



30 GIUGNO 2021

# Unità e pluralismo giurisdizionale alla prova del diritto europeo

di Emilio Castorina

Professore ordinario di Diritto costituzionale  
Università degli Studi di Catania



# Unità e pluralismo giurisdizionale alla prova del diritto europeo\*

**di Emilio Castorina**

Professore ordinario di Diritto costituzionale  
Università degli Studi di Catania

**Abstract [It]:** Il “pluralismo delle giurisdizioni” è parte dell’identità costituzionale italiana, ma non altrettanto la disciplina del comma 8 dell’art. 111 della Costituzione, che limita ai soli “motivi attinenti alla giurisdizione” il ricorso alla Corte di Cassazione avverso le pronunce del Consiglio di Stato. La questione sollevata di recente dalle Sezioni Unite, in via pregiudiziale, alla Corte di giustizia EU (ord. n. 19598/2020) pone l’interrogativo se l’assetto racchiuso in quest’ultima previsione costituzionale possa integrare violazione dell’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione in settori disciplinati dal diritto europeo (nella specie, in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici), nei quali gli Stati membri hanno rinunciato a esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale ordinamento (art. 11 Cost.). L’A. ritiene che, alla luce della sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, occorra provvedere alla revisione costituzionale dell’art. 111, perché il principio di “unità funzionale” della giurisdizione, così come si è consolidato e sviluppato nell’ordinamento italiano, non può consentire la formazione di un giudicato in contrasto col diritto europeo e richiede, al riguardo, l’esercizio di un controllo nomofilattico anche nel merito delle decisioni del giudice amministrativo.

**Abstract [En]:** The "pluralism of jurisdictions" is part of the Italian constitutional identity, but not so much so of the discipline of paragraph 8 of art. 111 of the Constitution, which limits the possibility to appeal before the Court of Cassation against the rulings of the Council of State to “reasons pertaining to jurisdiction”. The question recently raised by the United Sections, as a preliminary ruling, to the EU Court of Justice (order no. 19598/2020) raises the question of whether the provision contained in the above-mentioned constitutional mandate can derive in a violation of art. 47 of the Charter of Fundamental Rights of the Union in sectors regulated by European law (in this case, the grant of public contracts), in which the Member States have given up their sovereign powers in a way that is incompatible with this system (art. 11 of the Constitution). The Author believes that, in light of decision no. 6 of 2018 of the Constitutional Court, it is necessary to provide for the constitutional revision of art. 111, because the principle of "functional unity" of jurisdiction, as it has been consolidated and developed in the Italian legal system, cannot allow the formation of a judgment in contrast with European law and requires, in this regard, the exercise of the “nomophilachy function” of the Court of Cassation also on the merits of the decisions of the administrative judge.

**Parole chiave:** Unità e pluralismo delle giurisdizioni; identità costituzionale; ordinamento europeo; nomofilachia; Corte di cassazione; Consiglio di Stato

**Keywords:** Unity and pluralism of jurisdictions; constitutional identity; European legal system; nomophilachy function; Court of Cassation; State Council

**Sommario:** 1. Le Sezioni Unite della Cassazione e i “motivi inerenti alla giurisdizione” come fattore di cooperazione sovranazionale. 2. Le giurisdizioni speciali: pluralismo e “unità nella funzione”. 3. I modelli d’organizzazione giurisdizionale nell’esperienza del costituzionalismo europeo. 4. Il controllo di giurisdizione (art. 111, comma 8, Cost.) integra un elemento identitario dell’ordinamento italiano? 5. L’integrazione europea e l’interpretazione evolutiva dell’art. 111, comma 8, della Costituzione. 6. *Segue*: ... per una riforma costituzionale.

---

\* Articolo sottoposto a referaggio. Il presente contributo è destinato al volume “Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele”, a cura di A. Guidara, F. Randazzo, E. Nicosia, A. Fabbì, G.A. Ferro.

## 1. Le Sezioni Unite della Cassazione e i “motivi inerenti alla giurisdizione” come fattore di cooperazione sovranazionale

Il recepimento, ormai radicato, nell’ordinamento costituzionale italiano del c.d. pluralismo delle giurisdizioni<sup>1</sup> non risparmia incertezze e tensioni per un assetto che possa dirsi, se non organico, quanto meno funzionalmente unitario dell’amministrazione della giustizia<sup>2</sup>.

A tale riguardo, una recente presa di posizione delle Sezioni Unite della Cassazione ha sottoposto alla Corte di giustizia, in via pregiudiziale ai sensi dell’art. 267 del TFUE, la compatibilità di una prassi interpretativa dell’art. 111, comma 8, Cost., che ritiene inammissibile il ricorso per cassazione per “motivi inerenti alla giurisdizione” avverso una decisione del Consiglio di Stato contraria al diritto dell’Unione<sup>3</sup>.

La Corte regolatrice, in definitiva, intenderebbe ergersi a ultima istanza interna al fine di evitare che si formi un giudicato nazionale in contrasto con il diritto europeo<sup>4</sup>, nonostante la presa di posizione della Corte costituzionale che, nella nota sentenza n. 6 del 2018, avrebbe pronunciato l’ultima parola sull’interpretazione della suddetta disposizione costituzionale che non consente un “controllo di giurisdizione” esteso a ipotetiche violazioni di norme europee (o della Convenzione EDU) ascrivibili a

<sup>1</sup> E. Spagna Musso, *Giudice (nozione)*, in *Enc. dir.*, v. XVIII, Milano, 1969, 942.

<sup>2</sup> Per un quadro d’insieme, cfr. G. Tropea, *Tra unità e specialità. Vincitori e vinti di un’eredità tuttora contesa*, in *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell’Assemblea Costituente*, a cura di F. Cortese - C. Caruso - S. Rossi, Milano, 2018, 247 ss.

<sup>3</sup> Si può riscontrare una certa assonanza con la pregressa vicenda della c.d. pregiudiziale amministrativa. Anche quella volta, infatti, nel tentare di imporsi processualmente sui difformi orientamenti dell’Adunanza Plenaria, le Sezioni Unite presero agio sull’impugnazione per motivi inerenti alla giurisdizione (per uno sguardo d’insieme, [www.altalex.com/documents/news/2011/01/21/la-pregiudiziale-amministrativa-e-le-novita-legislative](http://www.altalex.com/documents/news/2011/01/21/la-pregiudiziale-amministrativa-e-le-novita-legislative)). Non a caso, a mettere in crisi il tradizionale sistema di riparto tra le due giurisdizioni sono, già da qualche tempo, i principi comunitari in tema di appalti pubblici di lavori e forniture, come ha avvertito la Corte di cassazione stessa con le ordinanze n. 13659 del 12 giugno 2006 e n. 13660 del 13 giugno 2006. È in gioco “l’esatta individuazione dei rispettivi territori, dei diritti e degli interessi, che non vivevano in mondi separati, poiché gli uni e gli altri costellavano il rapporto tra privato e p.a., vagando da un rapporto di coesistenza ad uno di successione, in situazioni dal confine incerto, a volte dubbio, di facile trapasso. Il sistema (...) è durato dal 1865 fino al 1992 (un periodo lungo ben 127 anni)”, sino a quando, in particolare, l’introduzione di una fattispecie di risarcibilità degli interessi legittimi lesi, in violazione del diritto comunitario, viene alla luce con l’art. 13 della I. 19 febbraio 1992, n. 142 (legge comunitaria del 1991), in attuazione della Direttiva del Consiglio CE n. 665/89 del 21 dicembre 1989, che riconosceva, in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, la possibilità di ottenere, dopo l’annullamento dell’atto lesivo da parte del giudice amministrativo, il risarcimento del danno dal giudice ordinario. Tuttavia, l’itinerario da percorrere apparve subito particolarmente gravoso, in quanto si obbligava il privato ad adire prima il giudice amministrativo per l’annullamento e, poi, il giudice ordinario per il risarcimento del danno, così mettendo in discussione il principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dall’art. 24 della Costituzione. Con riguardo all’ordinanza delle SS.UU. richiamata sopra nel testo, ad avviso di A. Proto Pisani, *Su Cass. S.U. 19598/2020*, in *Judicium*, 25 novembre 2020, i “motivi inerenti alla giurisdizione”, ai sensi dell’art. 111 penultimo e ultimo comma Cost., possono consistere nella circostanza che la decisione impugnata con ricorso per cassazione abbia qualificato l’interesse dedotto in giudizio: a) come interesse di fatto, come tale non meritevole di tutela giurisdizionale; b) come situazione meritevole di tutela, laddove si denunci che si tratti invece di un mero interesse di fatto, con la conseguenza che “la Corte di cassazione, andando di contrario avviso rispetto alla sentenza del Consiglio di Stato, ben avrebbe potuto cassare la sentenza del Consiglio di Stato e rimettere al giudice amministrativo la decisione sulla situazione soggettiva qualificata (in modo irreversibile), dalla Corte di cassazione, una situazione giuridicamente protetta e non - come ritenuto invece dal Consiglio di Stato - un interesse di mero fatto”.

<sup>4</sup> Tra i primi commenti all’ordinanza delle Sezioni Unite n. 19598 del 18.9.2020 (rel. A.P. Lamorgese), M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell’ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in [www.giustizainsieme.it](http://www.giustizainsieme.it), 30 novembre 2020.

motivi di legittimità, non idonei, ad avviso del giudice costituzionale, a sfociare in un sindacato della suprema magistratura ordinaria sulle pronunce del Consiglio di Stato<sup>5</sup>.

Vengono a prefigurarsi, in tal modo, le premesse per un vero e proprio conflitto tra le giurisdizioni ordinaria e amministrativa, la cui risoluzione, coinvolgendo anche la Corte costituzionale, intercetta il quadro dell'integrazione sovranazionale<sup>6</sup>.

Sul versante strettamente interno, invero, l'incrocio tra l'interpretazione dell'ottavo comma dell'art. 111 Cost., rimessa al giudice costituzionale, e l'attività regolatoria della Cassazione avrebbe potuto innescare un ricorso per conflitti d'attribuzione innanzi alla stessa Corte costituzionale, tanto sottile è il crinale che sussiste tra la interpretazione, che spetta a quest'ultima, della citata disposizione e il fisiologico *spatium deliberandi* che pertiene alla Suprema Corte quale giudice del "diritto vivente" anche in merito ai motivi attinenti alla giurisdizione; ovvero, avrebbe anche potuto dar luogo a una questione di legittimità in via incidentale davanti alla Corte costituzionale, ma con un esito negativo a dir poco scontato<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> La sentenza è pubblicata su *Giur. cost.*, 2018, 104 ss., con nota 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*), il quale pone riserve nei confronti della concezione dinamica o funzionale della "giurisdizione" e, quindi, del sindacato della Corte di cassazione esteso ai c.d. profili sostanziali di esercizio della giurisdizione, ove la violazione di legge si traduca in diniego di giustizia o in stravolgimento delle norme processuali in contrasto con l'orientamento della Corte del Lussemburgo, secondo un indirizzo in tal senso invalso nella giurisprudenza di legittimità a partire dalla Cass. Civ., SS.UU., n. 2242 del 2015.

<sup>6</sup> L'ordinanza è pubblicata su *Giur. cost.*, 2020, 2521 ss., con osservazione di M. Francaviglia, *La violazione del diritto dell'Unione europea come motivo di ricorso per cassazione ex art. 111, ult. comma Cost.: un rimedio peggiore del male?*, il quale conclude nel senso che la Cassazione avrebbe, sul piano logico prima ancora che giuridico, risolto "l'unità funzionale delle giurisdizioni in un monopolio dell'interpretazione del diritto oggettivo" (p. 2545). Severe critiche si sono levate all'indirizzo della citata ord. da M. Mazzamuto, *Le Sezioni Unite della cassazione garanti del diritto UE?*, in *Riv. it. di dir. pubbl. com.*, n. 5/2020, 675 ss. L'ord. – anche ad avviso di P.L. Tomaiuoli, *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, ma incostituzionale, giurisdizione unica (nota a Cass. civ., Sezioni unite, ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *www.giurcost.org*, n. III/2020, 707 – invocherebbe "l'intervento della Corte di giustizia per avallare un orientamento minoritario e ormai superato delle Sezioni unite, volto a stravolgere l'assetto delle giurisdizioni disegnato dalla Costituzione italiana". G. Monaco, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia come tentativo della Cassazione di superare l'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost., fornita dalla Consulta. In margine all'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598 del 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021, disponibile in: *www.forumcostituzionale.it*, 290, auspica che la Corte del Lussemburgo non dia risposta positiva, "evitando di entrare in un tema delicato come quello dei conflitti di giurisdizione interni, nel rispetto del principio di autonomia processuale degli Stati membri, e di schierarsi a favore di una certa esegesi dell'art. 111, comma 8, Cost.". E, ancora, G.A. Ferro, *I «motivi inerenti alla giurisdizione» e il gioco delle tre Corti*, nel volume "Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele", cit., argomenta come "la Corte di Cassazione abbia individuato, seppur con una raffinatissima interpretazione, un (inesistente e inammissibile) giudice "più che speciale", contribuendo così a complicare la già complicatissima architettura delle giurisdizioni". Secondo l'A., inoltre, "la scelta di bussare alla porta del giudice del Kirchberg (...) è il frutto di una reazione più "emotiva" che razionale delle Sezioni Unite, che si traduce in una discutibile fuga dal modello accentrato di giustizia costituzionale ad oggi vigente". In senso contrario, G. Costantino, A. Carratta, G. Ruffini, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 1/2021, sostengono, invece, che "l'assetto pluralistico delle giurisdizioni conservato dalla nostra Costituzione (...) non esclude che la stessa abbia assegnato alla Corte di cassazione, accanto al ruolo di supremo organo regolatore della giurisdizione, anche il compito di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione dei principi regolatori del giusto processo attraverso il quale si attua la giurisdizione, a garanzia dell'unità funzionale della stessa e del principio di uguaglianza".

<sup>7</sup> R. Bin, *È scoppiata la "terza guerra" tra due Corti? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *Federalismi*, 18 novembre 2020, 9, precisa comunque, al riguardo, che "sarebbe stata una questione nuova

I limiti al sindacato della Cassazione sulle pronunce degli organi apicali delle giurisdizioni speciali – abbozzati nell’art. 111, comma 8, della Costituzione – sono, nella recentissima ordinanza delle Sezioni Unite civili n. 19598 del 2020, rappresentati, siccome scaturenti dall’interpretazione della Corte costituzionale, come incompatibili rispetto a una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, garantita dal diritto dell’Unione (art. 47 della Carta di Nizza), ma anche di fronte alle esigenze del giusto processo (art. 111, comma 1). Detti limiti sono oggetto di meditata riconsiderazione in termini tanto suggestivi, quanto problematici, in uno all’annosa questione della portata dei “motivi inerenti alla giurisdizione” ove, in particolare, ricorra l’esatta applicazione del diritto europeo.

La Corte di cassazione ha ipotizzato, in sostanza, che l’effettività della tutela possa risultare compromessa in un ordinamento in cui non è previsto un unico vertice della nomofilachia, mettendo in discussione, in tale maniera, non tanto il costituzionalizzato “dualismo giudiziario”<sup>8</sup>, temperato – con una certa carica d’ambiguità – dal contestuale riconoscimento, nel testo costituzionale, del principio di unità della giurisdizione (che, ormai unanimemente, viene essenzialmente identificato nella “funzione giustiziale” in sé, cui partecipa qualsiasi giudice, ordinario o speciale che sia), quanto una restrittiva e anacronistica lettura dei “motivi inerenti alla giurisdizione” che penalizza la menzionata unità funzionale e il cui superamento richiederebbe, invece, alla Corte regolatrice di perseguire un penetrante sindacato sugli straripamenti giurisdizionali che denotino un *vulnus* per la leale cooperazione, anche giudiziaria, sul versante dell’integrazione europea (art. 4.3. TUE).

Si viene a innescare, in questi termini, un conflitto, del quale è promotore e parte, al tempo stesso, l’organo interno deputato a dipanarli e che, in sostanza, ventila un insoddisfacente assetto del pluralismo giurisdizionale proprio sul piano funzionale. Da “norma di chiusura interna” del sistema del pluralismo delle giurisdizioni, i “motivi” indicati all’art. 111, comma ottavo, Cost., rivelano un potenziale inespresso “verso l’esterno”, su cui si polarizza l’obiettivo di una, ormai sempre più integrata, “unità del diritto oggettivo” (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, art. 65, comma 1, sull’ordinamento giudiziario) da perseguire come specifico contributo di leale collaborazione sovranazionale.

Nelle materie disciplinate dal diritto europeo – argomenta la citata ordinanza della Cassazione, non richiamando mai, tuttavia, l’art. 11 della stessa Costituzione – “il potere giurisdizionale esiste

---

(potevano, per es., essere impugnati *in parte qua* gli articoli 362.1, cod. proc. civ., e 110 cod. proc. amm.): fermo comunque restando che una pronuncia di inammissibilità non produce alcun effetto preclusivo (anche se la Cassazione afferma che «non può dubitarsi della pregnanza e della vincolante rilevanza della richiamata sentenza della Corte costituzionale»), tanto più che la stessa Corte costituzionale aveva riconosciuto che il problema denunciato dalla Cassazione «indubbiamente esiste».

<sup>8</sup> Così, S. Cassese, *Monismo e dualismo giudiziario. Storia e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 594, il quale precisa che il riconoscimento costituzionale in senso dualistico “non vuol dire che i due ordini di giudici, pur non appartenendo allo stesso apparato, non debbano seguire le stesse regole”.

esclusivamente in funzione dell'applicazione del diritto dell'Unione<sup>9</sup> e la nozione di giurisdizione è così ampia da far giustamente ritenere alle Sezioni Unite – chiamate a vigilare sul “rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni” – che “il ricorso per cassazione costituisce l'estremo rimedio apprestato dall'ordinamento nazionale per evitare la formazione di qualunque giudicato contrario al diritto dell'Unione”<sup>10</sup>, allorché siano in discussione situazioni giuridiche soggettive attinenti a una procedura d'aggiudicazione di appalti pubblici.

Tale percorso, in altre parole, intende apertamente valorizzare una acquisita proiezione europea della funzione giustiziale affidata in ultima istanza alla Corte regolatrice e, sempre all'interno, rafforzare la c.d. unità funzionale della giurisdizione mediante il ricorso per cassazione come estremo rimedio al fine di scongiurare la definitiva violazione del diritto eurounitario<sup>11</sup>.

Non è dato prevedere se la Corte del Lussemburgo darà un “colpo di grazia” al già vacillante equilibrio cristallizzato nel comma ottavo dell'art. 111 della Costituzione e se le prassi interpretative che ne sono scaturite, nel senso avallato dalla Corte costituzionale (n. 6/2018, cit.), troveranno nella sede sovranazionale indiretta conferma o smentita, ma appare di tutta evidenza, sin d'ora, il tono costituzionale della disputa che coinvolge – e non è poco – il ruolo della Corte costituzionale come interprete esclusivo della identità costituzionale dello Stato membro e, dunque, dei controlimiti opponibili al diritto dell'Unione<sup>12</sup>.

## 2. Le giurisdizioni speciali: pluralismo e “unità nella funzione”

La nozione di “giurisdizione speciale” – come il giudice costituzionale ha opportunamente avvertito<sup>13</sup> – non trova fondamento in esplicite determinazioni di diritto positivo; essa è una classificazione tratlizia, sviluppatasi nella dottrina e nella giurisprudenza perfino su basi non rigorose, sebbene i presupposti

---

<sup>9</sup> Cfr. il punto n. 32 dell'ord. n. 19598/2020, cit. Ma l'affermazione della S.C. non va presa alla lettera: infatti, anche nelle materie di competenza dell'U.E., c'è la possibilità, ancorché estrema, di attivare i c.d. controlimiti.

<sup>10</sup> In questi termini, cfr. il punto n. 44 dell'ord. n. 19598/2020, cit.

<sup>11</sup> Cfr., ancora, il punto n. 44 dell'ord. n. 19598/2020, cit.

<sup>12</sup> È il caso di richiamare quanto la Corte costituzionale ha precisato nell'ord. n. 24 del 2017, c.d. Taricco, rammentando “il convincimento che l'obiettivo della unità, nell'ambito di un ordinamento che assicura la pace e la giustizia tra le Nazioni, giustifica una rinuncia a spazi di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali. Al contempo la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa dell'unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE). In caso contrario i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri (...). Ne consegue, in linea di principio, che il diritto dell'Unione, e le sentenze della Corte di giustizia che ne specificano il significato ai fini di un'uniforme applicazione, non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale” (punto 6).

<sup>13</sup> Si segnala, al riguardo, la sent. n. 76 del 1961.

trovino origine nel progressivo affrancamento della funzione giurisdizionale dal potere esecutivo nello Stato di diritto.

Il criterio discretivo tra giurisdizione ordinaria e giurisdizioni speciali, già in passato di incerta determinazione, è divenuto a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana ancor più problematico, ma, al tempo stesso, più sfumato per via del consolidamento di una concezione di “unità funzionale della giurisdizione”, che attinge a piene mani ai principi del giusto processo che hanno avuto ampio riconoscimento in tutti i pur distinti apparati giurisdizionali.

La scelta di fondo dei Costituenti ha inteso disattendere un modello fondato (in partenza) sulla “unicità della giurisdizione”<sup>14</sup>; di contro, i principi di “unità funzionale” e di “pluralismo giurisdizionale” – contestualmente riconosciuti nella disciplina del Titolo IV della Costituzione – non sembrano avere raggiunto ancora un equilibrio del tutto soddisfacente. A fronte dell'unità nell'esercizio della funzione, alimentata dai medesimi “valori” del giusto processo<sup>15</sup> sebbene impersonata da magistrati la cui indipendenza nei confronti del potere politico non può dirsi del tutto comparabile<sup>16</sup>, il pluralismo giurisdizionale, per poter assicurare certezza del diritto ed effettività della funzione (artt. 24 e 111 Cost.), richiedeva (e richiede pur sempre) una serie di forme di coordinamento, la cui espressione a livello costituzionale si è avuta nel comma ottavo del menzionato art. 111<sup>17</sup>.

La giurisprudenza costituzionale ha lasciato intendere, in più occasioni<sup>18</sup>, che l'ordinamento repubblicano non poteva guardare con favore a tutte le preesistenti giurisdizioni speciali, perché molto spesso esse risultavano carenti della necessaria indipendenza dal Governo quale elemento caratterizzante la nozione stessa di giurisdizione: in definitiva, tale nozione non può che risolversi, sul piano costituzionale, nella stessa idea di “giustizia” (art. 101, comma 1) e, se si vuole, di “giusto processo” (art. 111, nel testo risultante a seguito delle modifiche apportate dalla l. cost. n. 2/1999).

---

<sup>14</sup> M. Luciani, *Il Memorandum delle giurisdizioni superiori e la discussione (mancata) sulla certezza del diritto*, in *Foro It.*, 2018, V, 102.

<sup>15</sup> L'unità funzionale della giurisdizione va, dunque, intesa “come generica comunanza di valori condivisi propri dello status di giudice” (A. Lamorgese, *Note in margine al Memorandum sulle giurisdizioni*, in *Foro It.*, 2018, V, 81).

<sup>16</sup> Condivisibili le osservazioni di A. Proto Pisani - G. Scarselli (*La strana idea di consentire ai giudici amministrativi di comporre i collegi delle sezioni unite*, in *Foro It.*, 2018, V, 64), i quali sottolineano la perdurante diversità di statuti e regole d'indipendenza dei giuridici ordinari e speciali, soprattutto in considerazione della nomina governativa, al di fuori di meccanismi concorsuali, di una componente dei Consiglieri di Stato e del “passaggio” di questi ultimi dalle sezioni consultive a quelle giurisdizionali senza regole particolari. Si deve, com'è noto, alla giurisprudenza costituzionale la costante sottolineatura (cfr. ad es., sent. n. 30 del 1967) del pericolo che la mancanza di indipendenza può degenerare in mancanza di imparzialità.

<sup>17</sup> Si segnala, in questa direzione, l'interessante *Memorandum*, sottoscritto il 15 maggio 2017 dai rappresentanti di vertice delle tre giurisdizioni (in *Foro it.*, 2018, V, 58 ss.), con commenti di A. Proto Pisani - G. Scarselli, G. Canzio, A. Caratta - G. Costantino - G. Ruffini, A. Lamorgese, E. Scoditti, G. Amoroso, F. Patroni Griffi, M. Luciani, S. Cassese - L. Torchia, A. Travi, C. Consolo, A. Cosentino, A. Pajno, G. D'auria, C.M. Barone - R. Pardolesi.

<sup>18</sup> Si veda, ad es., la sent. n. 278 del 1987.

Se è stato certamente apprezzabile l'intento della giurisprudenza volto a ridimensionare il concetto di "specialità" del giudice amministrativo – che «può fondarsi esclusivamente sul fatto che questo sia chiamato ad assicurare la giustizia "nell'amministrazione", e non mai sul mero fatto che parte in causa sia la pubblica amministrazione»<sup>19</sup> – non può negarsi, tuttavia, che il principio di unità, come in varie circostanze la Corte costituzionale non ha mancato di evidenziare, ha fatto ingresso come "principio direttivo" e neppure "condotto alle estreme conseguenze"<sup>20</sup>.

In tal senso depone la disciplina del secondo comma dell'art. 102, per la quale, com'è noto, non possono essere istituiti giudici straordinari o nuovi giudici speciali ma, solo per determinate materie, sezioni specializzate presso gli organi giudiziari ordinari: sicché, la "unità funzionale" si configura come un indirizzo dinamico e sempre in cammino, rivolto essenzialmente dal Costituente al legislatore, al quale del resto fa capo non solo il compito di regolare il giusto processo (art. 111, comma 1, Cost.) ma anche, in aderenza a tale principio, quello ulteriore di implementare l'unità funzionale tra le giurisdizioni quale obiettivo dinamico del "programma sulla giurisdizione" che scaturisce dal complessivo disegno costituzionale. In definitiva, una rigida autonomia delle giurisdizioni sarebbe "ora del tutto obsoleta, in quanto superata dal successivo evolversi del quadro istituzionale"<sup>21</sup> e, proprio in attuazione del primo comma dell'art. 102 Cost., che "parla al singolare di funzione giurisdizionale", la legge ordinaria potrebbe ricondurre le giurisdizioni amministrativa, contabile e militare a sezioni specializzate dell'unica giurisdizione ordinaria, poiché, alla fine, "non risulta tanto definito e certo il quadro costituzionale sulla pretesa esistenza di apparati giurisdizionali tanto diversi, ognuno dei quali farebbe sistema a sé"<sup>22</sup>.

Tale percorso ha, dunque, un fondamento costituzionale, che assegna a tutti i magistrati ordinari, istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario, la "funzione giurisdizionale"<sup>23</sup> e non per escludere aprioristicamente i giudici speciali, ma per indicare, appunto, la necessità di un progressivo allineamento di tutti i giudici ai caratteri tradizionalmente propri della magistratura ordinaria e, quindi, alla indipendenza

---

<sup>19</sup> Cfr., in particolare, la sent. n. 204 del 2004, nonché la n. 191 del 2006. In tale prospettiva, valorizzando quanto chiarito dalla Corte costituzionale in ordine agli artt. 100 e 103 Cost., secondo cui è possibile ricavare un'immagine del giudice amministrativo non quale giudice dell'amministrazione, cioè del soggetto, bensì quale giudice a tutela della giustizia nell'amministrazione, cioè della funzione, sarebbe possibile, come rileva L. Carbone, *Il riparto di giurisdizione in tema di responsabilità per i danni ingiusti cagionati a terzi dal pubblico dipendente*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 2/2021, sulla base di una lettura sistematica delle menzionate previsioni costituzionali con gli artt. 28 e 97 Cost., propugnare che il giudice amministrativo possa conoscere anche delle azioni risarcitorie per lesione di interessi legittimi proposte nei confronti dei pubblici dipendenti, in modo da concentrare davanti a un unico giudice l'intera tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica.

<sup>20</sup> Cfr. la sent. della Corte cost. n. 48 del 1959.

<sup>21</sup> G. Pastori, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Rivista di diritto processuale*, 1996, 921.

<sup>22</sup> A. Cariola, *L'unità della magistratura*, in *www.federalismi.it*, 3 giugno 2015, 9.

<sup>23</sup> L'elemento unificatore – come fa notare G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, v. XXXIV, Milano, 1985, 700 – si può ritrovare "nella particolare posizione di indipendenza degli organi giudiziari nel sistema politico-costituzionale", siccome garantita a tutti i giudici a mente del secondo comma dell'art. 102 Cost.

e imparzialità dal potere politico: si tratta del paradigma del “giudice terzo e imparziale”, innanzi al quale si celebra “ogni processo”, come prescrive il secondo comma dell’art. 111 della Costituzione.

Sono fuori discussione i “meriti storici” di Corte dei conti e Consiglio di Stato, così come altrettanto condivisibile è l’argomentazione che punta sulla particolare specializzazione da questi ultimi acquisita nel corso del tempo: tesi autorevolmente sostenute anche da Mortati in Assemblea Costituente<sup>24</sup>.

La continuità col passato, infatti, avrebbe assicurato una maggiore futura tutela per i diritti dei cittadini contro gli abusi della pubblica amministrazione<sup>25</sup>, sicché gli artt. 100, comma 3, 108, comma 2, e 111 Cost. convergono nel manifestare la preoccupazione dei Costituenti di dover garantire la indipendenza e la terzietà anche dei giudici speciali in un sistema, nel quale (come la Corte costituzionale ebbe a precisare) la “unicità” della giurisdizione (art. 102, primo comma, Cost.) è rimasta soltanto una “aspirazione delusa”<sup>26</sup> e sta ormai, semplicemente, a indicare “secondo la lettera e lo spirito della disposizione, che la funzione giurisdizionale dev’essere esercitata, salve le eccezioni introdotte nella stessa Costituzione, dai magistrati ordinari”<sup>27</sup> e, in tale contesto, l’interpretazione dell’ultimo comma dell’art. 111 Cost. non può certo reputarsi del tutto impermeabile all’evoluzione di un sistema giustiziale che, nel suo ontologico pluralismo, tende a ridurre le originarie differenze delle “specialità” sotto l’unificante e qualificante ombrello della pari valenza dei principi del giusto processo in ogni ambito giurisdizionale.

Per tale ragione, il funzionamento del sistema – posto che la “unicità” intesa come unificazione strutturale-processuale non sembra mai stata realisticamente possibile<sup>28</sup> – mostra costantemente un’irriducibile tensione tra la “unità”, che è alimentata dalle finalità giustiziali e dai principi che accomunano la medesima funzione esercitata dalle pur diverse giurisdizioni, e l’autonomia interna predicata dal “pluralismo” riconosciuto e garantito nel testo fondamentale: alla conservazione delle giurisdizioni speciali esistenti all’entrata in vigore della Costituzione (art. 103) corrispondeva, per altro, l’impegno affidato al legislatore di provvedere alla “revisione” degli organi esistenti (VI disposizione

<sup>24</sup> C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. II, Padova, 1976, 1251.

<sup>25</sup> Sui quali, ampiamente, M. D’Amico-I. Pellizzone, *La giustizia amministrativa. Le ragioni della scelta della Costituente e profili costituzionali dell’attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, 5 ss., ricordando che Ruini aveva definito i giudici amministrativi come “giudici speciali ordinari” in ragione della competenza particolare e specifica, rispetto a quella del giudice ordinario.

<sup>26</sup> G.A. Ferro, *Il costituzionalismo dell’“insofferenza”*. *Riflessioni minime sull’attuale assetto della giustizia tributaria in Italia alla luce dell’eredità culturale di Alessandro Pizzorusso*, in *www.dirittifondamentali.it*, n. 2/2021, richiama il noto insegnamento dello studioso pisano (*L’organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico istituzionale*, 1994) e osserva come l’aspirazione all’unità della giurisdizione, di cui v’è traccia nell’art. 102, co. 1, Cost., sia stata delusa dalla Costituzione stessa attraverso l’esplicita previsione di giudici speciali (amministrativi, contabili, militari) destinati a coesistere con quelli ordinari, sicché sarebbe “sostanzialmente inesatto affermare, come talvolta si fa, che la Costituzione si ispira al principio dell’unità della giurisdizione. Questa aspirazione fu bensì fatta valere, soprattutto da Piero Calamandrei, nel corso dei lavori dell’Assemblea costituente, ma non può dirsi davvero che abbia trovato da parte di essa pieno accoglimento”.

<sup>27</sup> Sent. n. 41 del 1957.

<sup>28</sup> ... “utopica” sarebbe tale prospettiva, come fa rilevare G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 43 ss.

transitoria e finale della Costituzione)<sup>29</sup>, a conferma di un assetto che si prefigurava già, secondo i Padri costituenti, come necessariamente dinamico e proteso all’abbandono delle “specialità” sotto la spinta propulsiva e livellante dell’esigenza funzionalista.

Gli organi di giurisdizione speciale hanno perso quei caratteri che ne avevano determinato la inclusione in una categoria separata<sup>30</sup> anche in conseguenza dei fondamentali interventi della Corte costituzionale, come si è già avvertito, in tema di indipendenza, atteso che quest’ultima è “forma mentale, costume, coscienza d’un’entità professionale”, ma “in mancanza di adeguate, sostanziali garanzie, essa degrada a velleitaria aspirazione” (sentenze n. 266 del 1988, n. 16 del 2011 e n. 225 del 2018)<sup>31</sup>. A ciò va aggiunto che, in applicazione del comma secondo dell’art. 102 Cost., che vieta, com’è noto, la istituzione di nuovi giudici speciali, non sono passati indenni al vaglio di costituzionalità quelle previsioni legislative che, modificando l’oggetto della giurisdizione dei giudici speciali preesistenti alla Costituzione, ne “snaturavano” la materia attribuita originariamente alla cognizione di essi<sup>32</sup>.

Da più parti, tuttavia, si sono lamentati gli inconvenienti sottesi a un sistema basato sul pluralismo giurisdizionale<sup>33</sup>, sia per le incertezze sulla nozione di interesse legittimo, sia a causa della progressiva espansione della giurisdizione esclusiva, con conseguente attribuzione della funzione nomofilattica su questioni attinenti a diritti soggettivi ai due distinti organi di vertice, tanto che, in dottrina, è stato affermato essere “giunto il momento di ragionare con franchezza sul superamento dell’attuale sistema di pluralità delle giurisdizioni, a favore di un sistema di giurisdizione unica”<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> Fu, in realtà, la Corte costituzionale a sostituirsi al legislatore nella eliminazione delle norme palesemente in contrasto con i precetti costituzionali in materia di giurisdizione: in argomento, P. Scarlatti, *Disposizioni transitorie (diritto costituzionale)*, in *Digesto delle disc. pubbl.*, Agg., v. VIII, Torino, 2021, 149.

<sup>30</sup> Sul punto, sia consentito richiamare E. Castorina, *Ordinamento giudiziario*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, v. IV, Milano, 2006, 3958.

<sup>31</sup> Tra le garanzie necessarie al corretto svolgimento della funzione vi è quella dell’indipendenza dei magistrati, che riguarda tanto la magistratura ordinaria, quanto le giurisdizioni speciali. Infatti, come l’art. 104 dispone che la magistratura costituisca un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere, così l’art. 108 prevede che la legge debba assicurare l’indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali e del pubblico ministero presso di esse (Corte cost., sent. n. 87 del 2009).

<sup>32</sup> Nella sent. n. 39 del 2010, la Corte costituzionale, escludendo la natura tributaria del canone per lo scarico e la depurazione delle acque reflue, ha concluso che l’attribuzione alla giurisdizione tributaria – ad opera della norma censurata – delle controversie relative a tale canone “snatura” la materia originariamente assegnata alla cognizione del giudice tributario e, conseguentemente, viola l’evocato art. 102, secondo comma, Cost. La giurisdizione del giudice tributario, infatti, “deve ritenersi imprescindibilmente collegata” alla natura tributaria del rapporto (sentenze n. 238 e n. 141 del 2009; n. 130 e n. 64 del 2008; ordinanze n. 300 e n. 218 del 2009; n. 395 del 2007; n. 427, n. 94, n. 35 e n. 34 del 2006).

<sup>33</sup> M. Nigro, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro It.*, 1983, V, 256, auspicava, nella prospettiva di “lungo e lunghissimo periodo (...), la riunificazione nel giudice ordinario di tutte le controversie” aventi come scopo l’effettiva assicurazione per l’amministrato del godimento della utilità in funzione del quale l’amministrazione è ordinata e opera.

<sup>34</sup> I pertinenti rilievi sono di A. Travi, *Intervento al seminario di studi sul tema “Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione”*, in *www.cassazione.it*, 21 settembre 2017, il quale sottolinea come la questione dell’estensione della giurisdizione esclusiva, a fronte del ruolo assegnato alla Cassazione dal citato art. 111, ultimo comma, non venne valorizzata appieno dal giudice costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004, che dichiarò assorbita la censura. Lo stesso A. aveva ampiamente argomentato sul concreto pericolo che un medesimo

Il percorso di armonizzazione, richiamato sin qui solo per sommi capi, si è rivelato del tutto fisiologico per assecondare le esigenze di rafforzamento dello Stato di diritto e sociale (a cui si deve l'oggettivo ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), ma ha finito, al contempo, per annullare quasi del tutto una effettiva distinzione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizioni speciali<sup>35</sup> e, perfino, può alimentare validi dubbi circa la necessità attuale di mantenere una differenziazione anche sul solo piano lessicale.

L'assetto c.d. "dualistico" non trova più il suo attuale fondamento nella necessità di assicurare la separazione dei poteri<sup>36</sup>. Sotto l'unificante ombrello di essere costituiti tutti da "giudici soggetti soltanto alla legge" (art. 101, comma 2), i diversi ordini giurisdizionali integrano e partecipano della medesima funzione, finalisticamente orientata all'amministrazione della giustizia: da questo punto di vista, la "pluralità" di esse non è concepibile, sul piano costituzionale, se non come "unità", sebbene i variegati interessi che trovano garanzia nell'ordinamento giuridico possono giustificare la conformazione di differenti forme e tipi di schemi processuali che il legislatore disciplina con la necessaria ragionevolezza, anche in rapporto alle situazioni giuridiche soggettive richiedenti tutela<sup>37</sup>.

La residua distinzione tra giurisdizioni diverse può essere individuata, in mancanza di un principio avente rilievo costituzionale che prescriva una necessaria e completa uniformità tra i diversi sistemi processuali<sup>38</sup>, essenzialmente, nella esigenza di apprestare "differenti modalità di tutela" (artt. 103 e 113 Cost.) per meglio rispondere alle esigenze di garanzia ed effettività (artt. 24 e 111 Cost.), rispetto alle quali possono risultare congeniali sistemi processuali differenziati. Come lo stesso giudice costituzionale ha più volte ribadito, la disciplina in questo campo richiede, in ogni caso, scelte ragionevoli da parte del legislatore, non solo in rapporto alle situazioni giuridiche dedotte, ma anche per assecondare, eventualmente, le "tradizioni storiche di ciascun procedimento, avuto riguardo (...) al fatto che il processo amministrativo è strutturato come processo prevalentemente di impugnazione"<sup>39</sup>.

---

diritto sia attuato in maniera divergente da ciascuno dei due giudici nello scritto *Per l'unità della giurisdizione*, in *Diritto pubblico*, 1998, 387.

<sup>35</sup> A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"* (Sonntagsgedanken), Milano, 2005, 38 ss., rileva come il principio dell'unità deve essere considerato "già compiuto nel testo costituzionale, nel senso che esso prevede una pluralità di forme distinte e autonome che confluiscono tutte a comporre la magistratura ordinaria".

<sup>36</sup> Come fa opportunamente notare L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Diritto pubblico*, 2014, 562 ss., la specialità del giudice amministrativo non è più, nello Stato costituzionale, giustificata dal principio della separazione dei poteri e il potere di annullamento attribuito a quest'ultimo è espressione della legge e non della sostituzione all'amministrazione nel momento del giudizio.

<sup>37</sup> In questi termini, S. Satta, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, v. XIX, Milano, 1970, 219-225.

<sup>38</sup> Tra le tante della Corte cot., al riguardo, cfr. sentt. n. 310 del 2002, n. 18 del 2000 e n. 82 del 1996.

<sup>39</sup> In questi termini, Corte cost., sent. n. 82 del 1996.

### 3. I modelli d'organizzazione giurisdizionale nell'esperienza del costituzionalismo europeo

Il costituzionalismo europeo non offre un modello uniforme di organizzazione della funzione giurisdizionale, ma presenta una diversità di assetti, la maggior parte dei quali ancora operanti<sup>40</sup>.

In tale prospettiva, se si guarda al sistema giudiziario inglese, si potrà rinvenire in esso un esempio di “monismo” giudiziario<sup>41</sup>. I c.d. *Specialized Administrative Tribunals*, quali organi amministrativi di riesame sono chiamati a risolvere conflitti in numerose materie (come, ad esempio, quella fiscale, assistenziale, previdenziale, sanitaria, ma anche in materia d'immigrazione), secondo modalità sostanzialmente giurisdizionali, potrebbe dirsi *quasi-judicial*, attraverso procedure che “non sono giudiziarie in senso stretto, ma che vanno esercitate sotto molti aspetti *judicially*, applicando appunto le regole del procedimento giudiziario”<sup>42</sup>.

Nonostante il rafforzamento della giurisdizionalizzazione dei *Tribunals*, a seguito di successive riforme, ne rimane ancora “sfocata la natura”, permanendo come “soggetti ibridi, al confine tra giurisdizione e amministrazione”<sup>43</sup> e, pertanto, si reputa che essi non diano luogo a “un ordine giurisdizionale amministrativo distinto, sull'impronta del dualismo francese”<sup>44</sup>: tanto da far rilevare ad Alexis de Tocqueville, già nella metà dell'ottocento, che in Inghilterra il contenzioso amministrativo non era diverso da quello ordinario e ciò appariva addirittura “mostruoso” alla maggior parte dei giuristi francesi<sup>45</sup>.

Anche negli Stati Uniti opera un ordine unico di giudici federali<sup>46</sup>, la cui funzione è estesa a tutti i casi di *common law* e di *equity* che si presentino nel quadro della Costituzione, delle leggi e dei trattati stipulati dagli Stati Uniti (Art. III Const.).

A queste Corti, nel loro complesso, si riferiva lo stesso Tocqueville, annotando come nel nuovo continente “i tribunali detengono il primo potere dello Stato (...), una delle più alte garanzie di libertà che un popolo possa avere”<sup>47</sup>, quale emanazione unitaria e diretta della sovranità popolare<sup>48</sup>: nonostante

---

<sup>40</sup> M.S. Giannini, *La funzione del giudice nella società contemporanea*, in *Il diritto dell'economia*, 1971, ora in *Scritti*, v. VI, Milano, 2005, 278, fa notare che Francia e Inghilterra hanno funzioni giurisdizionali rette da principi diversissimi, assumendo, la seconda, come base il diritto giudiziale.

<sup>41</sup> G.F. Ferrari, *Giustizia amministrativa in diritto comparato*, in *Digesto delle disc. pubbl.*, vol. VII, Torino, 1991, 600.

<sup>42</sup> A. Algostino, *Regno Unito*, in *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, a cura di A. Di Giovine-A. Algostino-F. Longo-A. Mastromarino, Milano, 2017, 294; A. Mastromarino, *Il potere giudiziario*, ivi, 235, la quale fa notare come la giustizia amministrativa non costituisce, in quell'ordinamento, una giurisdizione vera e propria.

<sup>43</sup> M.C. Pangallozzi, *Le trasformazioni del diritto amministrativo inglese: i «nuovi» Administrative Tribunals*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2016, 453 ss.

<sup>44</sup> M. Macchia, *La riforma degli amministrative tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2009, 15, 18.

<sup>45</sup> A. de Tocqueville, *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, Milano, 2019, 306 s. In particolare, H.W.R. Wade, *Diritto amministrativo inglese*, a cura di G. Geraci, Milano, 1969, 341, fa notare che questi tribunali hanno sì natura di corti, ma sono inseriti nell'apparato amministrativo e soggetti, al pari di questo, al controllo delle corti ordinarie.

<sup>46</sup> A. Di Giovine, *Gli Stati Uniti*, in *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, cit., 401.

<sup>47</sup> A. de Tocqueville, *Viaggio negli Stati Uniti*, a cura di E. Faccioli, Torino, 1990, 45.

<sup>48</sup> F.N. Thorpe, *The Essentials of American Constitutional Law*, 2017, 70 ss.

il proliferare delle *agencies*, il sistema americano non conosce dualismo giurisdizionale e non presenta neppure specializzazioni in seno al giudiziario<sup>49</sup>.

Una connotazione marcatamente “dualistica” caratterizza, invece, il sistema giudiziario francese, così strutturato sulla base di giustificazioni di carattere storico-ordinamentale del tutto peculiari, anche se i giudici amministrati non godono, attualmente, di garanzie d’indipendenza a livello costituzionale<sup>50</sup>.

Tocqueville faceva notare che, nel quadro dell’esperienza europea del tempo, i tribunali ordinari presentavano un grado assai accentuato di indipendenza dal Governo soprattutto in Francia, dove operavano anche tribunali straordinari; in alcune parti dell’impero tedesco – dove i giudici ordinari non erano così indipendenti – la giustizia amministrativa non venne introdotta, poiché “il principe si sentiva abbastanza padrone dei giudici per non aver bisogno di commissari”, a differenza di quanto accadeva in Francia, in cui il Re, proprio in ragione dell’indipendenza assicurata dal corpo dei giudici ordinari<sup>51</sup>, riservò ad organi straordinari (come gli intendenti e il consiglio, che poteva anche avocare le questioni di cui fosse interessata l’amministrazione ancorché ricadessero nella competenza dei tribunali ordinari) la cognizione degli interessi concernenti direttamente i poteri pubblici, l’interpretazione di un atto amministrativo o dispute in cui erano coinvolti i propri agenti, mentre i “casi privati” rimanevano in capo alla giurisdizione ordinaria<sup>52</sup>.

È interessante rammentare come, nel 1789, i *Cahiers de doléances* del ceto nobiliare raccomandassero che nessuno fosse arrestato e giudicato se non dai magistrati ordinari, che fossero aboliti i “tribunali d’attribuzione o di eccezione” e che fosse da mantenere unicamente la giurisdizione ordinaria e le altre soppresse<sup>53</sup>. Lo stesso Tocqueville non manca di avvertire come nel diritto amministrativo erano stati fatti notevoli progressi dopo la Rivoluzione, in quanto il potere giudiziario e quello amministrativo, prima “confusi”, si erano più nettamente venuti a distinguere, fin quando la giustizia amministrativa assumerà i caratteri di una giurisdizione separata dall’ordinaria<sup>54</sup>.

Certo è che, nonostante il lungo cammino percorso, il riparto giurisdizionale in Francia viene giustificato essenzialmente sulla base della separazione dei poteri, nonostante la quale, tuttavia, rimane ben salda la

---

<sup>49</sup> G.F. Ferrari, *Giustizia amministrativa: modelli e funzionamento*, in *Atlante di diritto pubblico comparato*, a cura di G.F. Ferrari, Torino, 2010, 404.

<sup>50</sup> E. Grosso, *La Francia*, in *Diritto costituzionale comparato*, a cura di P. Carrozza-A. Di Giovine-G.F. Ferrari, Roma-Bari, 2010, 184.

<sup>51</sup> A. de Tocqueville, *L’Antico Regime e la Rivoluzione*, cit., 154, annotava che, se “è vero che il potere regio era riuscito a sottrarre ai tribunali ordinari quasi tutta la conoscenza degli affari nei quali era interessata l’autorità pubblica, ma anche spogliandoli li temeva”.

<sup>52</sup> A. de Tocqueville, *L’Antico Regime e la Rivoluzione*, cit., 91 ss.

<sup>53</sup> Cfr., ancora, A. de Tocqueville, *L’Antico Regime e la Rivoluzione*, cit., 292.

<sup>54</sup> A. Pizzorusso, *Ordinamenti giudiziari e professioni giuridiche*, in *Enc. scienze sociali*, 1996, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

connessione fra amministrazione e giurisdizione (*«juger l'administration, c'est encore administrer»*<sup>55</sup>), interessando non solo lo stato giuridico dei magistrati amministrativi (soggetti allo statuto generale della funzione pubblica, seppur con regole speciali in ragione della peculiarità della funzione e a garanzia della posizione d'indipendenza<sup>56</sup>), ma anche il cumulo di funzioni amministrativo/consultive e giurisdizionali emblematicamente attribuite al *Conseil d'Etat*, secondo un “modello” attecchito nell'ordinamento statutario e nella successiva Costituzione repubblicana.

Per quanto riguarda l'esperienza italiana, va rammentato che, nel periodo pre-unitario, era già presente tanto il sistema del contenzioso amministrativo di origine francese, quanto quello di giurisdizione unica: al riguardo, restano ancora valide le considerazioni di Mario Nigro, allorché osservava che la Costituzione del 1948 “non solo non ha mutato, ma ha consolidato i lineamenti del sistema quali risultano dalle leggi del 1865 e del 1889” e – rinunciando ad assecondare la proposta di chi, come Calamandrei, avrebbe preferito abolire il dualismo e concentrare nel giudice ordinario ogni tutela contro la pubblica amministrazione – ha affidato la distinzione tra i due ordini di giudici, tendenzialmente, alla situazione giuridica soggettiva lesa (diritto o interesse legittimo). Da ciò deriva l'affermazione della parità e originarietà dei medesimi, con il superamento di “ogni residua velleità di fare della giurisdizione amministrativa una giurisdizione minore ed eccezionale rispetto a quella ordinaria”<sup>57</sup>, non sottoposta al sindacato di legittimità della Corte di cassazione se non per “motivi inerenti alla giurisdizione” (art. 111, ult. co., Cost.)<sup>58</sup>.

Un assetto effettivamente “pluralista” rimane del tutto peculiare all'ordinamento italiano.

In Germania, infatti, l'Art. 101, II, GG, si occupa dei *Gerichte für besondere Sachgebiete*, vale a dire di giudici che sono istituiti “per materie specifiche” unicamente sulla base di previsioni di legge. Il termine *Sondergericht*, che è la traduzione letterale di Tribunale speciale, è impiegato per descrivere una realtà assai diversa, vale a dire i Tribunali penali istituiti dal regime nazista per contrastare gli oppositori politici tra il 1933 e il 1945. I menzionati *Gerichte* si distinguono sostanzialmente dai cosiddetti *Ausnahmegerichte*, proibiti dalla Legge Fondamentale tedesca all'Art. 101, I, GG. La seconda frase dell'Art. 101, I, GG, al divieto di istituzione di giudici eccezionali aggiunge che nessuno deve essere sottratto al giudice previsto dalla legge.

---

<sup>55</sup> Cfr. *Intervention de Jean-Marc Sauvé à l'Ecole nationale de la magistrature le 21 juillet 2017*, in [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr), 21 luglio 2017, ove si attribuisce l'aforisma riportato nel testo al Consigliere di Stato Henrion de Pansey, divenuto primo presidente della Corte di cassazione nel 1828.

<sup>56</sup> S. Mirate, *Unità e pluralità delle giurisdizioni fra tutela oggettiva e tutela soggettiva: uno sguardo comparato*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), n. 3/2015.

<sup>57</sup> M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 101 ss.

<sup>58</sup> La previsione richiamata nel testo è generalmente intesa come norma di garanzia della giustizia amministrativa nei confronti delle ingerenze della giustizia ordinaria (A. Andronio, *Art. 111*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, v. III, Torino, 2006, 2123).

Esempi eloquenti di *Gerichte für besondere Sachgebiete* sono la giurisdizione finanziaria e quella amministrativa, le quali constano di un'organizzazione indipendente l'una dall'altra ma, ai sensi dell'Art. 95, III, GG, il Senato congiunto delle Corti supreme della Repubblica federale (*GmS-OGB*) è chiamato a garantire l'uniformità della giurisprudenza delle più alte corti federali afferenti alle distinte "materie". Un istituto simile è in Francia rappresentato dal *Tribunal des conflits*, a composizione paritaria di giudici della Cassazione e del Consiglio di Stato, che si alternano nella presidenza<sup>59</sup>.

#### **4. Il controllo di giurisdizione (art. 111, comma 8, Cost.) integra un elemento identitario dell'ordinamento italiano?**

Il compromesso cui giunsero i Costituenti, coniugando il mantenimento dell'organizzazione giurisdizionale preunitaria con una unità della giurisdizione dai toni certamente indeterminati, ma da apprezzare nella prospettiva dinamica che si è tentato sin qui di evidenziare, viene adesso rimesso all'esame della Corte del Lussemburgo come uno dei profili di leale cooperazione, per i quali l'Unione e gli Stati membri sono tenuti a rispettarsi e assistersi reciprocamente nell'adempimento dei compiti scaturenti dai Trattati (art. 4.3. TUE).

La Corte di cassazione – alla stregua della sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e della giurisprudenza di legittimità successiva che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione, sotto il profilo del cosiddetto "difetto di potere giurisdizionale", non possa essere invocato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative confliggenti con sentenze della Corte di giustizia – pone, in effetti, come questione pregiudiziale, l'interrogativo se l'assetto racchiuso nell'ultimo comma dell'art. 111 della Costituzione possa integrare violazione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione in settori disciplinati dal diritto europeo (nella specie, in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici), nei quali gli Stati membri hanno rinunciato a esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale ordinamento. Si determinerebbe, altrimenti, il consolidamento di violazioni che, invece, potrebbero essere evitate tramite il predetto ricorso a salvaguardia dell'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria<sup>60</sup>.

Una così decisa presa di posizione delle Sezioni Unite – viepiù al cospetto di una pronuncia (sentenza n. 6 del 2018) che aveva fornito l'interpretazione costituzionalmente adeguata ai "motivi inerenti alla giurisdizione" e ai conseguenti limiti, sotto questo profilo, del c.d. eccesso di potere giudiziario (che non

<sup>59</sup> Per la suddetta notazione, cfr. E. Balboni, *Qualche idea, antica e nuova, a favore dell'unicità della giurisdizione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2001, 647. Al riguardo, si può rinviare diffusamente a *Intervention de Jean-Marc Sauvé à l'École nationale de la magistrature le 21 juillet 2017*, cit.

<sup>60</sup> Cfr., in particolare, il punto 46 della citata ord. n. 19598/20.

può trasmodare in un sindacato sulla violazione di norme dell'Unione o della CEDU, attinente, ad avviso del giudice costituzionale, a profili di legittimità e in quanto tali sottratti al sindacato della Cassazione a mente del citato art. 111, commi 7 e 8, Cost.<sup>61</sup>) – punta inevitabilmente il dito su una *vexata quaestio*, la cui soluzione viene rimessa alla Corte di giustizia facendo agio su un assetto dell'integrazione sovranazionale sempre più consolidato attraverso l'esercizio della funzione giurisdizionale: parte costitutiva, essa stessa, di un “ordinamento giuridico di nuovo genere, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, in settori sempre più ampi, ai loro poteri sovrani e che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini”<sup>62</sup>.

Nonostante l'orientamento del giudice costituzionale in ordine al significato essenzialmente di “norma di chiusura” attribuibile al comma ottavo del richiamato art. 111, quale argine insormontabile da straripamenti che aprano al sindacato sulla legittimità comunitaria delle decisioni (nel caso in specie) del Consiglio di Stato, la Suprema Corte solleva una questione che pone l'intervento del giudice europeo di fronte a un bivio assai delicato.

Da una parte, sta la tesi secondo cui il pluralismo giurisdizionale, che caratterizza il sistema italiano, debba essere inteso come ineludibile profilo della struttura identitaria dell'ordinamento costituzionale, al cui rispetto è, pertanto, chiamata l'Unione (art. 4.2 TUE), ove fosse apprezzato come “principio supremo dell'ordinamento costituzionale”<sup>63</sup>: sì da doversi reputare garantita, nell'ordinamento statale, l'osservanza del diritto europeo attraverso un assetto organizzativo che si articola anche mediante le giurisdizioni speciali e l'autonomo operato di esse; dall'altra parte, la soluzione, di segno opposto e implicitamente respinta dalla Corte costituzionale nella pronuncia n. 6 del 2018, secondo la quale la magistratura europea potrà procedere alla “verifica della compatibilità comunitaria”<sup>64</sup> di un assetto che, frutto di una scelta compromissoria del Costituente ma non intangibile, si dimostra come vero e proprio *rebus* che attende di essere compiutamente decifrato sotto il profilo della sua attitudine alla cooperazione e reciproca assistenza nell'adempimento dei compiti statali derivanti dai Trattati (art. 4.3 TUE).

---

<sup>61</sup> Nella circostanza, la Corte, com'è noto, ha puntualizzato che la previsione dell'ottavo comma dell'art. 111 Cost. “attinge il suo significato e il suo valore dalla contrapposizione con il precedente comma settimo, che prevede il generale ricorso in cassazione per violazione di legge contro le sentenze degli altri giudici, contrapposizione evidenziata dalla specificazione che il ricorso avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è ammesso per i «soli» motivi inerenti alla giurisdizione”, recisamente escludendo che sono estranei ai motivi propriamente di giurisdizione le questioni che toccano la primazia del diritto comunitario, l'effettività della tutela, il giusto processo e l'unità funzionale della giurisdizione.

<sup>62</sup> Il riferimento va alle primissime prese di posizione da parte della giurisprudenza comunitaria, già nella nota sentenza del 1963 *Van Gend & Loos*, C-26/62.

<sup>63</sup> Al riguardo, non si può non richiamare l'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale, sul c.d. caso Taricco, spec. punto n. 6.

<sup>64</sup> L'efficace espressione è di B. Caravita, *La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al diritto europeo?*, Postilla a commento a 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. 195982*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 4 novembre 2020.

È pur vero che valutazioni del genere devono essere responsabilmente effettuate in seno all'ordinamento statale e che, anzi, se modifiche normative fossero necessarie per eliminare le incrostazioni di cui risente l'ultimo comma dell'art. 111, queste competono agli organi a ciò preposti (al legislatore ordinario o della revisione costituzionale) e non sarebbe auspicabile e appropriato che fossero surrettiziamente introdotte attraverso interventi giurisprudenziali da parte di organi sovranazionali<sup>65</sup>.

Tuttavia, uno scenario che sembra probabile è che la Corte del Lussemburgo possa trovare lo spazio per far prevalere il principio di effettività della tutela giurisdizionale su un ostacolo che – benché ancorato in una previsione di rango costituzionale – non assurge comunque a profilo identitario e supremo dell'ordinamento italiano e, come tale, sarebbe recessivo di fronte al prevalere dell'unità e della primazia del diritto dell'Unione<sup>66</sup>. In sostanza, non viene portato sul piatto della bilancia europea il principio del pluralismo delle giurisdizioni, che indubbiamente rappresenta un dato strutturale e identitario dell'ordinamento costituzionale italiano; la materia del contendere si annida, infatti, intorno a un “collo di bottiglia” che scaturisce – alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento costituzionale stesso verso l'unità funzionale delle giurisdizioni – dalla disciplina costituzionale relativa al controllo di giurisdizione dettato dal comma ottavo dell'art. 111 della Costituzione, il quale si ascrive a una previsione sulla ripartizione di competenze giurisdizionali del tutto servente alla nozione stessa di unità funzionale del sistema delle giurisdizioni e, al pari di essa, dunque, flessibile e non identitaria dell'ordinamento costituzionale.

In modo esplicito, la Grande Sezione, in una recentissima pronuncia del 2 marzo 2021<sup>67</sup>, ha sottolineato che “gli effetti derivanti dal principio del primato del diritto dell'Unione si impongono a tutti gli organi di uno Stato membro, senza che, in particolare, le disposizioni interne relative alla ripartizione delle competenze giurisdizionali, ivi comprese quelle di rango costituzionale, possano opporvisi”. Ad avviso della stessa Corte del Lussemburgo, e secondo la sua giurisprudenza consolidata, inoltre, “non si può ammettere che le norme di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, pregiudichino l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione”<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> A. Travi, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano* in *Foronevs* (Foro It.), 12 ottobre 2020, il quale nota come “il superamento del modello delle due giurisdizioni separate, a mio parere, si impone, nell'interesse innanzi tutto dei cittadini, e non è la meno importante o la meno urgente delle riforme che il nostro Paese meriterebbe. Nello stesso tempo, per rispetto dei ruoli definiti dalla Costituzione, è una riforma demandata al legislatore come appunto aveva richiesto Calamandrei, e non all'interpretazione dei giudici”.

<sup>66</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a E. Castorina, *Identità costituzionale europea*, in *Il libro dell'anno del diritto 2019*, Roma, 2019, ove si è argomentato che l'identità costituzionale europea viene a delinearsi progressivamente lungo il cammino di armonizzazione dei valori-beni giuridici – su cui l'Unione si fonda, grazie alla derivazione di essi dal patrimonio comune degli Stati membri – con i precetti costituzionali degli ordinamenti statali che ai primi si riannodano sul versante sovranazionale.

<sup>67</sup> Si tratta della causa C-824/18, *A.B., C.D., E.F., G.H., I.J. c. Krajowa Rada Sądownictwa*.

<sup>68</sup> Cfr., inoltre, le sentenze del 15 gennaio 2013, *Križan e a.*, C-416/10, punto 70 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 4 dicembre 2018, *Minister for Justice and Equality e Commissioner of An Garda Síochána*, C-378/17, punto 49 e giurisprudenza ivi citata.

Va, per altro, considerato che, fermo l'obbligo da parte del giudice nazionale, la cui decisione in merito all'interpretazione del diritto dell'Unione non sia impugnabile, a effettuare anche d'ufficio il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in caso di dubbio sull'applicazione del diritto europeo, l'obbligo in parola persiste "quand'anche la Corte costituzionale del medesimo Stato membro si sia pronunciata sulla controversia ed abbia imposto a detto giudice di risolverla conformandosi alle sue statuizioni relative al diritto costituzionale interno"<sup>69</sup>. Inoltre, è principio altrettanto consolidato – nella giurisprudenza comunitaria – che le "norme di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, (non) possano menomare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione"<sup>70</sup>, e già nella sentenza 17 dicembre 1970 veniva riconosciuto che "il fatto che siano menomati (...) i principi di una costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato"<sup>71</sup>.

Non v'è da stupirsi, allora, se l'organizzazione giurisdizionale – come si evidenziava nelle pagine iniziali del presente scritto – mostri una irriducibile tensione tra la conseguita "unità" delle diverse giurisdizioni come "regola di esercizio della funzione giurisdizionale"<sup>72</sup> e una rappresentazione pluralistica della stessa, la cui lettura nella prospettiva sovranazionale dovrebbe, tuttavia, condurre alla prevalenza della unità sulla piena autonomia interna delle diverse giurisdizioni, se si valorizza appieno la cooperazione a livello sovranazionale, richiesta anche dall'art. 11 della stessa Costituzione.

È certamente vero che si fa risalire a una motivata scelta del Costituente la mancata previsione di un unico complesso giurisdizionale sul piano organico, sicché il "pluralismo", che si fonda su ragioni prettamente storiche e supportate dall'esigenza di assicurare una più completa garanzia di tutela delle posizioni giuridiche soggettive<sup>73</sup>, dà luogo indubbiamente a un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale<sup>74</sup> ed esprime, per di più, una connotazione di rilievo identitario del sistema. Ben altra cosa

---

<sup>69</sup> In questi termini, si vedano le Conclusioni dell'Avvocato Generale J. Kokott presentate il 19 aprile 2012 nella Causa C-416/10, *Jozef Križan e altri contro Slovenská inšpekcia životného prostredia*, punto 63.

<sup>70</sup> Cfr. Corte di giustizia, 8 settembre 2010, C-409/06, punto 61.

<sup>71</sup> Causa C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, punto 3.

<sup>72</sup> Il tema è particolarmente sottolineato da A. Police, *La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), n. 3/2015.

<sup>73</sup> A. Cariola, *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*, nel volume "Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele", cit., opportunamente osserva che "nell'esperienza storica italiana l'istituzione di più giurisdizioni non è avvenuta però in nome del pluralismo; anzi lo stesso termine è di uso generale piuttosto recente e di certo quella pluralista non era la prospettiva accolta nelle riforme crispine del 1889-1890, anche perché la stessa parola (ed il relativo concetto) è "figlio" della cultura politica di ispirazione cattolica che vedeva nello Stato solo uno dei mezzi di espressione del potere e, pertanto, portava a limitarne l'azione e da guardare, invece, con entusiasmo alle manifestazioni della c.d. comunità sociale. Al contrario, in un'ottica che si muoveva tutto attorno allo Stato, giurisdizioni diverse da quella ordinaria sono state (mantenute e) previste in nome dell'insufficienza della tutela prestata dalla giurisdizione ordinaria alle posizioni giuridiche soggettive".

<sup>74</sup> In tal senso, può richiamarsi la sent. n. 77 del 2007 della Corte costituzionale in tema *translatio iudicii*, in cui si sottolinea come la esistenza di una pluralità di giudici rappresenta un principio fondamentale, "affinché venga assicurata, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, e non già affinché sia compromessa la possibilità stessa che a tale domanda venga data risposta".

è sostenere una sorta d'inderogabilità dell'assetto costituzionale in materia di disciplina del sindacato sul raccordo delle competenze, poiché tale profilo è, come si è visto, funzionale a una soddisfacente domanda di giustizia ed è recessivo, pertanto, rispetto alla esigenza, cui attende la pluralità stessa dei giudici, di piena effettività delle situazioni giuridiche fondate sul diritto eurounitario.

## 5. L'integrazione europea e l'interpretazione evolutiva dell'art. 111, comma 8, della Costituzione

La sottrazione delle sentenze del Consiglio di Stato al controllo di legittimità della Corte di cassazione (artt. 111, commi 7 e 8, Cost.) ha indotto una parte della dottrina a sostenere che tale scelta realizza una vera e propria ipotesi di “rottura dell'unità dell'ordinamento giuridico”<sup>75</sup> e, oggi, evidenzia un “vistoso rudere di un passato che non esiste più”<sup>76</sup>: in definitiva, una sorta di contraddizione in termini emergente dal testo costituzionale, tale da confliggere con la contestuale, e ormai consolidata, negazione dell'esistenza di una diversità ontologica, per così dire, tra le giurisdizioni, proprio sotto l'egida dell'invalso principio dell'unità funzionale<sup>77</sup>.

Dovrebbe, dunque, essere possibile, mediante un'interpretazione evolutiva delle pertinenti previsioni costituzionali, pervenire al superamento di una nozione di motivi di giurisdizione che, al tempo della scrittura del testo, risentiva dell'assetto pre-repubblicano ed evidentemente anche di una concezione della sovranità che ormai non è più in linea con il processo d'integrazione sovranazionale, in cui ogni giudice è anche giudice europeo ed è, pertanto, “chiamato a utilizzare con flessibilità gli strumenti disponibili sul piano del diritto interno al fine di assicurare il rispetto del diritto dell'Unione”<sup>78</sup>.

In tale prospettiva, appare preferibile l'indirizzo giurisprudenziale “dinamico” concernente i c.d. motivi attinenti alla giurisdizione, maturato precedentemente alla sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale<sup>79</sup>. La posizione manifestata in questa circostanza dal giudice costituzionale – a parte la discutibile prospettazione della “cristallizzazione” della nozione del controllo di giurisdizione all'*original intent* del Costituente come corollario del principio pluralistico delle giurisdizioni – non appare immune

<sup>75</sup> A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 185.

<sup>76</sup> Così, ancora, A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 187.

<sup>77</sup> A. Cariola, *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*, sopra cit., osserva efficacemente che la “Costituzione ha finito per cristallizzare un percorso: gli artt. 24, 100, 103 e 111 (al tempo, terzo comma; oggi ottavo) hanno finito per bloccare una storia che per definizione dovrebbe essere in continuo divenire. Sono state cristallizzate due nozioni, di per sé aperte – o forse vuote – a cui è stato necessario attribuire un contenuto. Attorno alle due nozioni di diritto soggettivo e interesse legittimo, che dovrebbero essere situazioni giuridiche viste dalla parte del soggetto privato che ne è titolare, si sono formate burocrazie magistratali che ne difendono i confini, secondo logiche in cui si smussa l'esigenza di tutela del singolo, che pure dovrebbe essere il motore propulsivo di ogni considerazione sull'accesso alla tutela giurisdizionale”.

<sup>78</sup> Per questa condivisibile notazione, cfr. E. Calzolaio, *L'elusione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Foro It.*, 2017, V, 587.

<sup>79</sup> Cfr., per tutte, Cass. civ., SS.UU., n. 31226/2017, secondo cui la violazione di un limite esterno della giurisdizione, concretizzando uno dei casi estremi in cui il giudice adotta una decisione anomala o abnorme, integra un “radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tale da ridondare in denegata giustizia”.

dal rilievo d'aver escluso qualsiasi ipotesi di "duttività" e di sviluppo mediante un'interpretazione, condotta "secondo la logica dell'attualità"<sup>80</sup>, della disciplina in tema di motivi attinenti alla giurisdizione, che tenesse conto, come la stessa Corte in altre occasioni ha avuto modo di precisare, delle trasformazioni dell'ordinamento nazionale, sostenute dall'art. 11 della Costituzione e comunque non incidenti sul "nucleo delle norme" costituzionali che danno fondamento e copertura al pluralismo dei giudici<sup>81</sup>.

Non solo appare arduo escludere un costruttivo contributo della Cassazione all'emersione della portata "vivente" della nozione di giurisdizione, ma anche ritenere che la nomofilachia comunitaria, per così dire, apprestata nei termini auspicati da quest'ultima, possa dirsi non compatibile, ora per allora, con "la scelta di fondo dei Costituenti dell'assetto pluralistico delle giurisdizioni"<sup>82</sup>. Così argomentando, si finirebbe con l'emarginare la Cassazione dalla costruzione del significato di una nozione, come quella dei motivi attinenti alla giurisdizione, che – proprio alla luce del principio direttivo dell'unità funzionale delle giurisdizioni e in coerenza con gli sviluppi patrocinati dallo stesso giudice costituzionale in tema di fondamento dell'integrazione comunitaria secondo una interpretazione evolutiva, *in primis*, dell'art. 11 Cost. – risulti in linea con le esigenze di cooperazione necessarie per sostenere l'effettività dell'ordinamento europeo anche con riferimento ai "rimedi giurisdizionali" stabiliti a livello statale (artt. 4.3 e 19 TUE).

## 6. *Segue: ... per una riforma costituzionale*

Il *Memorandum*, sottoscritto il 15 maggio 2017 dai rappresentanti delle tre giurisdizioni, ha valutato positivamente la possibilità che siano introdotte norme, anche a Costituzione invariata, che permettano forme di reciproca integrazione degli organi collegiali di vertice delle tre giurisdizioni, "quando si trattino questioni di alto e comune rilievo nomofilattico, ivi comprese, per le sezioni unite della Corte di cassazione, quelle attinenti alla giurisdizione"<sup>83</sup>.

La pari legittimazione delle diverse magistrature, in cui è articolata la medesima funzione, e la mancata attuazione del principio di "unicità" della giurisdizione hanno fatto venir meno qualsiasi ragione per sostenere una preconcepita primazia della Corte di cassazione, con la conseguenza che è ben possibile configurare, in via generale, "un giudice dei conflitti a composizione mista": soluzione, quest'ultima, praticabile dal legislatore ordinario e a Costituzione invariata<sup>84</sup>.

---

<sup>80</sup> A. Cariola, *La tradizione costituzionale: contro l'original intent nell'interpretazione della Costituzione*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, v. II, Torino, 2010, 542.

<sup>81</sup> Così, Corte cost., n. 138 del 2010.

<sup>82</sup> Così, Corte cost., sent. n. 6 del 2018, cit., punto 11 in diritto.

<sup>83</sup> Si tratta del n. 4) del *Memorandum*, il cui testo completo è consultabile su *Foro It.*, 2018, V, cit., 60.

<sup>84</sup> In questi termini, G. Verde, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, 842, ma anche R. Rordorf, *Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta*, in *Foro Italiano*, 2017, V, 123 ss.

Con riguardo specifico a quest'ultimo profilo, non sono decisive le paventate criticità di una riforma meramente legislativa della composizione della Corte di cassazione in sede di controllo di giurisdizione. Esse, invero, neppure in passato, potevano far agio né sull'ipotetico contrasto con l'art. 111 (contemplando, questa disposizione costituzionale, un riferimento diretto espressamente all'organo e non alla sua composizione), né col comma terzo dell'art. 106 Cost., poiché l'accesso stabile al ruolo di consigliere di Cassazione eccezionalmente per meriti insigni non è assimilabile a una instauranda composizione mista del collegio deputato a risolvere detti conflitti<sup>85</sup>. Si sarebbe trattata, per altro, di soluzione già presente e collaudata in altri ordinamenti, come in Francia e in Germania, sulla quale si è prima discusso.

Tuttavia, a seguito dei contenuti della presa di posizione della Corte costituzionale nella più volte richiamata sentenza n. 6 del 2018, né fughe in avanti della Suprema Corte, né una riforma mediante legge ordinaria appaiono praticabili, poiché la composizione "mista" del collegio giudicante sulle questioni attinenti alla giurisdizione, certamente utile sul piano del coordinamento e della nomofilachia in seno al pluralismo giurisdizionale, si porrebbe in contrasto con il comma ottavo dell'art. 111 come interpretato dal giudice costituzionale, se la normativa primaria esplicitasse, tra le funzioni del "nuovo" collegio, la possibilità di un sindacato delle sentenze del Consiglio di Stato che (nel superare strumentali e sterili difese di confine tra le giurisdizioni) accreditasse una concezione "dinamica" della giurisdizione in sede di controllo delle decisioni dei giudici c.d. speciali nell'applicazione del diritto eurounitario.

È stato ventilato che, per evitare davvero "fughe in avanti", solo una modifica della Costituzione potrebbe condurre alla "unità della giurisdizione in senso organizzativo e funzionale"<sup>86</sup> e che, pertanto, "talune aporie" di un sistema non più adeguato potrebbero essere risolte con un intervento di revisione costituzionale<sup>87</sup>.

Quest'ultima soluzione appare la più consona e riporta inevitabilmente l'attenzione alla proposta che fu avanzata, al riguardo, dalla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, istituita con l. cost. n. 1 del 1997 (c.d. Commissione D'Alema)<sup>88</sup>. Nella *Relazione* di accompagnamento, com'è noto, venne rimarcato che l'impianto costituzionale sul potere giurisdizionale, recependo, in sostanza, le strutture pre-repubblicane, aveva dato origine "a una sorta di sistema intermedio, in cui il principio unitario coesiste

---

<sup>85</sup> Per tali ineccepibili rilievi, cfr., ancora, M. Luciani, *Il Memorandum delle giurisdizioni superiori e la discussione (mancata) sulla certezza del diritto*, cit. 103.

<sup>86</sup> Così, R. Villata, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, 300.

<sup>87</sup> A. Corpaci, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Diritto pubblico*, 2013, 358.

<sup>88</sup> Si rinvia – per la ipotesi di nuova formulazione dell'art. 111 Cost., divenuto, nel menzionato progetto costituzionale a seguito degli emendamenti intervenuti in seno alla medesima Commissione, l'art. 131 – agli atti della Commissione parlamentare stessa e, in particolare, alla *Relazione sul sistema delle garanzie del deputato Marco Boato*, trasmessa alla Presidenza della Camera dei Deputati e alla Presidenza del Senato della Repubblica il 4 novembre 1997.



con rilevanti e frequenti applicazioni di quello pluralistico”, ma “dopo anni le antiche presenze assumono nuove forme che ne rendono riconoscibile solo a fatica l’origine”<sup>89</sup>.

Per tali ragioni, con riguardo alla competenza della Corte di cassazione in materia di controllo di giurisdizione (art. 111, ult. co. Cost.) se ne proponeva la semplice soppressione dal testo costituzionale<sup>90</sup>, in uno all’affidamento alla legge della disciplina del ricorso in Cassazione da potersi esperire – con espressa menzione di ciò nella riscrittura del settimo comma del medesimo art. 111 – nei soli casi dalla fonte ordinaria previsti e disciplinati, mantenendosi comunque ferma la possibilità per il legislatore di riservare il compito di regolazione della giurisdizione alla stessa Corte di cassazione, si potrebbe dire, anche in composizione “mista” per la competenza relativa alle questioni attinenti alla giurisdizione.

Una riforma, nella suddetta direzione, dei commi settimo e ottavo dell’art. 111 della Costituzione sarebbe auspicabile, ma non certo unicamente per dare seguito a una eventuale pronuncia della Corte di giustizia.

---

<sup>89</sup> Cfr., sul punto, la *Relazione sul sistema delle garanzie*, cit., 82.

<sup>90</sup> Cfr., ancora, la *Relazione sul sistema delle garanzie*, cit., 87.