

Per concludere, **Cons. Stato, Ad Plen. 20 dicembre 2017, n. 12, ha ribadito il principio di tassatività e stretta interpretazione dei casi di revocazione ex artt. 395 c.p.c. e 106 c.p.a.**, escludendo che tra questi possa essere compreso, con un'inammissibile estensione analogica (art. 14 delle preleggi), il caso di contrasto della decisione con la giurisprudenza sopravvenuta della Corte Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

## **6. Questioni attuali in materia di opposizione di terzo: il legislatore amplia la platea dei soggetti legittimati**

L'opposizione di terzo è uno **strumento che risolve essenzialmente la contraddizione tra la cosa giudicata in senso sostanziale ex art. 2909 c.c.** (“l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa”), la quale definisce e limita l'efficacia dell'accertamento contenuto in sentenza ai soggetti contemplati nel giudizio, **e la posizione di colui che la medesima qualifica di parte non ha potuto – incolpevolmente – acquisire**; l'istituto ha quindi una funzione di chiusura del sistema di tutela, risolvendo in questo modo l'incompatibilità tra la situazione giuridica definita dalla sentenza, *id est* la cosa giudicata nei limiti del dedotto e deducibile, e quella di cui sia titolare un soggetto terzo rispetto ai destinatari della stessa, già rilevata dal giudice delle leggi nella sentenza 17 maggio 1995, n. 177.

Tale situazione, ossia la mancata assunzione del ruolo di parte nel giudizio, unitamente a quella del soggetto titolare di posizione giuridica fondata su provvedimento amministrativo consequenziale a quello impugnato, è particolarmente evidente nel processo amministrativo, nella sua specifica veste di giudizio impugnatorio, rispetto al processo civile: nel sistema di giustizia amministrativa è infatti possibile l'insorgenza – per la tipicità del giudizio nonché per la presunzione di legittimità che assiste gli atti amministrativi, ed i relativi effetti, fino al momento della loro definitiva giustiziabilità – di posizioni giuridiche insorte successivamente al giudizio instaurato, e quindi legittimate all'utilizzo dell'istituto dell'opposizione di terzo derivanti non già dal mancato rispetto del principio del contraddittorio (il c.d. terzo originariamente tale), bensì dalla sopravvenienza di nuovi atti fondativi di posizioni giuridiche (c.d. terzi sopravvenuti); in tal senso si è espresso recentemente il Consiglio di Stato<sup>19</sup>.

Tenuto conto di tale premessa, ed in riferimento ai soggetti legittimati a proporre ricorso, risulta necessario distinguere all'interno di una casistica variegata, elaborata dalla giurisprudenza e categorizzata dalla dottrina,

<sup>19</sup> Consiglio di Stato, sez. III, 02/11/2015, n. 4991.

nell'ambito di diverse categorie di interessi pretermessi dalla sentenza oggetto di impugnazione.

**In particolare, l'elaborazione dottrinale<sup>20</sup> ha enucleato diverse categorie di terzi:**

- a) i litisconsorti necessari pretermessi, individuati nel provvedimento impugnato ed aventi una posizione di vantaggio, ma non coinvolti nel processo al momento dell'introduzione del giudizio (Cons. Stato, Sez. IV, 3 settembre 2008, n. 4109);
- b) l'Amministrazione che abbia emanato l'atto annullato, ritenuta pacificamente non legittimata a proporre ricorso per opposizione di terzo;
- c) altri terzi interessati consistenti nella categoria di coloro che, pur non essendo formalmente controinteressati, risultano interessati dagli effetti di un atto indivisibile (es. un regolamento), con deroga all'art. 2909 c.c. secondo cui la sentenza fa stato e ha effetto tra le parti, i loro eredi e aventi causa; in questo ambito sono state individuate alcune sottocategorie:
  - c1) i controinteressati in senso generico (non contemplati nell'atto) c.d. "occulti"; tale categoria esprime un problema di diritto positivo in quanto la loro concreta identificazione o pretermissione appare collegata all'individuazione dei controinteressati necessari rimessa al soggetto ricorrente ovvero alla stessa Amministrazione e permette, se obliterata, di essere recuperata con l'opposizione di terzo (Cons. Stato, Ad. Plen., 8 maggio 1996, n. 2: per controinteressato si intende il soggetto titolare di un interesse alla conservazione dell'atto e facilmente individuabile; Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2007, n. 2 ha chiarito che esistono altre tipologie di controinteressati: il controinteressato occulto e sopravvenuto;
  - c2) i soggetti titolari di posizione di vantaggio determinata dall'atto impugnato che è costituito da atto normativo o di contenuto generale con effetti inscindibili;
  - c3) i soggetti aventi interesse al mantenimento dell'atto impugnato;
  - c4) i soggetti titolari di una posizione dipendente (es. il progettista rispetto al richiedente la licenza edilizia che ricorra avverso il diniego)<sup>21</sup>.

**Alla luce delle richiamate categorie la giurisprudenza ha ritenuto concretamente legittimati a proporre l'opposizione di terzo ordinaria:** a) i litisconsorti necessari, originariamente pretermessi e sopravvenuti rispetto alla posizione vittoriosa; b) i soggetti non convenuti; c) i contro interessa-

<sup>20</sup> Cfr. A. Travi, *L'opposizione di terzo*, cit.

<sup>21</sup> Per talune ipotesi applicative cfr.: Cons. St., Sez. V, 16 aprile 2014, n. 1862; Cons. St., Sez. IV, 3 maggio 2011, n. 2636.

ti non facilmente identificabili; più in generale i titolari di diritti autonomi ed incompatibili rispetto ai destinatari degli effetti della sentenza oggetto di gravame<sup>22</sup>.

Nonostante l'**ampliamento delle categorie attuato con la modifica dell'art. 108 c.p.a.**, pare comunque utile richiamare la posizione giurisprudenziale che ha definito le nozioni di incompatibilità e autonomia della posizione del terzo; la prima qualificazione può essere definita come quella posizione giuridica che denota una marcata impossibilità di attuazione del comando contenuto nella sentenza rispetto ad una coesistenza sul piano sostanziale dei due ordini di interessi propri del ricorrente e dell'opponente; la nozione di autonomia è stata invece definita come l'interesse che è proprio di un soggetto e che discende direttamente dall'atto impugnato (e non da una relazione con un altro soggetto interessato) e che perciò risulta travolto direttamente dall'annullamento dell'atto stesso.

Alla luce di tali nozioni e tenuto conto delle modifiche intervenute, volte ad ampliare la platea dei soggetti lesi e suscettibili di riposizionamento attraverso lo strumento in commento, appare intuibile come il rimedio dell'opposizione di terzo costituisca il diretto precipitato dell'esigenza di una tutela effettiva per i soggetti che, pur essendo titolari di un interesse qualificato al mantenimento dell'atto impugnato, non abbiano, per vari motivi, partecipato al relativo giudizio: in tal senso l'incompatibilità non è solo limitata all'interesse legittimo pretensivo (*id est* la sussistenza di un diritto soggettivo) ma anche di tipo meramente oppositivo a difendere il bene della vita: pertanto **la categoria dei terzi legittimati deve risultare necessariamente più ampia rispetto alla sola tipologia dei controinteressati (più o meno nominati).**

Ciò posto e considerato, ed al di là del richiamato precetto civilistico di cui all'art. 2909 c.c., ben possono configurarsi situazioni di immutabilità del giudicato che vadano oltre gli effetti del mero annullamento: in tal senso occorre distinguere il livello sostanziale degli interessi coinvolti rispetto al livello processuale del contraddittorio nel giudizio di impugnazione. È quindi comprensibile, proprio con riferimento al primo aspetto, come l'interesse all'opposizione riguardi anche terzi che non sono soggetti al giudicato.

Per quanto concerne la prova della lesione nel ricorso avente ad oggetto l'opposizione di terzo la giurisprudenza ha distinto alcune posizioni: mentre il controinteressato necessario deve limitarsi ad evidenziare la sua qualità processuale, il terzo non nominativamente individuabile deve dimostrare anche il pregiudizio subito, con ciò introducendo una fase anche necessariamente di revisione della precedente sentenza.

<sup>22</sup> Cfr. Cons. St., Sez. V, 11 febbraio 2014, n. 652; Cons. St., Sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5451; Cons. St., Sez. V, 18 febbraio 2009, n. 950.

L'elaborazione dell'istituto da parte della giurisprudenza ha prodotto una **variegata casistica** di cui occorre fornire contezza relativamente alla specialità delle categorie individuate nella nozione di terzo.

Sul punto si è ritenuta l'inammissibilità del giudizio proposto dal cittadino elettore assunto terzo rispetto allo scrutinio elettorale nonché della posizione dei vicini rispetto ad un determinato assetto del fondo contiguo riferito a quello interessato dall'impugnazione.

Più in generale è stato evidenziato come non sia sufficiente un interesse di mero fatto per sorreggere l'impugnazione mentre, accanto ai controinteressati pretermessi, sono state, altresì, ritenute tutelabili le posizioni di terzi che solo successivamente abbiano visto concretizzarsi la lesione del bene della vita dalla decisione oggetto di impugnazione, oltre alla categoria "istituzionale" di coloro che vantino un diritto autonomo ed incompatibile.

È stato poi ritenuto ammissibile il ricorso dell'aggiudicatario ove pregiudicato dal giudizio di riammissione del soggetto escluso nonché, proprio relativamente alla vicenda che ha introdotto l'istituto nel processo amministrativo, la posizione del vincitore di concorso rispetto alla riammissione del soggetto escluso.

Viceversa è stata ritenuta non esperibile l'opposizione di terzo ordinaria da parte dei soggetti cointeressati ovvero aventi causa di una delle parti; parallelamente è stata esclusa la legittimazione delle associazioni dei consumatori qualora si tratti di articolazioni locali, analogamente a quella del singolo consumatore o dell'acquirente unico che non vantino posizioni autonome ed incompatibili rispetto alla sentenza di annullamento di determinazioni tariffarie in materia di fornitura di energia elettrica.

## **7. Questioni attuali materia di ricorso per Cassazione: la nuova accezione ampia dei limiti esterni e dei limiti interni alla giurisdizione**

Il ricorso per cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato è consentito entro i limiti fissati dalla Costituzione e dai codici di procedura civile e del processo amministrativo: dunque, esclusivamente per **motivi "attinenti"** – secondo la terminologia del c.p.c. (art. 362, 1° comma) – o "inerenti" – secondo il lessico della Costituzione (art. 111, 8° comma) e del c.p.a. (art. 110) – **alla giurisdizione.**

Costituisce pertanto punto cruciale nell'esegesi dell'istituto chiarire quali sono "i motivi attinenti alla giurisdizione"<sup>23</sup> in relazione ai quali soltanto è ammesso il sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato.

<sup>23</sup> Cass., Sez. un., 16 luglio 2006, n. 16469, in Foro amm.-C.d.S., 2006, 3015.

Sul piano sistematico il “motivo attinente alla giurisdizione” costituisce **una forma speciale di violazione di legge**, che riguarda specificamente le leggi processuali che disciplinano la giurisdizione.

Prima di esaminare i confini tracciati dalla giurisprudenza delle Sezioni unite, va detto che, **ai sensi dell’art. 386 c.p.c.**, “*la decisione sulla giurisdizione è determinata dall’oggetto della domanda*”. Ciò sta a significare che l’oggetto della domanda – e dunque la prospettazione fornita dal ricorrente – dovrebbe essere l’unico parametro in base al quale fondare l’accertamento della sussistenza o meno della *potestas iudicandi*. Sta di fatto che, a fronte della chiarezza dell’art. 386 c.p.c., l’analisi della copiosa giurisprudenza della Corte di cassazione in materia dimostra che i confini in base ai quali determinare la sussistenza o meno della *potestas iudicandi* non sembrano sempre chiari.

Le Sezioni unite vengono sollecitate con regolarità a pronunciarsi in merito a cosa debba intendersi per “motivi attinenti alla giurisdizione”.

Orbene, secondo un orientamento che può considerarsi ormai consolidato, il sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato è limitato all’accertamento dell’eventuale sconfinamento dai c.d. “**limiti esterni**” della propria giurisdizione, ovvero dell’esistenza di vizi riguardanti l’essenza di tale funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio, restando, per converso, escluso ogni sindacato sui c.d. “**limiti interni**” di tale giurisdizione<sup>24</sup>.

Occorre, dunque, chiarire i concetti di limiti esterni e interni della giurisdizione amministrativa.

### *7.1. I limiti esterni: si ammette il sindacato sulla motivazione sovrabbondante di un dispositivo ammissibile*

In breve può dirsi che i limiti esterni della giurisdizione sono violati quando il giudice:

- 1) oltrepassa i confini che distinguono tra giudice ordinario, giudice amministrativo ed altri giudici speciali (c.d. difetto relativo di giurisdizione);
- 2) oltrepassa i confini che distinguono le funzioni dello Stato: legislativa, amministrativa e giurisdizionale (c.d. difetto assoluto di giurisdizione per eccesso di potere giurisdizionale).

Il **c.d. difetto relativo di giurisdizione** si verifica quando il giudice amministrativo, con la sua decisione, abbia invaso la giurisdizione riservata al giudice ordinario ovvero ad altro giudice speciale.

<sup>24</sup> Fra le più recenti Cass., Sez. un., 23 dicembre 2016, n. 26898; Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9145; Cass., Sez. un., 2 maggio 2016, n. 8586; Cass., Sez. un., 15 marzo 2016, n. 5077.

La violazione può essere positiva o negativa. La violazione è positiva quando il Consiglio di Stato abbia giudicato su materia attribuita dalla legge al giudice ordinario (ad. es., in materia di pubblico impiego le cui controversie sono state devolute all'a.g.o. dall'art. 63 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ovvero, in materia di appalto pubblico, in una controversia concernente la successiva fase esecutiva del contratto<sup>25</sup>) o ad altro giudice speciale (ad es., in materia pensionistica riservata al giudice contabile).

È negativa nell'ipotesi inversa, quando il Consiglio di Stato abbia declinato la propria giurisdizione sul presupposto erroneo che la materia fosse attribuita dalla legge al giudice ordinario o ad altro giudice speciale.

**Il c.d. difetto assoluto di giurisdizione per eccesso di potere giurisdizionale** si verifica allorché il Consiglio di Stato abbia invaso la sfera di competenza del legislatore o quella della discrezionalità amministrativa.

L'invasione della **sfera di competenza del legislatore** è configurabile qualora il Consiglio di Stato abbia applicato non una norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete<sup>26</sup>. Si tratta di un'ipotesi, come si può intuire, pressoché teorica, in quanto l'eccesso di potere del Consiglio di Stato potrebbe ravvisarsi solo a condizione di poter distinguere un'attività di produzione normativa, inammissibilmente esercitata da detto giudice, da un'attività interpretativa<sup>27</sup>.

L'invasione della **sfera di competenza della discrezionalità amministrativa**, invece, trova ampio riscontro nella giurisprudenza, che ammette il ricorso per cassazione avverso la sentenza del Consiglio di Stato viziata per eccesso di potere giurisdizionale.

Il vizio di eccesso di potere giurisdizionale, secondo la giurisprudenza delle Sezioni unite, è configurabile sia quando il giudice amministrativo esercita la giurisdizione di legittimità (per violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere) sia quando lo stesso giudice esercita la giurisdizione estesa al merito e, in particolare, nel giudizio di ottemperanza<sup>28</sup>.

Nel primo caso il giudice amministrativo travalica i limiti esterni della propria giurisdizione quando abbia esercitato una giurisdizione di merito in una situazione che avrebbe potuto dare ingresso soltanto ad una giurisdizione di legittimità. In particolare, si contesta che il giudice amministrativo non si sia limitato al rigoroso controllo di legittimità del provvedimento impugnato, ma: (i) abbia provveduto ad una diretta e concreta ingerenza valutati-

<sup>25</sup> Cass., Sez. un., 16 novembre 2016, n. 23304.

<sup>26</sup> Cass., Sez. un., 1 febbraio 2016, n. 1840; Cass., Sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25772; Cass., Sez. un., 12 dicembre 2012, n. 22784.

<sup>27</sup> Cass., Sez. un., 23 dicembre 2014, n. 27341.

<sup>28</sup> Cass., Sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19787. Sul giudizio di ottemperanza, v. *infra*, cap. 24.

va dell'opportunità e della convenienza dell'atto amministrativo; ovvero (ii) quando il provvedimento del giudice, pur nel formale rispetto della formula dell'annullamento, abbia espresso la volontà dell'autorità giudiziaria destinata a sostituirsi a quella dell'amministrazione<sup>29</sup>.

In tema di vizio di eccesso di potere si segnala Cass., Sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312, la quale ha forzatamente riconosciuto un'ipotesi di "sconfinamento" nella sfera riservata alla p.a., nella motivazione con la quale il Consiglio di Stato ha provveduto ad annullare l'atto amministrativo. Tale "sconfinamento" si è tradotto, secondo la Suprema Corte, in un superamento dei limiti esterni della giurisdizione tale da giustificare l'annullamento della pronuncia del giudice amministrativo. Sennonché il **fatto che tale tipo di sindacato riguardi la motivazione della decisione e non attenga affatto a profili di giurisdizione** è reso evidente dal rilievo che, nella citata pronuncia, la Suprema Corte, accogliendo il ricorso per motivi di giurisdizione, abbia poi riconosciuto la giurisdizione del giudice che ha emesso la sentenza, rinviando allo stesso Consiglio di Stato per la prosecuzione in sede di rinvio. E ciò in contrasto con il disposto dell'art. 382, 3° comma, c.p.c. per il quale, nelle ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, si dispone la cassazione senza rinvio della decisione (sul punto, v. *infra*, § 12). Per osservazioni critiche alla citata pronuncia, Sassani, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: le S.U. riscrivono l'articolo 111 della Costituzione*, in GiustAmm.it, 2012, n. 9).

Nel secondo caso – allorché la giurisdizione è estesa al merito (art. 112, 3° comma, c.p.a.) – l'eccesso di potere giurisdizionale si configura con maggiore frequenza quando il giudice amministrativo abbia ritenuto che ci fossero i presupposti dell'ottemperanza in casi in cui detti presupposti, in realtà, non ricorrevano, perché non sussistevano né violazione né elusione del giudicato amministrativo.

Anche in questo secondo caso il giudice amministrativo finisce per esercitare un'attività amministrativa discrezionale sotto le vesti di una giurisdizione dichiaratamente di merito<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Cass., Sez. un., 5 dicembre 2016, n. 24741; Cass., Sez. un., 31 maggio 2016, n. 11380; Cass., Sez. un., 17 febbraio 2016, n. 3048; Cass., Sez. un., 4 febbraio 2016, n. 2202.

<sup>30</sup> Cass., Sez. un., 16 novembre 2016, n. 23305; Cass., Sez. un., 7 novembre 2016, n. 22520; Cass., Sez. un., 3 novembre 2016, n. 22235; Cass., Sez. un., 2 maggio 2016, n. 8585; Cass., Sez. un., 23 luglio 2015, n. 15476; Cass., Sez. un., 6 settembre 2013, n. 20565; Cass., Sez. un., 19 gennaio 2012, n. 736. In particolare, con riferimento alle numerose decisioni del Consiglio di Stato in sede di giudizio di ottemperanza, al fine di distinguere le fattispecie in cui il sindacato della Cassazione è consentito da quelle nelle quali è inammissibile è decisivo stabilire se oggetto del ricorso per cassazione è il modo con cui il potere di ottemperanza è stato esercitato (limiti interni della giurisdizione) oppure se sia in discussione la possibilità

Tali violazioni commesse dal giudice amministrativo sono, dunque, censurabili in cassazione quali “motivi attinenti alla giurisdizione”, sul presupposto che il giudice amministrativo abbia esercitato una giurisdizione di merito al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dalla legge. La giurisdizione estesa al merito è quella in cui “*il giudice amministrativo può sostituirsi all’amministrazione*” (art. 7, 6° comma, c.p.a.) e detta sostituzione è ammissibile soltanto nelle materie tassativamente previste dall’art. 134 c.p.a. Pertanto, se il Consiglio di Stato esercita i poteri inerenti alla giurisdizione di merito al di fuori delle ipotesi previste dal citato art. 134 c.p.a., la relativa decisione può essere annullata dalla Cassazione.

**La violazione dei confini delle funzioni dello Stato può essere inoltre positiva ovvero negativa.**

È positiva allorché il Consiglio di Stato abbia invaso la sfera di competenza del legislatore o la sfera di competenza della discrezionalità amministrativa. È negativa nell’ipotesi inversa, quando il Consiglio di Stato abbia negato la giurisdizione sull’erroneo presupposto che la domanda non potesse formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale. Dunque, anche in quest’ultima ipotesi la decisione del Consiglio di Stato, che ha erroneamente dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione, può formare oggetto di ricorso per cassazione ai sensi dell’art. 110 c.p.a.<sup>31</sup>.

Da ultimo, va evidenziato che, secondo una giurisprudenza consolidata della Suprema Corte, **non è attinente alla giurisdizione il motivo con cui si vuole contestare, sotto forma di difetto assoluto di giurisdizione, la giustiziabilità della pretesa dinanzi agli organi della giurisdizione statale.** Tale fattispecie si configura quando vengono dedotte dinanzi al giudice amministrativo situazioni soggettive che non sono tutelabili in via giurisdizionale, non avendo la consistenza né di diritti soggettivi né di interessi legittimi. Si tratta dei c.d. “interessi semplici”, per i quali manca nell’ordinamento una norma di diritto astrattamente idonea a tutelarli (si pensi, ad es., all’interesse del cittadino di fronte all’attività di governo). Sennonché la questione con cui si contesta la sussistenza nell’ordinamento di una norma idonea alla tutela della posizione soggettiva fatta valere in giudizio attiene al merito, e non alla giurisdizione del giudice adito, e non è dunque ricorribile per cassazione<sup>32</sup>.

Va inoltre evidenziato che le Sezioni unite hanno, nella loro oramai più che secolare giurisprudenza, dilatato il controllo sulle sentenze del Consiglio

---

stessa, in una determinata situazione, di fare ricorso al giudizio di ottemperanza (limiti esterni della giurisdizione). Il ricorso per cassazione è ammissibile solo in questo secondo caso.

<sup>31</sup> Cass., Sez. un., 15 marzo 2016, n. 5076.

<sup>32</sup> Cass., Sez. un., 16 gennaio 2015, n. 647.



di Stato ad ulteriori ipotesi che non sono riconducibili né al difetto assoluto di giurisdizione né al difetto relativo di giurisdizione. Si tratta di ipotesi in cui, a ben vedere, non si censurano vizi riguardanti l'essenza della funzione giurisdizionale ma il modo in cui essa è stata esercitata dal giudice amministrativo.

La prima ipotesi è quella in cui si contesta che il giudice amministrativo abbia statuito sulla giurisdizione sebbene la questione di giurisdizione dovesse ritenersi preclusa dalla **formazione di un giudicato** interno sul punto.

In questo caso la Cassazione – seppur, si badi, con un orientamento nient'affatto univoco – ha ritenuto che è impugnabile, per motivi inerenti alla giurisdizione, la sentenza del Consiglio di Stato adottata nonostante la invocata preclusione derivante dalla formazione di un giudicato interno sulla questione di giurisdizione.

La seconda ipotesi in cui la giurisprudenza ha ammesso il sindacato della Cassazione, nonostante non fosse configurabile né un difetto assoluto né un difetto relativo di giurisdizione, è stata quella relativa alla **c.d. pregiudiziale amministrativa**. In particolare, proposta al giudice amministrativo una domanda autonoma di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, il giudice negava la tutela risarcitoria sul presupposto che l'illegittimità dell'atto dovesse essere stata precedentemente dichiarata in sede di annullamento.

La Corte di cassazione – che invece sosteneva l'autonomia dell'azione risarcitoria – riteneva che la questione fosse attinente alla giurisdizione, sul presupposto che il giudice amministrativo si fosse illegittimamente rifiutato di esercitare la giurisdizione. In realtà, il giudice amministrativo negava la tutela risarcitoria per l'insussistenza di un presupposto processuale e, dunque, per una questione che nulla aveva a che vedere con la giurisdizione. Sta di fatto che la Cassazione, accogliendo una nozione allargata di giurisdizione, ha esercitato per diversi anni un sindacato sul Consiglio di Stato in una ipotesi non riconducibile né al difetto assoluto né al difetto relativo di giurisdizione.

Da ultimo, deve essere menzionato il consolidato orientamento della Cassazione che inquadra, sotto lo schema del difetto di giurisdizione, l'**illegittima composizione del collegio giudicante**. Detta violazione si determina, secondo la Cassazione, esclusivamente: (i) nell'ipotesi di una alterazione qualitativa o quantitativa del collegio giudicante; (ii) quando vi sia una totale carenza di legittimazione di uno o più dei suoi componenti; ovvero infine (iii) quando possa ravvisarsi un'assoluta inidoneità degli stessi in modo da determinare una non coincidenza dell'organo giurisdizionale con quello delineato dalla legge. Al di fuori di questi casi, si verte in tema di violazione di norme processuali, esorbitante dai limiti del sindacato delle Sezioni unite.

### 8. *Segue: l'insindacabilità dei "limiti interni" della giurisdizione: il cd. diniego di giustizia*

Come rilevato nel precedente paragrafo deve considerarsi escluso davanti alla Corte di cassazione il sindacato sui c.d. "limiti interni" della giurisdizione amministrativa. Pertanto, dopo aver precisato per quali motivi si può impugnare in cassazione una decisione del Consiglio di Stato, occorre chiarire per quali, al contrario, non è possibile sollecitare il sindacato della Suprema Corte, non potendo essere considerati "attinenti alla giurisdizione".

Restano al di fuori delle questioni di giurisdizione tutte le **situazioni in cui si contesti l'esistenza di vizi riguardanti non l'essenza della funzione giurisdizionale, ma il modo con cui questa è stata esercitata dal Consiglio di Stato.**

Non sono quindi attinenti alla giurisdizione i motivi con cui si denunci il cattivo esercizio da parte del Consiglio di Stato della propria giurisdizione, quando cioè si deduca una violazione relativa all'interpretazione o alla falsa applicazione di norme di legge, posta in essere dal Consiglio di Stato all'interno dell'area riservata alla propria giurisdizione. In questo caso il vizio, attenendo all'esplicazione interna del potere giurisdizionale conferito dalla legge al giudice amministrativo, non può essere oggetto di ricorso per cassazione.

In altre parole, non si può ricorrere in Cassazione per denunciare **errores in iudicando e/o in procedendo** commessi dal Consiglio di Stato che, invece, si riferiscono al modo di esercizio della funzione giurisdizionale<sup>33</sup>.

In applicazione di questi principi, la Corte di cassazione ha, a titolo meramente esemplificativo, escluso dal sindacato riferibile all'art. 110 c.p.a.: a) la deduzione di vizi inerenti ai presupposti processuali (diversi dalla giurisdizione) e alle condizioni dell'azione (legittimazione e interesse ad agire); b) l'errata interpretazione dei fatti di causa e degli atti amministrativi; c) il vizio di motivazione della sentenza; d) l'omessa pronuncia su una domanda; e) la violazione di un giudicato formatosi nel giudizio; f) la mancata applicazione di una norma ritenuta incostituzionale<sup>34</sup>.

Fermo restando il sopra citato principio, per il quale *errores in iudicando* e *in procedendo* non sono, di regola, denunciabili in Cassazione, la giuri-

<sup>33</sup> Per un approfondimento dottrinario si veda Antonio Lamorgese, "Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti", Roma, Relazione al Convegno presso la Corte di Cassazione, 21 settembre 2017.

<sup>34</sup> Cass., Sez. un., 18 gennaio 2016, n. 690; Cass., Sez. un., 23 luglio 2015, n. 15473; Cass., Sez. un., ord. 31 gennaio 2008, n. 2285. Sul punto v. anche Delle Donne, in Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella (a cura di), *Commentario*, op. cit., p. 694.

sprudenza ha precisato che detto principio non opera allorché il Consiglio di Stato abbia commesso *errores in iudicando* o *in procedendo* talmente gravi da determinare un “radicale stravolgimento delle norme di rito” ovvero l’adozione di una “decisione anomala o abnorme” che si sostanzi, di fatto, in un **diniego di giustizia**.

In questi casi, secondo la giurisprudenza, si rientrerebbe nel perimetro delle questioni di giurisdizione e la decisione del Consiglio di Stato sarebbe ricorribile in Cassazione sotto il profilo dell’eccesso di potere giurisdizionale<sup>35</sup>.

Nella categoria delle “decisioni anomale o abnormi” – e dunque censurabili in Cassazione – rientrano in particolare le seguenti due ipotesi.

La prima è quella per cui il giudice amministrativo abbia interpretato una norma di diritto interno in **contrasto con il diritto dell’Unione Europea, secondo quanto risultante da una pronuncia della Corte di Giustizia successivamente intervenuta**, sì da precludere l’accesso alla tutela giurisdizionale.

A tal riguardo la Cassazione ha avuto più volte modo di precisare che il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione che la Costituzione affida alla Corte di cassazione non include, in relazione alle sentenze del Consiglio di Stato, la funzione di finale verifica della conformità di quelle decisioni al diritto dell’Unione Europea.

Tuttavia, allorché la decisione del Consiglio di Stato abbia operato un radicale stravolgimento delle norme comunitarie di riferimento, così come interpretate dalla Corte di Giustizia, precludendo l’accesso alla tutela giurisdizionale del ricorrente, è configurabile in questo caso la violazione di un “limite esterno” della giurisdizione. Tale diniego di giustizia, come riconosciuto dalla stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, impone la cassazione della sentenza amministrativa al fine di impedire che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo ed efficace, espliciti i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, con grave nocimento per l’ordinamento europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l’attività di tutti gli organi dello Stato deve conformarsi alla normativa comunitaria<sup>36</sup>.

Il citato orientamento giurisprudenziale è stato di recente esteso all’ipotesi in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia deciso una controversia in **contrasto con una norma della Convenzione europea dei diritti dell’uo-**

<sup>35</sup> Cass., Sez. un., 17 gennaio 2017, n. 964; Cass., Sez. un., 9 maggio 2016, n. 9282; Cass., Sez. un., 4 aprile 2016, n. 6448.

<sup>36</sup> Cons. St., Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11; Cass., Sez. un., 6 febbraio 2015, n. 2242; Cass., Sez. un., 4 febbraio 2014, n. 2403.

**mo**, cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione, **secondo l'interpretazione data dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo**<sup>37</sup>.

Anche in quest'ipotesi, la sentenza del Consiglio di Stato, emanata in contrasto con una norma della Convenzione così come interpretata dalla CEDU, è ricorribile in Cassazione ai sensi dell'art. 110 c.p.a.

Con le suddette interpretazioni la Cassazione ha dilatato ulteriormente il sindacato esercitabile sulle sentenze del Consiglio di Stato.

*8.1. Con la sentenza 18 gennaio 2018, n. 6, la Corte Costituzionale pone un freno al sindacato forte della Cassazione sui "motivi inerenti alla giurisdizione"*

Il concetto di "motivi inerenti alla giurisdizione" di cui all'art. 111, comma 8, Cost., quale presupposto per la sindacabilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato, è stato chiarito, con forza e autorevolezza, dalla sentenza n. 6/2018 della Consulta

La Corte ha affermato, in particolare, che **tra i vizi denunciabili con il predetto rimedio sono ricomprese le sole ipotesi di difetto assoluto ovvero di difetto relativo di giurisdizione mentre non sono tali le questioni attinenti al rispetto dei principi di primazia del diritto comunitario, di effettività della tutela, del giusto processo e dell'unità funzionale della giurisdizione, né il sindacato sugli *errores in procedendo o in iudicando*.**

La Corte, mostrandosi di contrario avviso rispetto all'orientamento estensivo della Cassazione di cui si è dato conto nei paragrafi precedenti, ha osservato al riguardo che:

- a) **la tesi che il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione**, previsto dall'ottavo comma dell'art. 111 Cost. avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, **comprenda anche il sindacato sugli *errores in procedendo o in iudicando*** non può qualificarsi come una interpretazione evolutiva, poiché non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale, com'è evidente nella contrapposizione tra comma settimo dell'art. 111 Cost, che prevede il generale ricorso in cassazione per violazione di legge contro le sentenze degli altri giudici, e successivo comma ottavo, ove si specifica che il ricorso avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è ammesso per i «soli» motivi inerenti alla giurisdizione, come già risulta dalle sentenze della Corte n. 204 del 2004 e n. 77 del 2007;
- b) **non sono qualificabili come propriamente di giurisdizione le questioni attinenti al rispetto dei principi di primazia del diritto comunitario,**

<sup>37</sup> Cass., Sez. un., 8 aprile 2016, n. 6891.