur attenendo a questioni interpretative, i vizi denunciati rivelano, da un lato, il bisogno di tutela delle situazioni soggettive lese, che i precedenti gradi di giudizio non sono riusciti ad assicurare, dall’altro, i limiti del sindacato della Cassazione, ulteriormente ristretto dall’intervento della Corte costituzionale.

Per quanto riguarda la violazione dell’art. 130, comma 3, lett. c), c.p.a. nella parte in cui la notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell’udienza non era stata perfezionata nei confronti di alcuni consiglieri eletti, è evidente che il Consiglio di Stato non tiene conto dei criteri enunciati dall’art. 12 disp. prel. c.c., che obbligano il giudice a non attribuire al testo normativo altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e della *ratio legis*. Tale norma

esprime una chiara preferenza valoriale per il diritto di elettorato attivo e passivo sancito dagli artt. 48 e 51, comma 1, Cost., che tutela, sul piano processuale, stabilendo che gli interessati, ossia gli eletti, siano tutti posti nella condizione di conoscere eventuali contestazioni degli esiti elettorali. Ciò trova conferma nella scelta del legislatore di inserire l'inciso «alle altre parti che vi hanno interesse» prima della formula classica «e comunque ad almeno un controinteressato», che compare anche nell'art. 41, comma 2, c.p.a., proprio per segnare una distinzione fra le due norme, in ragione della specialità del rito elettorale rispetto a quello ordinario.

Ritenendo sufficiente la notifica ad almeno un controinteressato, il Consiglio di Stato ha finito per interpretare la disposizione alla luce dei principi generali in tema di notifica del ricorso nel rito ordinario, senza tenere conto della specialità del rito elettorale.

Per quanto riguarda, invece, gli errori nella conduzione dell'istruttoria e il travisamento delle risultanze probatorie, è innegabile che si traducano in un diniego di giustizia, considerato che allo stato attuale manca un terzo grado di giudizio nel sistema di giustizia amministrativa.

Il problema di fondo è che un ricorso per Cassazione limitato «ai soli motivi inerenti alla giurisdizione», per il modo in cui si è andato configurando negli anni, non sempre appare idoneo ad assicurare, sul piano della tutela, agli interessi legittimi e ai diritti soggettivi quella pari dignità che la Costituzione attribuisce ad essi sul piano sostanziale.

VIVIANA DI CAPUA

ABSTRACT: L'eccesso di potere giurisdizionale costituisce, ancora oggi, una delle questioni più controverse e dibattute del diritto processuale amministrativo. Oltre all'ambiguità delle formule normative, che certamente ha agevolato la formazione di prassi giurisprudenziali non sempre lineari nell'individuazione delle sue varie manifestazioni, la ragione principale delle incertezze deriva dal rapporto tra Corte di Cassa-

zione e Consiglio di Stato, di cui l'eccesso di potere giurisdizionale appare il riflesso più concreto. Tra le varie manifestazioni di eccesso di potere giurisdizionale che sono state catalogate dalla giurisprudenza della Cassazione, lo sconfinamento del giudice amministrativo nella sfera di attribuzioni riservata al legislatore appare quasi avvolta da un alone di mistero. Qualificata spesso come un'ipotesi quasi surreale, la figura non è mai stata precisata nei contenuti, rivelando una forte ritrosia della Cassazione a stabilire i confini della discrezionalità interpretativa del giudice amministrativo. Partendo da un'ordinanza di inammissibilità di un ricorso per cassazione per sconfinamento del Consiglio di Stato nell'attività del legislatore, l'indagine si propone di verificare se effettivamente si tratti di una figura più mitologica che reale e di stabilire quando la discrezionalità interpretativa celi una (illegittima) "normazione giudiziaria".

ABSTRACT: Excess jurisdictional power constitutes, even today, one of the most controversial and debated issues in administrative procedural law. In addition to the ambiguity of the normative formulas, which has certainly facilitated the formation of jurisprudential practices that are not always linear in the identification of its various manifestations, the main reason for the uncertainties stems from the the nature and dynamics of the relationship between the Supreme Court and the Council of State, of which excess of jurisdictional power appears to be the most concrete reflection. Among the various manifestations of excess of jurisdictional power that have been catalogued by the jurisprudence of the Supreme Court, the encroachment of the administrative judge into the sphere of attributions reserved for the legislature appears almost shrouded in a halo of mystery. Often qualified as an almost surreal hypothesis, the figure has never been specified in content, revealing a strong reluctance of the Supreme Court to establish the boundaries of the administrative judge's interpretive discretion. Starting from an order of inadmissibility of a cassation appeal due to the Council of State's encroachment on the activity of the legislature, the investigation aims to ascertain whether it is indeed a more mythological than real figure and to establish when interpretive discretion conceals an (illegitimate) "judicial normalization".