



Rosario Russo

Un *Memorandum* immemore della Costituzione?

I.L'evento: I.A. Il contenuto; I.B. Il lessico; I.C. *Dramatis personae*; I.D. Il senso empirico del *memorandum*; I.E. Azioni e reazioni; **II. Le valutazioni giuridiche:** II.A. Il procedimento adottato; II.B. Valore giuridico del *memorandum*; II.C. Indipendenza esterna comparata; II.D. Lotta fra le giurisdizioni; II.E. I precedenti; II.F. Patto leonino; II.G. La Costituzione; **III Conclusioni.**

«Che cosa è che i Greci chiamano *alethès* (svelato, vero)? Non l'asserzione, né la proposizione e nemmeno la conoscenza, ma l'ente stesso, l'intero costituito dalla natura, dall'opera dell'uomo e dall'agire di Dio. Quando Aristotele dice che nel filosofare ne va perì *tès alètheias*, «della verità», non intende dire che la filosofia debba formulare proposizioni corrette e valide, ma vuol dire che la filosofia cerca l'ente nella sua svelatezza in quanto ente. L'ente pertanto deve essere prima esperito anche nella sua velatezza, come qualcosa che si nasconde.» (M. HEIDEGGER, *L'essenza della verità*, a cura di F. Volpi, Milano, Adelphi, 1997, Considerazioni introduttive, p. 35).

«Il fatto è che la giustizia amministrativa è così intimamente collegata con la funzione e la posizione dell'amministrazione nello stato moderno che l'identificazione della sua ragione giustificatrice implica di necessità il superamento del dato tecnico e il riferimento al dato politico» (M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, pag. 21).

I. L'EVENTO

I. A. IL CONTENUTO

Il 15 maggio 2017, in una sala del Quirinale, è stato presentato al Presidente della Repubblica il «Memorandum delle tre Giurisdizioni» (infra: il M.), sottoscritto al suo cospetto dai Vertici della Suprema Corte, del C.D.S. e della Corte dei conti, frutto di un apposito gruppo di lavoro (costituito fin dal 2012 dai loro predecessori), «con il supporto di 'italiadecide', Associazione per la qualità delle politiche pubbliche, in ragione del suo carattere *super partes*». L'evento, introdotto dal prof. Luciano Violante (Presidente di 'italiadecide'), è stato arricchito dagli interventi degli illustri sottoscrittori, nonché del prof. avv. Massimo Luciani (nella qualità di Presidente dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti), dell'on. avv. Giovanni Legnini (nella qualità di V. Presidente del C.S.M.) e dell'on. Andrea Orlando (nella veste di Ministro della Giustizia). Premette il M. che:

- le innovazioni normative da ultimo «introdotte al più alto livello dell'ordinamento hanno avuto riflessi profondi anche nei rapporti tra le giurisdizioni superiori: in quanto da tali innovazioni logicamente consegue la necessità di armonizzare l'esercizio della funzione nomofilattica tra le stesse giurisdizioni per evitare il formarsi di "nomofilachie" divergenti, o comunque non comunicanti, sulle medesime questioni di diritto sostanziale, come ad esempio in tema di responsabilità civile o di discrezionalità della pubblica amministrazione»;



- «questa stessa alta consapevolezza, di fronte al crescere dei casi problematici, conduce a condividere l'esigenza e l'urgenza di accrescere e di sistematizzare il dialogo ed i raccordi organizzativi e funzionali tra le giurisdizioni. ».

Pertanto - prosegue il Memorandum - «i vertici delle tre giurisdizioni, consapevoli che tali obiettivi sono in buona parte realizzabili attraverso un'autonoma assunzione di responsabilità e di iniziativa da parte dell'insieme delle giurisdizioni superiori, attraverso paralleli e coordinati processi di autoriforma, muovendosi in modo propositivo e guardando al futuro, convengono di impegnarsi - nei limiti dei compiti organizzativi e di indirizzo loro spettanti nell'esercizio delle rispettive funzioni - al fine di promuovere tutte le opportune iniziative all'interno delle rispettive giurisdizioni allo scopo di migliorare lo svolgimento complessivo della funzione nomofilattica superiori e i loro organi di vertice».

Da qui lo specifico impegno a:

- «- valutare, previe opportune consultazioni al proprio interno e con i competenti organi di autogoverno, la possibilità di promuovere l'introduzione di norme, a Costituzione invariata, che consentano forme di integrazione degli organi collegiali di vertice con funzioni specificamente nomofilattiche delle tre giurisdizioni (Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, Sezioni Riunite della Corte dei conti) con magistrati di altre giurisdizioni, quando si trattino questioni di alto e comune rilievo nomofilattico, ivi comprese, per le Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, quelle attinenti alla giurisdizione¹;

- elaborare iniziative comuni per considerare, nel dialogo tra le diverse istituzioni, le cause dei differenziali quantitativi che ancora registriamo rispetto ad altri paesi europei, con riferimento in particolare ad interventi quali: a) il contenimento della frequenza di accesso alle corti superiori, nettamente maggiore rispetto a quanto si riscontra in altri sistemi simili; b) la diffusione di una cultura istituzionale e professionale maggiormente orientata verso qualità ed efficacia di risultato; c) la valorizzazione di principi, di indirizzi e culture professionali ispirati alla maggiore concentrazione possibile delle domande in un unico procedimento nei limiti del miglior conseguimento dei fini di giustizia; d) la massima sintesi ed economia dei mezzi giuridici di tutela, tenendo conto delle esigenze di sostenibilità del sistema;

- valorizzare nella formazione e nella deontologia del giudice, ed in particolare di quello addetto a funzioni nomofilattiche, il bilanciamento tra la esigenza insopprimibile di tutela della indipendenza, e cioè il libero convincimento, del singolo giudice, e la responsabilità dello stesso giudice di garantire la coerenza, la certezza e la stabilità del sistema delle decisioni, sia pure in un quadro evolutivo, adottando un metodo di lavoro che ricomponga tali esigenze in specifiche procedure;

- rafforzare gli strumenti organizzativi e formativi diretti a rendere cerca la capacità di ciascun giudice di pronunciarsi tenendo conto del complesso della giurisprudenza in qualsiasi modo attinente al caso in giudizio, tanto nella propria quanto nell'ambito di altre giurisdizioni, valorizzando l'apporto di ciascuna e assicurando, in modo particolare nei passaggi evolutivi, la continuità dei principi e delle tradizioni giuridiche incorporate nella giurisprudenza;

- valorizzare ai medesimi fini la collegialità e la responsabilità in capo ai presidenti dei collegi giudicanti - prevista dall'art. 47 *quater* della legge sull'ordinamento giudiziario (da considerarsi come principio estensibile alle altre giurisdizioni) - di assicurare lo scambio di informazioni e di esperienze all'interno delle sezioni e dei

¹ Si anticipa fin d'ora che questo è il vero *clou* operativo del *memorandum*, alla cui giustificazione è destinato (troppo ottimisticamente) il resto del documento.



singoli collegi sulla preesistente giurisprudenza e quindi di curare l'adeguata motivazione di ogni scostamento, oltre al rispetto delle regole relative all'obbligo di rinvio all'organo nomofilattico di vertice;

- adottare metodi informatici e organizzativi che facilitino sempre più, all'interno degli uffici giudiziari, la conoscenza collettiva delle pronunce rese in occasione di precedenti conformi e, laddove le decisioni dei primi giudici siano state impugnate, di quelle intervenute nel corso dei gradi successivi del medesimo giudizio, attraverso una informazione mirata... ».

I. B. IL LESSICO

Nel diritto internazionale il M. diplomatico si limita a registrare i termini generali di una questione vel lo stato di una trattativa; ma il M. d'intesa (*memorandum of understanding*), un'alternativa più formale rispetto ad un semplice accordo tra gentiluomini (*gentlemen's agreement*), può perfino avere efficacia di contratto, senza necessità di ratifica². In diritto privato, M. d'intesa è sinonimo di lettera di intenti. Ancorché presentato ufficialmente al Presidente della Repubblica, il M. qui in esame contiene reciproci 'impegni', che rappresenterebbero al postutto mere dichiarazioni di intenti (per altro variamente condizionati: v. *infra*), restando perfino nebulosi sia i poteri di rappresentanza dei sottoscrittori rispetto ai tre plessi giudiziari sia la legittimazione degli stessi plessi (v. *infra*). Nella storia della giustizia amministrativa si rammenta il c.d. «concordato giurisprudenziale» concluso nel 1929 tra i Presidenti della S.C. e del C.D.S., sul quale si dovrà tornare.

I.C. DRAMATIS PERSONAE

Da parte lasciando quanto testé segnalato, nulla quaestio sugli Autori del Memorandum³. Desta invece serie perplessità la concreta collocazione e la funzione dell'associazione "italiadecide". Nella premessa, gli

² Uno tra i più recenti è il *Memorandum* di Londra del 1954, con cui fu suddiviso il Territorio Libero di Trieste.

³ Non soltanto per completezza, si segnala che, come risulta da fonti pubbliche, dei cinque Autori del documento, due sono nati nel 1945, due nel 1947 ed uno nel 1948; sicché il tema del M. incrocia quello della riforma del collocamento in pensione dei magistrati, su cui conviene brevemente soffermarsi.

Ridotto a settanta anni il «fine vita professionale» per tutti i pubblici impiegati, in forza della c.d. prima proroga del 2014 (introdotta per parificare l'età del pensionamento), a differenza degli altri pubblici impiegati, i magistrati nati per esempio il 1° gennaio 1945, che perciò avrebbero dovuto chiudere la loro carriera alla corrispondente data del 1.1.2015 (al compimento del settantesimo anno), vennero prorogati fino alla data del 31 dicembre 2015.; ed in forza delle due progressive e nidificate proroghe del 2015 e del 2016 essi rimarranno in servizio fino 31 dicembre 2017, mentre i magistrati più giovani sono stati già collocati in pensione. L'ultima proroga, inoltre, è applicabile soltanto ai magistrati apicali direttivi e semidirettivi delle tre Giurisdizioni, «Al fine di assicurare la continuità negli incarichi apicali, direttivi superiori e direttivi presso la Suprema Corte di cassazione e la Procura Generale della Corte di cassazione, in ragione delle molteplici iniziative di riforma intraprese per la definizione dell'elevato contenzioso ivi pendente» (art. 5 del D.L. 31 agosto 2016 n. 168); così accedendo ad una sorta di allarmante personalizzazione delle menzionate funzioni, in netto contrasto con il principio per cui i magistrati si distinguono soltanto per funzioni (art. 107, 3° Cost.).

Ne deriva tra l'altro che gli Autori del *memorandum* nati nel 1945 e nel 1947 sono assai prossimi al pensionamento (31 dicembre 2017). Su tali manzoniani 'garbugli' normativi, e soprattutto sul sospetto di incostituzionalità delle menzionate proroghe, v. *amplius* R. RUSSO, *La separazione delle carriere. Poscia, più che il legislatore poté il C.S.M.*, pubblicato il 7 aprile 2017 sul sito *Judicium.it*, la cui prima parte è specificamente dedicata alla valutazione critica delle proroghe.

La quasi contestualità tra la riforma del 2014 (introduzione del limite dei settanta anni, cui hanno fatto seguito le anzidette proroghe) e la nascita del nuovo Governo ha consentito di ipotizzare una sorta di *spoils system*, attuato per decreto legge (e così eludendo l'intervento del C.S.M., che già aveva espresso parere negativo) nella inedita forma di «ricambio generazionale», derogato da troppo mirate eccezioni (facendo capo ad uno «stato di eccezione», che



Autori non mancano di precisare che si è pervenuti al loro ‘accordo’ «con il supporto di ‘italiadecide’, Associazione per la qualità delle politiche pubbliche, in ragione del suo carattere *super partes*». L’art. 4 del suo statuto così descrive la finalità di ‘italiadecide’: «L’Associazione si propone di promuovere una analisi condivisa per la soluzione dei problemi di fondo del nostro Paese per guardare al futuro attraverso strategie di medio-lungo periodo. Tra questi problemi spiccano le difficoltà del sistema decisionale, che costituisce il principale campo di ricerca. L’Associazione opera per sua natura come collegamento tra le istituzioni, la politica, le amministrazioni e il mondo scientifico e culturale. L’associazione compie studi e ricerche anche per mandato delle istituzioni rappresentative e, in particolare, del Parlamento. L’attività dell’Associazione è ispirata alla cura degli interessi generali e prevalenti del Paese». L’associazione in atto è presieduta dal prof. Luciano Violante, ex magistrato, saggista, docente, già Presidente della Camera (1996 – 2001) e tuttora *maître à penser* del PD⁴. Fanno parte del Comitato di Presidenza rappresentanti del mondo accademico (tra

neppure Carl Schmitt avrebbe ravvisato), sicché l’allora Presidente della A.N.M. ebbe a fondatamente lamentare che «il governo non può scegliere i giudici».

La progressiva sommatoria delle proroghe anzidette non ha mancato di incidere su altri importanti versanti: proprio esse consentono a pochi autorevolissimi Magistrati della Suprema Corte di concorrere alla nomina di un Giudice Costituzionale (che si renderà vacante nel novembre 2017), cui altrimenti (cioè in difetto soprattutto della terza proroga) non sarebbero stati legittimati; mentre le immotivate limitazioni della terza proroga hanno pregiudicato i magistrati che ne sono rimasti esclusi. Del che non ha mancato di lamentarsi il consigliere di cassazione dott. Massimo Dogliotti (escluso dalla terza proroga); che, nel presentare la propria candidatura all’ufficio anzidetto, ha rilevato tra l’altro: «Com’è noto, sono parte di quelle classi (1946-1947) colpite direttamente dall’improvvisa riforma dell’età pensionabile. Trovandomi in buona compagnia alla prima sezione (con Nappi, Bernabai e Ragonesi), ho perduto la legittimazione per il concorso di presidente di sezione....».

Non può escludersi una correlazione – ancorché meramente oggettiva - tra la terza proroga, il M. ed il nuovo rito cassatorio (su quest’ultimo sia consentito rinviare a R. RUSSO, *L’ultimo “non – rito” della cassazione civile ovvero l’«entente cordiale» con il legislatore*, pubblicato sul sito *judicium.it* il 3.4.2017), se non altro perché parimenti in odore di incostituzionalità.

Notizie di stampa sembrano per altro annunciare una quarta proroga, dai contorni ancora indefiniti. Certo è che di per sé il *Memorandum* qui al vaglio non potrebbe in alcun modo giustificare alcuna ulteriore proroga perché, al di là delle questioni sopra appena accennate (*retro sub* par. n. 0), (ovviamente) i suoi Autori non si sono ‘impegnati’ in proprio, ma al più (*contra v. infra sub* par. n. 0) nelle loro rispettive qualità, che si trasmetteranno ai loro successori nelle rispettive cariche (come è già avvenuto rispetto alla nomina dei componenti del Gruppo di lavoro: v. *retro sub* par. n. 0).

In atto la Corte Costituzionale (sent. n. 133/ 2016) ha escluso l’illegittimità costituzionale dei primi tre commi dell’art. 1 del D.L. n. 90/ 2014; ha ritenuto inoltre i(ord. n. 290/ 2016) sia inammissibile la q.l.c. dell’art. 18 del D.L. n. 83/ 2015 (seconda proroga) per difetto di rilevanza, sia l’ininfluenza nel giudizio *a quo* del D.L. n. 168/ 2016 (terza proroga). Pertanto non è affatto bandito il sospetto di incostituzionalità sulla seconda e terza proroga, su cui il Giudice delle leggi non ha deciso *au fond*.

Nella storia della magistratura italiana va ricordato l’art. 17 del R.D. n. 1978 del 1921 - Decreto Rodinò - («I magistrati non possono continuare nell’esercizio delle loro funzioni, quando abbiano raggiunto i sessantacinque anni, se siano pretori, giudici di tribunale o sostituti procuratori del Re. ovvero i settanta se facciano parte degli altri gradi superiori della magistratura»), con cui (sotto il vigore dello Statuto Albertino, ‘costituzione’ flessibile) si ridusse da settantacinque anni a settanta l’età di pensionamento per gli alti gradi della magistratura, consentendo così la sostituzione, nella carica di Primo Presidente della Corte di Cassazione, di Mariano D’Amelio a Lodovico Mortara, invisato al Governo (Cfr. G. P. TRIFONE, in *La Corte di Cassazione: Dalle origini ai nostri giorni*, Gangemi Editore, pag. 135): un precedente certamente allarmante.

⁴ Fece scalpore un suo libro dal titolo *Magistrati* (Einaudi, 2009), che già in copertina esordiva con questa affermazione: ««I giudici devono essere leoni, ma leoni sotto il trono», scriveva Francis Bacon quattro secoli fa. Il rapporto fra politica e giustizia resta difficile ancora oggi. Il trono ambisce a schiacciare i leoni. I leoni manifestano una certa propensione a sedersi sul trono. Solo una solida, laica coscienza istituzionale può garantire il raggiungimento di un equilibrio democratico»».

In realtà, si rivelerebbe inadeguata la citazione di così perentoria espressione (contenuta in *Essays, LVI, Of judicature*, 1625, p. 506) di Francesco Bacone (1561 – 1626), filosofo empirista, se non si rammentasse il contesto



cui il Prof. Avv. Massimo Luciani, intervenuto oralmente alla cerimonia) ed imprenditoriale, nonché notissimi personaggi del mondo politico (Enrico Letta e Giulio Tremonti)⁵. Nessuno dubita che, a mente dello Statuto, anche in questa vicenda l'attività di 'italiadecide' si sia «ispirata alla cura degli interessi generali e prevalenti del Paese»; ma di certo tale associazione (espressamente definita *super partes* in seno al M.) non beneficia della garanzia costituzionale dell'indipendenza, sicché è particolarmente complicato ipotizzare un'associazione privata più *super partes* delle stesse delle stesse Tre Giurisdizioni. Sfugge comunque il significato e l'apporto di 'Italiadecide' quale ufficio di «collegamento tra le istituzioni, la politica, le amministrazioni e il mondo scientifico e culturale»; se non altro perché, qualunque sia la sua natura giuridica, il M. interessa primariamente le tre Giurisdizioni, per definizione tanto autonome (soprattutto la Suprema Corte: v. *infra*) rispetto ad ogni altro potere od istituzioni, quanto dotate di propri (autonomi) uffici interni di supporto e di studio. D'altronde, come risulta dallo stesso M., ancor prima del 2012 i predecessori degli attuali Vertici delle tre Giurisdizioni avevano nominato un apposito gruppo di lavoro, «costituito da alti rappresentanti» dei tre plessi». E allora perché mai i Vertici delle tre Giurisdizioni avrebbero scelto di affidarsi al sostegno mediatore e facilitatore di 'italiadecide', correndo il rischio di fare diventare il M. il «lodo 'italiadecide'»? Qualora infine correttamente si eccepisse che, specialmente taluni impegni - e soprattutto il suo *clou* operativo - esplicitati in seno al Memorandum, coinvolgano scelte giuridiche e politiche c.d. di sistema, di certo tale esigenza di democratico confronto non avrebbe potuto essere esaurientemente (né è stata) soddisfatta dall'intervento mediatore (o di collegamento o di sostegno) espletato (soltanto) da 'italiadecide', dovendo allora allargarsi l'attività consultiva e cooperativa ai Magistrati stessi, agli Organi di autogoverno, all'A.N.M., all'Avvocatura dello Stato, agli Organismi professionali ed all'Accademia; che invece, come si legge nello stesso M., non sono stati fin qui sentiti. In definitiva, l'intervento di 'italiadecide' (comunque soggettivamente ispirato) risulta tanto problematico quanto insufficiente.

Se dunque il Consiglio Superiore della Magistratura non era stato interpellato in via preliminare, non si spiega facilmente l'intervento orale del V. Presidente dell'organo di autogoverno, svolto nel corso della cerimonia di presentazione del M. E neppure è agevole comprendere, a parte l'esigenza di nobilitare al massimo livello istituzionale il M., perché mai l'impegno a proporre l'introduzione di nuove e rivoluzionarie disposizioni normative sia stato presentato al Presidente della Repubblica (certamente nella duplice veste di Capo dello Stato e di Presidente del C.S.M., ancora ignaro dell'iniziativa), dato che a stretto rigore né Egli né il Consiglio Superiore possono proporre leggi. Non è peregrino ipotizzare che in tal guisa si sia inteso creare

storico-politico in cui egli operò. Prima ancora che si arrivasse alla guerra civile inglese (1642), si era acuito il conflitto tra Carlo I ed i tribunali, o corti, di *common law*; cui il re contrapponeva le corti privilegiate, tese ad accogliere i principi del diritto romano, primo tra tutti quello per cui ha valore di legge *quod principi placuit*. Divenuto Cancelliere del regno, Bacone sostenne la tesi dell'assolutismo regio, suscitando la ferma opposizione del Coke; il quale difese invece le ragioni del Parlamento nella sua lotta contro l'assolutismo, assumendo che la *common law*, espressione di ragione non 'naturale', ma (a differenza del diritto naturale formatosi nel continente) 'artificiale' (siccome storicamente forgiatasi nella sapienza della storia), adeguatamente limitava il potere regio: tesi destinata storicamente a prevalere.

Ne consegue che qualunque richiamo alle menzionate tesi sostenute da Bacone (storicamente superate nell'ambito dello stesso diritto inglese, con la decapitazione nel 1649 di Carlo I), risulta del tutto eccentrico rispetto alla nostra Costituzione, che predica ed impone l'autonomia del sistema giudiziario.

Ben possibile, poi, sia che qualche leone voglia assidersi sul trono, sia che il trono provi a schiacciare i leoni; ma questa è l'inevitabile dialettica del potere e dei poteri (destinati a confliggere nella «lotta per il diritto», diventando per ciò stesso pre-potenti). D'altronde è lo stesso Violante a concludere così il citato lavoro (pag. 190): «In definitiva trono e leoni stiano l'uno di fronte agli altri, separati da una netta linea di demarcazione dei rispettivi territori». E l'unico rimedio resta perciò, specialmente in una temperie così segnata da illegalità diffusa, quello di rigorosamente attuare e rispettare il dettato costituzionale, il solo lascito provvidenziale emerso dalla catastrofe del «secolo breve» (Eric Hobsbawm), ancora una volta nell'interesse primario dell'Utente Finale della Giustizia.



comunque una via privilegiata all'attuazione normativa dei reciprochi impegni assunti, traslando da subito sul C.S.M. (di cui sono membri di diritto i due Vertici della Suprema Corte) e sul Ministro della Giustizia il compito di avallare e sostenere nelle uniche sedi competenti la realizzazione operativa del M. stesso; ma saltando a piè pari le necessarie e ben più ampie consultazioni democratiche.

I.D. IL SENSO EMPIRICO DEL MEMORANDUM

Il M. prende l'abbrivo dall'«esigenza e l'urgenza di accrescere e di sistematizzare il dialogo ed i raccordi organizzativi e funzionali tra le giurisdizioni», così 'certificando' che l'operato delle Tre Giurisdizioni sia stato carente sul punto; ma omette qualunque precisa verifica su tale carenza, sulle vere cause della crisi della giustizia amministrativa nonché della nomofilachia e sulle possibili prospettive di riforma. Allora appare evidente che il *clou* operativo e decisivo del M. si incentra sull'impegno inteso a promuovere, a Costituzione invariata, l'introduzione di norme idonee a consentire che gli Organi di vertice di ciascuna delle Tre Giurisdizioni siano reciprocamente integrati con Magistrati delle altre Giurisdizioni, «quando si trattino questioni di alto e comune rilievo nomofilattico, ivi comprese, per le Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, quelle attinenti alla giurisdizione». Tale specifico impegno è sospensivamente condizionato in duplice guisa: a) occorrono preve consultazioni interne a ciascuna Giurisdizioni; b) è necessario sentire i pareri dei rispettivi organi di autogoverno; resta così espressamente confermato che in precedenza tali consultazioni e tali pareri non sono stati né richiesti né resi. Al postutto, tolto il troppo ed il vago, in difetto di ulteriori e pur necessarie precisazioni, il M. ritiene che il difetto di armonizzazione nonché la crisi della nomofilachia e della giustizia amministrativa trovino necessaria e sufficiente soluzione in una riforma legislativa volta a consentire, a Costituzione invariata, una collegialità per così dire reciprocamente 'ecumenica' (nella forma dei Collegi a composizione mista) all'interno dei massimi organi decidenti delle Tre Giurisdizioni, allorché siano chiamati a giudicare questioni di alto e comune rilievo nomofilattico nonché i regolamenti di giurisdizione (in atto riservati dalla Costituzione alle Sezioni Unite civili della Suprema Corte).

I.E. AZIONI E REAZIONI

Il 27 giugno 2017 l'Assemblea della Sezione Cassazione dell'ANM ha manifestato «una netta e pressoché unanime presa di distanza, evidenziando le gravissime ragioni (in primis di evidente incompatibilità col dettato costituzionale) che impediscono di attuare, a costituzione invariata, la confluenza di magistrati delle magistrature amministrativa e contabile nell'ambito delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, ed evidenziando i seri pericoli per l'assetto istituzionale insiti nella proposta, pur sottoscritta dai vertici delle tre giurisdizioni». In aperta difesa del M. il prof. S. Cassese ha pubblicato, sul Corriere della Sera del 20 luglio 2017, un articolo dal titolo «I giudici non siano torri d'avorio Il diritto ha bisogno di armonia»; articolo contestato dal cons. dott. Pasquale Fimiani, neopresidente della Giunta A.N.M. Cassazione, con un intervento sul medesimo giornale del 4 agosto 2017. Si ha notizia che il C.S.M. ha aperto una pratica sulla vicenda, assegnata alla Sesta Commissione (competente in tema di ordinamento giudiziario e di rapporti istituzionali nazionali e internazionali). La Giunta A.N.M. Cassazione ha preannunciato l'istituzione di un gruppo di studio e la richiesta di audizione al C.S.M.

II LE VALUTAZIONI GIURIDICHE

II.A IL PROCEDIMENTO ADOTTATO



Come si è accennato, il M. riconosce che la riforma legislativa che i Vertici delle Tre Giurisdizioni si sono impegnati ad introdurre richiede un più ampio supporto di approfondimento e di valutazione da parte dei Magistrati e degli Organi di autogoverno; supporto che tuttavia viene costruito empiricamente e giuridicamente come mera condizione sospensiva del reciproco impegno, intanto immediatamente assunto. Se in aritmetica cambiando l'ordine dei fattori il prodotto non cambia, nel diritto l'ordine procedurale (il prima ed il dopo) è estremamente rilevante dal punto di vista della democraticità interna e del rispetto degli interessi coinvolti. Pertanto la procedura adottata, se non vuole dirsi *tout court* ...'verticistica' (oltre che dei Vertici), di certo appare immotivatamente frettolosa; oltre che carente di quella «solida, laica coscienza istituzionale [che] può garantire il raggiungimento di un equilibrio democratico», che, anche secondo L. Violante⁶, è l'unica in grado di fruttuosamente arbitrare l'inevitabile conflitto tra i 'leoni' (i magistrati) ed il 'trono' (l'apparato di governo).

II.B. VALORE GIURIDICO DEL MEMORANDUM

Si è già osservato che nel M. può individuarsi un mero, per quanto autorevole, auspicio o una mera dichiarazione d'intenti: qui si precisa che tale auspicio, neutro dal punto di vista della vincolatività, è soggettivamente riconducibile soltanto agli illustri firmatari del M. stesso, non coinvolgendo le Tre Giurisdizioni. Per dimostrarlo basta considerare che, dal punto di vista tecnico – costituzionale, è già estremamente problematico un accordo, con effetti giuridicamente vincolanti, avente per oggetto un'iniziativa normativa; che l'impegno assunto dai Vertici è comunque fin troppo generico, nel delineare i contorni dell'ambita riforma, per diventare propriamente giuridico; che la separazione dei poteri (quanto meno) sconsiglia agli ordini giudiziari (pur preziosi nel dare al potere legislativo il mero contributo della loro saggezza e della loro esperienza) di farsi direttamente protagonisti di 'iniziative' propriamente legislative, se non altro perché essi sono tenuti soltanto ad osservare la legge (art. 101, 2° Cost.); che la Presidenza di un ufficio giudiziario, od anche di una Giurisdizione, di per sé non legittima qualsiasi iniziativa, anche esterna ed eccentrica rispetto al proprio settore di competenza giurisdizionale. In questo senso appare dirimente la più elementare delle osservazioni empiriche: si ipotizzi pure che venga approvata una legge come quella auspicata dal M.; ebbene, a parte qualche comprensibile imbarazzo, niente impedirebbe a ciascuna delle Tre Giurisdizioni di sottoporla, in sede propria, al vaglio di costituzionalità, sebbene approvata per (concorde) impulso o (impropria) 'iniziativa' (ancorché meramente 'culturale') dei rispettivi Vertici.

II.C. INDIPENDENZA ESTERNA COMPARATA

Nessun magistrato ordinario (giudicante o requirente) è nominato dal Governo, spettando la nomina esclusivamente al Consiglio Superiore della Magistratura (organo costituzionale a composizione mista, presieduto dal Capo dello Stato: artt. 104 e 107 Cost.); inoltre, per accedere alla S.C., i magistrati ordinari sono sottoposti al vaglio di una Commissione (a composizione mista, nominata dal C.S.M.), chiamata a vagliare la «capacità scientifica e di analisi delle norme» dei candidati (art. 12 D. lgs. n. 160 del 2006).

Tale assoluta indipendenza esterna del G.O. è predicabile soltanto in misura assai ridotta per i componenti del C.D.S., organo ausiliario di consulenza giuridico - amministrativa e di tutela della giustizia



amministrativa (art. 100 Cost.), giacché (a differenza di quanto avviene per i TAR) un quarto dei suoi membri è nominato dal Consiglio dei Ministri tra talune (elastiche) categorie, senza contare che allo stesso modo viene scelto anche il suo presidente⁷. Sebbene la Corte Costituzionale abbia «riconosciuto al giudice amministrativo piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive non contemplate dal (modo in cui era stato inteso) l'art. 2 della legge del 1865» (sent. n. 204/ 2004, par. 2.2. della motivazione in iure), autorevole Dottrina denuncia tuttora «più che fondati sospetti sull'effettiva terzietà ed imparzialità dei giudici soprattutto del Consiglio di Stato»⁸ nonché la commistione di ruoli che inficia terzietà ed imparzialità: «Alla nostra Costituzione non piacciono i giudici speciali, perché per essi non valgono le regole che la Costituzione stessa prevede per i giudici ordinari: gli artt. 104 e ss. della Costituzione assicurano autonomia ed indipendenza solo ai magistrati "istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario". Ora, mi sembra chiaro che l'ampliamento della giurisdizione amministrativa non possa prescindere dall'introduzione, per i giudici amministrativi, delle stesse regole che valgono per i giudici ordinari: gli artt. 102 e 103 Cost. *simul stabunt aut simul cadent*. Un giudice amministrativo che abbia giurisdizione generalizzata nei confronti della pubblica amministrazione non può tollerare la commistione fra compiti consultivi e compiti giurisdizionali; non può tollerare meccanismi di nomina diversi da quelli previsti per i giudici ordinari; soprattutto non può tollerare magistrati che possano essere destinati a svolgere funzioni amministrative, entrando e uscendo con frequenza impressionante dai ministeri e dagli altri organi della pubblica amministrazione, svolgendo, talvolta anche contemporaneamente, funzioni giurisdizionali e funzioni amministrative»⁹. «Mi pare chiaro che il Governo non nomini un consigliere, pur molto qualificato per ricoprire tale ruolo, se non è in sintonia con i suoi orientamenti politici e, quindi, la scelta è fatta soprattutto in funzione della fiducia riposta in chi è vicino al Governo. Il momento genetico, dunque, è indubbiamente retto, nella sostanza, dalla volontà del Governo di avere un punto di riferimento in un organo che, in sede giurisdizionale, verifica la legittimità dei suoi atti e, in sede consultiva, gli rende pareri»¹⁰. Peraltro anche l'attività ausiliaria di consulenza normativa riservata al C.D.S. è destinata a creare un

⁷ Artt. 19 e 22 della L. n. 186 del 1982, introdotta per limitare i più ampi poteri di nomina dei consiglieri del C.D.S. d'anzianità riconosciuti al Governo, a seguito dell'autorevole sollecitazione della sentenza n. 177/1973 della Corte Costituzionale (deve «darsi in modo concreto il giusto peso e la dovuta ampiezza all'esigenza, costituzionalmente garantita (art. 113), di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi contro gli atti della pubblica Amministrazione e che i magistrati a cui vengano affidate le relative funzioni siano effettivamente indipendenti dal Governo e giudichino in maniera imparziale»; sentenza che tuttavia ebbe a rigettare l'eccezione di illegittimità costituzionale sollevata dallo stesso C.D.S.).

È il caso di segnalare che in passato i governi avevano ratificato la proposta del Consiglio di Presidenza dei giudici amministrativa, che indicava regolarmente come Presidente il giudice più anziano, cosicché tale automatismo garantiva almeno l'indipendenza esterna rispetto al Governo su tale importante nomina. Però uno degli ultimi governi, dopo avere innovato chiedendo al medesimo Consiglio una rosa di cinque nomi, non ha nominato il più anziano di essi.

⁸ A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, pag. 257 e segg., Napoli, 2006

⁹ F. P. LUISO, *Pretese risarcitorie nei confronti della pubblica amministrazione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in Riv. Dir. Proc., 2002, pag. 43 e segg.

¹⁰ E. FOLLIERI, *Per l'indipendenza del Consiglio di Stato*, in *Il diritto amministrativo in trasformazione: Per approfondire*, a cura di N. Longobardi, Giappichelli, 2016, pag. 82.. Qualche pagina dopo lo stesso Autore aggiunge «Vi è un evidente *vulnus* all'indipendenza dei magistrati e della istituzione che riguarda tutti i componenti del Consiglio di Stato, non solo quelli di nomina governativa, anche se, per questi ultimi, il profilo del conferimento degli incarichi agisce sinergicamente con la nomina ed incrementa la dipendenza dal Governo».

Nello stesso senso anche S. Cassese «La giurisprudenza assunse – come ha notato con efficace sintesi Guido Melis – un ruolo di guida della legislazione. La stessa attività consultiva riguardava anche l'attività legislativa. Proliferarono gli "incarichi esterni", quelle funzioni non codificate che consentivano al Consiglio di Stato – attraverso i suoi singoli componenti - un "opera multiforme, di guida, consiglio, orientamento dell'amministrazione attiva": così S. CASSESE, *Relazione svolta in occasione dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato per festeggiare i 180 anni del Consiglio*, Roma, 16 marzo 2011, pag. 9.



fil rouge con gli apparati normativi e di governo¹¹. Va ricordato infine che i primi tre articoli del c.p.a. – principi generali – vorrebbero reiterare i principi dettati dall'art. 111 Cost (il giusto processo), ma in realtà richiamano espressamente soltanto l'art. 111, 1° Cost. omettendo l'espressione «davanti a giudice terzo e imparziale», adottata (non senza ragione) dall'art. 111, 2° Cost.; e ciò sebbene indipendenza e terzietà del giudice siano (non principi, ma) puntuali *regulae iuris* dettate dal diritto europeo (pur richiamato espressamente dall'art. 1 c.p.a.), nella Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. 2000/C 364/01 e nella Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo e - ancor prima - nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, proclamata dalle Nazioni Unite nel 1948. Come se tutto ciò non bastasse, l'art. 18 della Legge 21 luglio 2000, n. 205 (che estese la giurisdizione esclusiva del G.A., poi ridimensionata dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004), ha annunciato il «generale riordino dell'ordinamento della giustizia amministrativa sulla base della unicità di accesso e di carriera, con esclusione di automatismi collegati all'anzianità di servizio»; proposito che, mentre 'confessa' l'avvertita necessità di una maggiore indipendenza organica del C.D.S. rispetto all'apparato governativo, specialmente a fronte di un così vasto aumento del contenzioso riservato al G.A., allo stato non risulta attuato.

La percentuale di indipendenza esterna si riduce poi ulteriormente per i componenti del C.G.A. per la Regione Siciliana, essendo a norma dell'art. 4 del decreto legislativo 24 dicembre 2003, n. 373, il suo collegio giudicante composto da uno dei due presidenti della Sezione (nominati tra i presidenti di Sezione del Consiglio di Stato), da due consiglieri di Stato e da due dei membri indicati nella lettera d) del comma 1, designati questi ultimi dal Presidente della Regione Siciliana per un periodo di sei anni non reiterabile, tra le categorie specificamente indicate (soggetti in possesso dei requisiti di cui all'articolo 106, terzo comma, della Costituzione, per la nomina a consigliere di Cassazione; ovvero di cui all'articolo 19, primo comma, numero 2), della legge 27 aprile 1982, n. 186, cioè quelli stessi che consentono la nomina governativa all'interno, come si è visto, del C.D.S., ma ivi soltanto nella misura di un quarto: v. retro sub par. n. 0)¹². Inoltre, la composizione mista del C.D.S. refluisce anche su quella del C.G.A., per cui potrebbe perfino accadere che un suo collegio giudicante sia composto esclusivamente da consiglieri di stato di nomina governativa e da consiglieri nominati dal Presidente della Regione Siciliana.

Non è neppure misurabile l'indipendenza esterna di cui gode la Corte dei conti (anch'essa organo ausiliario: art. 100 Cost.), giacché senza alcun limite quantitativo, «I posti di consigliere, non riservati ai primi referendari della Corte dei conti, possono essere conferiti..... ad estranei alle amministrazioni dello Stato, che, per l'attività svolta o gli studi giuridico-amministrativo-contabili compiuti, e per le doti attitudinali e di carattere, posseggano piena idoneità all'esercizio delle funzioni di consigliere della Corte dei conti. Per la nomina è prescritto il parere del consiglio di presidenza della Corte dei conti, su richiesta motivata della Presidenza del Consiglio dei Ministri» (art. unico del D.P.R. 8 luglio 1977, n. 385). Inoltre anche il presidente della Corte dei conti è di nomina governativa (articolo unico della L. 21 luglio 2000, n. 202).

A volere prendere sul serio la svolta comparazione, non solo si devono ritenere a tutt'oggi colpevolmente inosservati gli artt. 100, 3° e 108, 2° Cost, nella parte in cui impongono al legislatore di

¹¹ Esemplare il caso della redazione del c.p.a. (Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104), affidata al C.D.S., in sede di delega al Governo, dall'art. 44 della L. n. 69 del 2009. Critica la vicenda anche VIOLANTE (*Magistrati*, pag. 132): «Siamo di fronte ad una procedura domestica: un organo giurisdizionale è delegato a redigere le norme che dovrà applicare».

¹² Anche questa recente disciplina è stata (questa volta non suggerita, ma) imposta dalla una remota sentenza della Corte Costituzionale (n. 25/1976), che aveva dichiarato «la illegittimità costituzionale dell'art. 3, secondo comma, del decreto legislativo 6 maggio 1948, n. 654, nella parte in cui dispone che i membri del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana in sede giurisdizionale, designati dalla Giunta regionale, possono essere riconfermati».



assicurare «l'indipendenza dei due istituti [C.D.S. e Corte dei conti] e dei loro componenti di fronte al Governo»; ma è anche consentito individuare proprio nell'assoluta indipendenza esterna (siccome già statuita e garantita) del solo G.O., la ragione (di per sé necessaria e sufficiente) per cui la nostra Costituzione ha individuato proprio in esso l'esclusivo regolatore dei confini giurisprudenziali (artt. 111, ultimo comma, Cost.). Le stesse richiamate *regulae* costituzionali escludono inoltre in radice la possibilità di individuare nella dipendenza dal Governo delle due giurisdizioni speciali la ragione stessa della loro esistenza (il che sarebbe davvero preoccupante); ed anzi avallano l'idea per cui esse si salvano dall'ostracismo dettato dalla Costituzione nei confronti degli altri giudici speciali (art. 102, 2° e VI disp. transitoria Cost.), (anche ovvero) soltanto a condizione che sia assicurata, alle due istituzioni ed ai loro componenti, l'indipendenza esterna, attualmente gravemente carente. Infine, doverosamente i magistrati della Suprema Corte contestano, a mezzo dei loro organi associativi (mai come in questo caso preziosi), il M., dacché la sua attuazione comporterebbe che il collegio giudicante delle Sezioni Unite dovrebbe essere integrato da magistrati provenienti dalle due Giurisdizioni speciali; i quali inevitabilmente 'importerebbero' all'interno del collegio stesso (in atto del tutto indipendente) il tasso congiunto di dipendenza esterna che caratterizza ciascuna di esse, per tal via assestandosi allora l'intero sistema giudiziario al livello più basso di indipendenza. E dunque di certo quei magistrati 'contestatori' non meritano di essere considerati strenui e miopi *laudatores* dell'esistente (al pari di una *turris eburnea*, un polo isolato da tutti gli altri che decide da solo, in silenzio...», secondo Cassese); piuttosto essi vanno incoraggiati e sostenuti, giacché difendono la loro costituzionale indipendenza esterna nell'esclusivo interesse del Popolo Italiano (e così dell'Utente finale della Giustizia), nel cui nome sono tenuti a giudicare. E sarebbe infine un effimero 'guadagno' conseguire l'armonia' giurisprudenziale (cui legittimamente aspira Cassese), a prezzo di mettere in crisi, o soltanto annacquare, il valore costituzionale dell'indipendenza esterna.

II.D. LOTTA FRA LE GIURISDIZIONI

Non è molto accattivante l'immagine di giurisdizioni che si contendano spazi di giurisdizione; sennonché anche le giurisdizioni, specialmente se non completamente affrancate dall'influenza dell'apparto governativo, sono poteri (od ordini) che non si sottraggono alla dinamica fondamentale del Potere, come dimostra d'altronde tutta la storia della giustizia amministrativa¹³. A questo riguardo basta ricordare la storia della giustizia amministrativa nell'ultimo ventennio «per coglierne la portata rivoluzionaria per quel che attiene non solo all'individuazione de parametri afferenti il riparto di giurisdizione ma anche, e prima, ancora al ruolo stesso riconosciuto al giudice amministrativo, destinato a trasformarsi in modo sempre più marcato da giudice dell'interesse legittimo in giudice tendenzialmente naturale della P.A., con conseguente

¹³ «Gli altri tipi di giustizia, amministrativa e contabile, spesso rivestono un ruolo più incisivo della giustizia penale nella conduzione degli affari di governo. È difficile che un appalto per una grande opera pubblica o un concorso importante o una nomina di prestigio, per effetto del ricorso dei controinteressati non vengano decisi, alla fine, da un TAR o da un Consiglio di Stato. L'eclissi dell'atto politico come atto non impugnabile perché frutto di una scelta risalente direttamente ed esclusivamente alla responsabilità politica del governo, e quindi non sindacabile in via giurisdizionale, ha aperto le porte ad un controllo espansivo dei TAR e del Consiglio di Stato su tutti gli atti amministrativi, dalla nomina da parte del governo del comandante generale della guardia di finanza (caso Speciale) alla revoca delle deleghe di un assessore da parte di un sindaco (caso Sgarbi-Moratti). Anche la Corte dei conti è stata investita di nuovi e rilevanti poteri di intervento nei confronti delle pubbliche amministrazioni. Si tratta del cosiddetto controllo collaborativo, istituito dalle leggi finanziarie 2005 e 2006. Alla Corte dei conti è stato attribuito il compito di definire i criteri cui devono attenersi i revisori degli enti locali per la predisposizione della relazione sul bilancio di previsione e sul rendiconto». L. VIOLANTE, *La parte giudiziaria del sistema di governo, Criminalia*, Edizioni ETS, 2010, pag. 89 (anche sulla rete: http://www.edizioniets.com/criminalia/2009/003C_Violante.pdf).



ridimensionamento del rapporto regola - eccezione che ha storicamente connotato la relazione tra giurisprudenza generale di legittimità sull'atto e giurisdizione esclusiva impingente sul rapporto sottostante.¹⁴ In rapida sintesi, le linee fondamentali di tale 'rivoluzione', in parte tentata ed in parte consumata, sono le seguenti: 1) fino al 1998 la situazione era la seguente: i casi di giurisdizione esclusiva erano assai pochi; per gli interessi pretensivi¹⁵ non era ammessa la tutela risarcitoria, in forza della consolidata interpretazione (restrittiva) dell'art. 2043 c.c.¹⁶; per quelli oppositivi la tutela risarcitoria era ammessa davanti al G.O. soltanto dopo che fosse stato annullato l'atto illegittimo dal G.A. (per cui il G.A. non poteva pronunciarsi sul risarcimento del danno ed il G.O. non poteva annullare l'atto invalido); 2) la prima importante innovazione sul preesistente sistema si deve al D.Lgs. n.80 del 1998 con cui si ampliarono i casi di giurisdizione esclusiva, assegnando al G.A. la relativa statuizione sul risarcimento dei danni, e così inaugurando la delimitazione delle giurisdizioni non più sulla dicotomia diritto/interesse, ma per «*blocs de compétence*»; 3) l'art. 33 di quel D.Lgs. venne dichiarato incostituzionale dalla sentenza n. 292 del 2000 per difetto di delega; 4) intanto, anche a seguito dell'ord. n. 165/1998 della Corte Costituzionale¹⁷, con sentenza n. 500 del 1999 (dep. il 22.7.1999) le Sezioni Unite della Suprema Corte, sulla base di una più lata interpretazione dell'art. 2043 c.c., avevano statuito: 4.a) la risarcibilità (a certe condizioni) della lesione dell'interesse legittimo; 4.b.) per le cause non regolate dal D.Lgs. N. 80 del 1998 (allora ancora vigente), la proponibilità dell'azione risarcitoria «davanti al giudice ordinario, quale giudice al quale spetta, in linea di principio (secondo il previgente ordinamento), la competenza giurisdizionale a conoscere di questioni di diritto soggettivo, poiché tale natura esibisce il diritto al risarcimento del danno, che è diritto distinto dalla posizione giuridica soggettiva la cui lesione è fonte di danno ingiusto (che può avere, indifferentemente, natura di diritto soggettivo, di interesse legittimo, nelle sue varie configurazioni correlate alle diverse forme della protezione, o di interesse comunque rilevante per l'ordinamento)»; 4.c) la non «necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento davanti al giudice amministrativo, potendo, al contrario, detto accertamento essere svolto dal giudice ordinario nell'ambito dell'esame della riconducibilità della fattispecie sottoposta al suo esame alla nozione di fatto illecito delineata dall'art. 2043 cod. civ.»; 5) subito dopo la L. n. 205 del 21 luglio 2000 rivalizzò il D.Lgs. n.80 del 1998 (siccome dichiarato parzialmente incostituzionale), estendendo però la tutela risarcitoria riservata al C.D.S. non solo a tutte le ipotesi di giurisdizione esclusiva, ma anche a tutti i casi di giurisdizione di legittimità¹⁸; 6) con la sent. n. 204 del 2004¹⁹, la Corte Costituzionale dichiarò parzialmente illegittimi gli artt. 33 e 34 del D. lgs. n. 80/ 1998, come sostituiti dalla legge n. 205/ 2000, assumendo che essi avevano superato i limiti della giurisdizione esclusiva dettati dall'art. 103, 1° Cost.; invece ritenne costituzionalmente legittima l'estensione della giurisdizione amministrativa alle controversie

¹⁴ GAROFOLI - FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2013, pag. 2013.

¹⁵ Gli interessi oppositivi (o statici) soddisfano esigenze di conservazione della sfera giuridica e patrimoniale del soggetto; quelli pretensivi (o dinamici) istanze di ampliamento della stessa sfera; GAROFOLI - FERRARI, op. cit. pag. 1896.

¹⁶ Pertanto, per esempio, veniva negato il risarcimento del danno al soggetto cui fosse stato illegittimamente negata una concessione (salvo che si trattasse di danni prodotti da reato).

¹⁷ La quale aveva ricordato che anche la Suprema Corte stessa, con la sent. n. 4083 del 1996, aveva avvertito "l'inadeguatezza dell'indirizzo interpretativo sul danno ingiusto".

¹⁸ Merita di essere annotato che nel luglio 2000 il legislatore si apprestava a sanare la novella del 1998, siccome sottoposta a giudizio di legittimità. Ma, per un verso l'emanazione della sentenza n. 500/1999 della Suprema Corte e per altro verso la notizia del prossimo accoglimento della Corte Costituzionale (il che avvenne con la sentenza n. 292 del 2000, decisa il dì 11 luglio e pubblicata il 17 luglio 2000) della predetta q.l.c. indussero il legislatore ad approvare il 21 luglio 2000 la legge n. 292. Tale eccezionale 'tempismo' è sottolineato da F. SATTA, *Giustizia amministrativa, E.d.D.*, Aggiornamento VI, pag. 416, Milano, 2002.

¹⁹ Sentenza che PROTO PISANI (op. cit., pag. 261) definisce 'timida', «come forse non poteva non essere non potendo la Corte la riscrivere le norme costituzionali».



risarcitorie per lesione di interessi legittimi; 7) con l'ordinanza n. 13659 del 13/06/2006 le Sezioni Unite ribadirono che « siccome deve escludersi la necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso, al giudice amministrativo può essere chiesta la tutela demolitoria e, insieme o successivamente, la tutela risarcitoria completa, ma anche la sola tutela risarcitoria, senza che la parte debba in tal caso osservare il termine di decadenza pertinente all'azione di annullamento»; inoltre «Il giudice amministrativo rifiuta di esercitare la giurisdizione e la sua decisione, a norma dell'art. 362 c.p.c., comma 1, si presta a cassazione da parte delle sezioni unite quale giudice del riparto della giurisdizione, se l'esame del merito della domanda autonoma di risarcimento del danno è rifiutato per la ragione che nel termine per ciò stabilito non sono stati chiesti l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei suoi effetti»; 8) il c.p.a.²⁰ ha consolidato l'espansione (normativa e giurisprudenziale) del contenzioso riservato al G.A. ed ha dettato una regola compromissoria (art. 30 c.p.a.) rispetto alla questione c.d. della pregiudizialità amministrativa; che - secondo alcuni - sarebbe sospettabile di incostituzionalità «in quanto il legislatore nazionale, fissando il suddetto ristretto termine decadenziale, ha interferito nell'amministrazione della giustizia, attribuendo alla pubblica amministrazione una posizione di vantaggio in assenza di "motivi imperativi di interesse generale", come enucleati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo»²¹; 9) infine, con la sentenza n. 3/2011, l'A.P. del C.D.S. ha giustificato il menzionato art. 30 c.p.a., assumendo che merita un ripensamento l'unanime orientamento interpretativo dell'art. 1227 c.c., alla cui stregua il comportamento operoso richiesto al creditore non comprende l'esperimento dell'azione giudiziaria²².

In estrema sintesi, sembra avere ragione Proto Pisani quando osserva che: a) «l'operazione sottostante a questo complesso di interventi sembra un'operazione di mero potere, tutta tesa a scaricare sul giudice ordinario il poco ambito contenzioso del pubblico impiego privatizzato, e a devolvere al giudice amministrativo il contenzioso su materie centrali nell'attuale evoluzione della nostra società quali i pubblici servizi (ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito), gli appalti, l'edilizia ed urbanistica; il che appare a dir poco paradossale ove si abbiano presenti i più che fondati sospetti sulla effettiva terzietà ed imparzialità dei giudici soprattutto del Consiglio di Stato»; b) «Quanto agli ulteriori e più incerti sviluppi della sentenza n. 500/SU riguardo alla risarcibilità degli interessi pretensivi correlati ad una situazione di potere discrezionale (di discrezionalità tecnica o amministrativa) della pubblica amministrazione, ormai a seguito della novellazione del 3° comma dell'art. 7 l. n. 1034/71 effettuata dall'art. 7 l. 2005/00, l'ultima parola è stata sottratta (scippata?) alla Corte di cassazione ed attribuita al Consiglio di Stato.»²³. Altrettanto importante è osservare che man mano che il G.A. estendeva la propria giurisdizione e 'importava' i poteri processuali tipici della giurisdizione ordinaria, appariva legittimo, per una sorta di hegeliana «astuzia della ragione», radicalmente chiedersi il «perché di una giurisdizione speciale amministrativa»²⁴.

Parimenti oggetto di lotta tra le giurisdizioni è stata la formazione del sistema dei conflitti. La legge sarda n. 3780/1859 conferiva ai governatori il potere di elevare i conflitti ed al re quello di dirimerli, sentito il C.D.S. La legge abolitrice del contenzioso si limitò ad assegnare direttamente la soluzione dei conflitti al C.D.S., che in tale veste contribuì al fallimento della giurisdizione unica (v. *infra*). Soltanto la legge n. 3761/1877, pur

²⁰ Sulla cui redazione v. *retro sub* nota n. 11.

²¹ Tar Liguria ord. 22 gennaio 2014, dichiarata inammissibile dalla Corte Costituzionale (ord. n. 57/2015), per ragioni che ne hanno impedito l'esame *au fond*.

²² V. per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Vol V – *La Responsabilità*, 2013, Milano, pagg. 162 e 165: «Il creditore, in particolare, non è tenuto ad esperire azioni giudiziali contro terzi o a resistere ad azioni esperite da terzi o, ancora, ad impugnare atti amministrativi. Il ricorso ai rimedi processuali comporta infatti pur sempre un apprezzabile sacrificio in termini di costi e di rischi»; ed ivi puntuali riferimenti giurisprudenziali.

²³ A. PROTO PISANI, *op. cit.*, pag. 259, in nota.

²⁴ A. PROTO PISANI, *op. cit.* pag. 261, in nota.



conservando all'amministrazione il privilegio di paralizzare l'ordinario corso della giustizia civile, e più precisamente proprio per conservare tale privilegio, affidò alle Sezioni Unite della Corte romana la funzione di regolare i confini giurisdizionali; soluzione che poi è stata importata nel nuovo codice di rito civile (con qualche modifica), e fatta propria nella sostanza dall'art. 111, ultimo comma, Cost.

II.E. I PRECEDENTI

Autorevolmente il prof. Cassese allega, se pur con qualche cautela, a difesa della legittimità e sostenibilità del M. il c.d. «concordato giurisprudenziale» del 1929 25, ma un'analisi appena approfondita sembra approdare ad opposti risultati.

La vicenda sottesa dal c.d. concordato è ben nota²⁶. All'interno del C.D.S. (tra la Quarta e la Quinta Sezione) e nei confronti delle Sezioni Unite della S.C. era in discussione il criterio empirico del riparto della giurisdizione, nell'ambito delle teorie della c.d. doppia tutela: in presenza dello stesso «episodio di vita», può legittimamente adirsi il G.A. allorché si invochi l'annullamento dell'atto amministrativo ritenuto illegittimo (o alternativamente il G.O. ad altri effetti), quale che sia la situazione soggettiva pregiudicata, diritto soggettivo o interesse legittimo (teoria del *petitum*); oppure, quale che sia il *petitum*, resta discriminatoria soltanto la individuazione di tale situazione soggettiva (teoria della *causa petendi*)? Ebbene, dopo (*post hoc non propter hoc*) il «contatto giurisprudenziale» o il concorde 'auspicio' dei due vertici della S.C. e del C.d.S. (rispettivamente Mariano D'Amelio e Santi Romano), l'allineamento fu opera esclusivamente dell'Adunanza plenaria del C.d.S. (decisioni nn. 1 e 2 del 14 giugno 1930) e delle Sezioni Unite della Suprema Corte (sent. n. 2680 del 15.7.1930) e sancì la vittoria del criterio della *causa petendi* (o del *petitum* sostanziale), mettendo definitivamente da parte il congegno della doppia tutela.

Dunque i predetti due Vertici si guardarono bene dall'assumere reciproci impegni (aventi per oggetto iniziative normative o decisioni giurisprudenziali) per conto dei plessi giudiziari che presiedevano (e che poi adottarono, in sede propria, le menzionate decisioni), né ritennero di avvalersi di associazioni private super partes, né violarono in alcun modo lo Statuto Albertino ('costituzione' flessibile a differenza di quella repubblicana): il che è quanto basta a fare la differenza, di certo non solo formale. Qualora poi le motivazioni di quel c.d. concordato fossero state meno nobili, rinvenendosi tout court nella «fascistizzazione delle magistrature» ad opera dei due anzidetti «dioscuri della giurisprudenza»²⁷, ancor meno calzante si rivelerebbe il confronto con il M.

²⁵ I concordati sono sorti e studiati soprattutto nell'ambito del diritto ecclesiastico, ove per altro non hanno goduto di grande reputazione (*Historia Concordatorum, historia dolorum*). Forse anche per questo gli stessi insigni Autori di quello che sarebbe stato volgarizzato in dottrina come 'concordato' si erano limitati, più prudentemente, a parlarne come meri «contatti giurisdizionali»: cfr. M. D'AMELIO e SANTI ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1929,1, 181. Ma già la dottrina più avvertita aveva precisato che, più di un vero e proprio accordo, si trattò di un mero auspicio, poi raccolto dal Consiglio di Stato e dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite.

²⁶ V. per tutti M. NIGRO, *op. cit.* pag. 135.

²⁷ G. VOLPE, *Storia costituzionale degli italiani: II. Il popolo delle scimmie (1915-1945)*, Giappichelli, 2015, pag. 208.

Dopo avere registrato che, a seguito delle leggi fasciste del 1923 e del 1925, furono 'epurati' un centinaio di magistrati e sciolta l'associazione di categoria dei magistrati, Cassese nega la fascistizzazione della magistratura, perché invece essa svolse «una certa cauta azione diretta ad attenuare le conseguenze delle più rigide norme in materia di libertà fondamentali (in ciò differenziandosi dalla magistratura tedesca durante il periodo nazista)»: cfr. S. CASSESE, *Lo stato fascista*, Bologna, 2010, pag. 43.



Ancorché esente dalle anomalie riscontrate con riguardo al M., l'esito della menzionata vicenda non fu salutato con favore dalla Dottrina, se un autorevole giurista come M.S. Giannini osservò che la sconfitta della teoria del *petitum* e della tesi di Scialoja «fu una sconfitta della libertà», perché la teoria della discriminazione delle competenze giurisdizionali in base al *petitum* «era l'adozione di una concezione generale della giustizia amministrativa che avrebbe attribuito al giudice civile un ruolo pieno, di verace sindacato sui provvedimenti amministrativi illegittimi produttivi di effetti di estinzione, perdita e modificazione dei diritti e poteri dei privati, e quindi avrebbe aumentato la tutela giurisdizionale di questi», aggiungendo che «il concordato giurisprudenziale era ben altro che un accordo sui problemi processuali e che esso rappresentava invece la definitiva sanzione della concezione del provvedimento amministrativo come atto imperativo»²⁸.

Restando sul tema dei precedenti, ancora più significativa ed infausta – ancorché non segnata da *memorandum*, concordati o concordi auspici - fu la svolta che, all'interno della nostra storia giuridica, decretò la fine del sistema monistico con prevalenza del giudice ordinario (1865 – 1889) e l'affermazione del sistema dualistico. Le ragioni per cui i giudici ordinari non furono capaci, nell'ambito del flessibile Statuto Albertino, di assicurare al cittadino tutta la tutela 'estraibile' dall'art. 2 della L. n. 2248 del 1865 (emanata sotto il governo della Destra storica²⁹) e di mettersi al centro del sistema giudiziario furono molteplici: certamente la loro minorata indipendenza giuridica rispetto all'apparato governativo; certamente il ruolo svolto dal C.D.S. sia con le decisioni sui ricorsi straordinari, sia (almeno fino alla legge n. 3761 del 1877, emessa dopo la vittoria nel 1876 della Sinistra storica) nella risoluzione dei conflitti di attribuzione, ma soprattutto fu decisiva la loro singolare e completa sintonia economica, culturale e perciò politica con i governanti, sicché, essi «nel conflitto fra governanti e amministrati, adottavano il punto di vista dei primi, più

²⁸ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Rivista di diritto processuale*, 1963, p. 226.

²⁹ J.A.G. GRIFFITY, *The Politics of the Judiciary*, Manchester University Press, 1977, p. 209. L'A. contesta il concetto per cui il giudice, per essere veramente indipendente, «He must act like a political, economic and social eunuch». La critica di Griffity può certamente condividersi allorché entrino in giuoco principi e norme costituzionali.

L'occasione è allora propizia per rammentare che, nel periodo (seconda metà dell'ottocento) in cui si formò la nostra Giustizia amministrativa, al pari della c.d. destra storica (1861-1876), anche la sinistra c.d. storica (1876-1896) fu un «partito di notabilato privo di organizzazione permanente nonché di ideologia e programma rigorosamente definiti», la cui base sociale di riferimento era «formata dalla piccola e media borghesia agraria, dalle professioni, dagli affari e dall'impresa del Nord e del Sud, dove trovava consenso anche nel ceto della grande proprietà latifondistica». «Dal 1882 Depretis governò su una base di sostegno parlamentare molto ampia, frutto della scomparsa di schieramenti politici ben definiti in seguito al passaggio di diversi esponenti di spicco della destra nelle file della maggioranza. Quella stagione parlamentare e di governo, che si concluse con morte dello stesso Depretis (1887), fu definita «del [trasformismo](#)» e della «dittatura parlamentare di Depretis», e fu vista a lungo come un periodo di pausa dello slancio riformatore, di rinuncia, con la [Triplice alleanza](#), alle speranze sulle terre irredente del Nord-Est, di rinnovata precarietà del bilancio dello Stato (il *deficit* scomparso nel 1876 ricomparve nel 1884-85), di avvio (acquisto di Assab, occupazione di Massaua) di una politica, quella coloniale, rivelatasi poi sotto molti aspetti in perdita per lo Stato italiano, oltre che di incubazione di rapporti tra economia e politica dominati in linea generale più dagli interessi privati che da quelli pubblici» (citazioni tratte dalle voci *Destra storica italiana* e *Sinistra storica italiana* del *Dizionario Storico Treccani*). La seconda metà del diciannovesimo secolo - (secondo Eric J. Hobsbawm, fino al 1914, l'«Età degli imperi»; quella del «mondo e della società del liberalismo borghese avanzante verso 'la strana morte'... che la coglie proprio quando essa raggiunge il suo apogeo, e a causa proprio delle contraddizioni insite in questa sua avanzata» - si concluse per l'Italia con la sconfitta di Adua (1896), la sanguinosa repressione di Bava Beccaris dei moti popolari durante la c.d. «protesta dello stomaco» (1898) e l'assassinio di re Umberto I (1900). Tanto basta per evidenziare quanto distante sia il clima politico e la struttura costituzionale (era in vigore lo Statuto Albertino del 1848, il cui art. 68. proclamava che «La Giustizia emana dal Re, ed è amministrata in suo Nome dai Giudici ch'Egli istituisce») di quel periodo rispetto alla situazione venutasi a creare, dopo il mesto periodo fascista e corporativo, per effetto della Costituzione repubblicana; i cui primi tre articoli, facendo capo allo spirito democratico e solidaristico (la *fraternité* sbandierata, soltanto sbandierata, dalla rivoluzione francese, che fu una rivoluzione prevalentemente borghese), hanno impresso alla nostra Repubblica per la prima volta le caratteristiche dello Stato sociale, non ancora attuato.



che per asservimento morale e costrizione giudica, per intima convinzione che tra l'esigenza di soddisfazione dell'interesse pubblico e le ragioni di garanzia degli amministrati dovesse normalmente prevalere la prima»³⁰. Quei magistrati ordinari – in sostanza – neppure volontariamente potevano 'sterilizzare' le proprie inclinazioni politiche filogovernative, perché in esse erano così totalmente immersi a tal punto da non avvedersene. Forse ignaro del proprio essere, ma tutt'altro che «eunuco politico, sociale ed economico» (secondo la suggestiva espressione del Griffity), ciascuno di quei magistrati era addirittura «fatto della stessa sostanza» dei governanti e, in spontanea (e forse incosciente) convergenza con essi e con il C.D.S., poté così decretare che l'atto amministrativo, ancorché illegittimo, degradava i diritti soggettivi, finendo per sancire che la ripartizione tra le due giurisdizioni passava per la distinzione tra atti d'impero (riservati al C.D.S.) e atti di gestione (riservati al G.O.)³¹. Si intende allora, in una nuova e più favorevole situazione di raggiunto pluralismo economico, sociale e politico all'interno della magistratura ordinaria, quanto sia importante il dettato della Costituzione repubblicana (v. *infra*) sul tema dei conflitti e della giurisdizione.

II.G. PATTO LEONINO

La carenza dei pur necessari dettagli non consente di valutare, con sufficiente precisione, (ammesso che se ne debba parlare) la «convenienza istituzionale» di ciascuna delle Tre Giurisdizioni rispetto al M. ed alla sua attuazione. Tuttavia qualche cosa può dirsi e non va taciuta. La reciprocità degli impegni è già attestato di pari considerazione tra i tre plessi giudiziari; così, adottando un concetto unitario e panciuto di nomofilachia, può anche ipotizzarsi che la funzione nomofilattica di cui gode ciascuna delle Tre Giurisdizioni sia messa a fattor comune mediante la composizione mista degli organi tenuti all'esercizio della nomofilachia stessa, come prevede il M. Ma allorché vengano in rilievo funzioni che non sono (e non possono) essere comuni, a mente del dettato costituzionale, qual è il regolamento della giurisdizione (tra giudice ordinario e giurisdizioni speciali garantite) attribuito soltanto al G.O. (art. 111, ultimo comma Cost.), è fin troppo chiaro, al di là della violazione della Costituzione, che è certo tanto il 'vantaggio' esclusivo delle due giurisdizioni garantite quanto lo 'svantaggio' esclusivo della Suprema Corte, e segnatamente delle Sezioni Unite. In questa situazione, che con qualche enfasi può ricondursi ad un «patto leonino», di certo non sono assimilabili (per richiamare ancora una volta Bacone e Violante³²) a voraci *leones* sia i Vertici della Suprema Corte firmatari del M., sia i Magistrati della Corte stessa che fermamente lo contestano. Ma, come si vedrà subito, sono in giuoco valori costituzionali e, non certo la c.d. «convenienza istituzionale» delle Tre Giurisdizioni.

II.G. LA COSTITUZIONE

È tempo infatti di affrontare il *punctum dolens* del M. La ragione che lo ha ispirato – va premesso – è ben comprensibile: a seguito delle innovazioni introdotte negli anni 1998 - 2000, «la necessità di armonizzare l'esercizio della funzione nomofilattica tra le stesse giurisdizioni per evitare il formarsi di "nomofilachie" divergenti, o comunque non comunicanti, sulle medesime questioni di diritto sostanziale, come ad esempio in tema di responsabilità civile o di discrezionalità della pubblica amministrazione». Questa ben plausibile esigenza deve essere tuttavia confrontata con le disposizioni costituzionali.

³⁰ M. NIGRO, *op. cit.* pag. 66.

³¹ Quest'ultima conclusione, non condivisa da E. CANNATA - BARTOLI (*La tutela giudiziaria del cittadino*, Milano, 1964, pag. 95), è sostenuta da M. NIGRO, *op. cit.* pag. 67.

³² V. *retro sub* nota n. 4.



Considerandolo dal punto di vista statico, con riferimento cioè al tempo della sua introduzione, il sistema costituzionale della giustizia amministrativa classica aveva una parziale interna coerenza: a) il Costituente a tal punto 'rispettava' le due giurisdizioni speciali garantite da affrancarle da ogni intervento (anche nomofilattico) della Suprema Corte., sempre che esse avessero agito nell'ambito giurisdizionale loro riservato, attribuendo perciò alla Cassazione il solo compito di regolarne i confini (artt. 103 e 111 Cost.); in questi termini, pertanto, soltanto alle due giurisdizioni speciali garantite (a differenza dalle altre giurisdizioni tollerate) fu accordato, nei limiti già precisati, il potere di decidere in ultima istanza (*in iure* e nel merito) nell'ambito della loro giurisdizione; b) al di fuori di tale riserva di giurisdizione, la funzione nomofilattica (generale) era riservata al G.O., ivi compresa la giurisdizione sul risarcimento del danno. Però in una più matura speculazione, si ritenne che questo semplice schema concettuale entrasse in conflitto con gli artt. 24, 103 e 113 Cost., giacché è «incontrovertibile che nel suo complesso il sistema garantisce una situazione di privilegio all'amministrazione: essa era a priori irresponsabile dei danni recati con provvedimenti discrezionali perché essi ledevano interessi legittimi, affidati alla tutela giurisdizionale del giudice amministrativo, che quei provvedimenti poteva soltanto annullare»³³.

Dal punto di vista dinamico, a seguito delle novelle del 1998-2000, «la giustizia amministrativa classica era finita», perché «Il giudice amministrativo cessava di essere giudice della sola legittimità degli atti, per esserlo anche delle loro conseguenze. Cadeva la contrapposizione tra giurisdizione ordinaria e giustizia amministrativa, per sostanziale incorporazione della prima nella seconda, nelle controversie in cui parte è una pubblica amministrazione. Cadeva insomma il fondamento storico della giustizia amministrativa, secondo cui la tutela giurisdizionale variava in funzione del grado intensità che la legge sembrava dare agli interessi dedotti in giudizio»³⁴. In tal modo la novella del 2000 ha dato copertura legislativa alla sent. n. 500/1999, nella parte centrale in cui essa riconosce la risarcibilità della lesione del l'interesse legittimo, ma (in fiero e tempestivo contrasto con tale sentenza) ha concentrato sul giudice amministrativo la relativa giurisdizione ed ha provocato una generale semplificazione del sistema, cancellando le questioni di giurisdizioni in rilevanti settori dell'amministrazione. Può darsi perciò che il nuovo sistema di giustizia amministrativa pragmaticamente realizzi in tal guisa l'esigenza dell'effettività della tutela dell'Utente finale della giustizia, predicato dagli artt. 24, 103 e 113 Cost.³⁵, come per altro statuito poi dalla Corte Costituzionale. Sennonché è altrettanto chiaro che l'attribuzione al G.A. della tutela risarcitoria in territori giurisdizionali così estesi di c.d. giurisdizione esclusiva (che tale in effetti non erano più) nonché generalmente anche per ogni questione di giurisdizione di legittimità non rispondeva più alla logica interna della giurisdizione esclusiva, essendo piuttosto piegata ad impedire la necessità della duplicità dei giudizi, e sconvolgeva la stessa logica interna dell'originario sistema costituzionale. Tale dilatazione quantitativa non poteva essere agevolmente riassorbita nel sistema originario della Costituzione, siccome ancorato saldamenti ai predetti presupposti storico-normativi: in sostanza l'estensione quantitativa dell'attribuzione al G.A. della tutela risarcitoria si era tramutata in problema qualitativo, come tale irrisolvibile con lo schema costituzionale originario.

Il quale schema tuttavia mostrava – e tuttora mostra – alcuni punti di insuperabile resistenza. Per un verso, invero, la coerenza dei principi esclude che il G.O. possa imporre la propria funzione nomofilattica al G.A. (art. 111, 7° Cost.); per altro verso, tanto il legislatore che ha decretato la fine della giustizia amministrativa classica quanto forse la sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale non si sono resi conto dell'asimmetria di effetti tra il caso in cui una materia, dianzi ascritta alla giurisdizione del G.A., sia assegnata

³³ F. SATTA, *op. cit.* pag. 419.

³⁴ F. SATTA, *op. cit.*, pag. 416-417.

³⁵ In questo senso si pronuncia F. SATTA, *op. cit.*, pag. 420.



al G.O., e la vicenda ad esso speculare. Nella prima ipotesi³⁶, a mente della Costituzione (art. 111, ultimo comma, Cost.), viene incrementato il potere sia del G.O. sia della parte, perché essa acquista quanto meno il potere di adire la Suprema Corte con il ricorso per violazione di legge; nell'ipotesi opposta, viene sì incrementato il potere del G.A., ma resta in parte depauperata la tutela dell'amministrato, siccome legittimato soltanto a proporre questioni di giurisdizione (art. 111, ultimo comma, Cost.). Tale importante diversità propone allora il tema della compatibilità, all'interno dello stesso testo fondamentale, dell'art. 111 Cost. con l'art. 3 Cost., ovvio essendo (come correttamente rileva il M.) che una stessa questione risarcitoria (per esempio collegata alla interpretazione dell'art. 1227 c.c.) non possa avere una soluzione in iure diversa a seconda che la conosca e la decida, nel proprio ordine, il G.O. ovvero il G.A.³⁷. La risoluzione di questo problema (in cui sembra che tutti i nodi, passati e presenti, vengono al pettine) dunque non può essere affidata ad una legge ordinaria emessa «a Costituzione invariata», come immotivatamente preteso dal M., anche perché, a fronte della indiscutibile dizione dell'art. 111, 7° e 8° commi, Cost., il nuovo sistema di giustizia amministrativa di tutto ha bisogno tranne che di ulteriori spasmi o faglie costituzionali. In sostanza la giustizia amministrativa è arrivata al bivio, proprio perché, nella lotta tra le giurisdizioni, quei precetti costituzionali sono stati utilizzati come «Arlecchino servitore di due padroni».

Val la pena di aggiungere che, se si astrae della formidabile ricostruzione teorica del Cannata- Bartoli³⁸, i tentativi di riforma sembrano orientati in duplice direzione: taluni hanno auspicato «la sostituzione alla Cassazione di un Tribunale dei conflitti, a composizione mista o neutra»³⁹; altri ha proposto di «introdurre anche in Italia un sistema di giurisdizione unica con accesso dei giudici tramite concorso unitario, articolato in sezioni civili, penali, amministrative, tributarie, del lavoro e previdenziale, con possibilità dei giudici di essere trasferiti dall'un settore all'altro previa verifica a seguito di aggiornamenti professionali; articolata secondo il sistema del doppio grado e con un'unica Corte suprema, divisa in sezioni....; caratterizzata, in caso di errore dell'attore nella individuazione della sezione competente dalla piena trasmigrazione della causa da un sezione all'altra e da un'agevole soluzione dei possibili conflitti alla stregua del modello tedesco. I tempi per l'inizio di un dibattito culturale su tali linee sembrano maturi per un suo sviluppo è però necessario l'abbandono o la privazione dei veri e propri privilegi di cui sono ancora muniti i consiglieri di Stato»⁴⁰. Gli stessi promotori di tali riforme hanno sempre sostenuto che esse non potessero essere approvate «a costituzione invariata»⁴¹.

³⁶ Così è avvenuto con il passaggio del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dalla giurisdizione esclusiva del G.A. al G.O.

³⁷ F. SATTA, *op. cit.*, pag. 429. ove l'illustre Giurista conclude auspicando la riforma urgente dell'art. 111, ultimo comma, Cost. e, come mezzo al fine, che intanto siano proposti ricorsi alla Suprema Corte per violazione di legge avverso le sentenze del C.D.S. e della Corte dei conti. Nello stesso senso A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 2010, Torino, pag. 185, segnalando il pericolo che «sulle medesime disposizioni di legge si può formare una giurisprudenza amministrativa divergente da quella civile» nonché M. CLARICH (*Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, pagg. 296 e 476) il quale segnala che il G.A., pur attribuendo natura extracontrattuale alla responsabilità da lesione di interessi legittimi, tende a ritenere risarcibili solo i danni prevedibili.

³⁸ E. CANNATA – BARTOLI, *Giurisdizione (Conflitti di attribuzione)*, vol. XIX, E.D.D., 1970, Milano, pag. 295. La sua tesi, che è impossibile riassumere in questa sede ma che esclude la introduzione di tribunali misti, è contestata da M. NIGRO, *op. cit.* pag. 163. Il fatto che essa sia stata superata dagli eventi non ne inficia la profondità.

³⁹ M. NIGRO, *op. cit.*, pag. 166, con evidente riferimento al francese *Tribunal des conflits*, la cui introduzione nel nostro sistema fu addirittura auspicata dal Mortara e dal Cammeo, ma di cui significativamente non tennero conto i lavori preparatori del vigente codice di rito civile.

⁴⁰ A. PROTO PISANI, *loc. cit.* pag. 262.

⁴¹ Esplicitamente M. NIGRO, *op. e loc. cit.* (l'auspicata trasformazione del sistema «comporta naturalmente la revisione della Costituzione»), ma implicitamente (ed altrettanto chiaramente) anche A. PROTO PISANI (*op. e loc. cit.*).



Va altresì sottolineato che il M. promuove, almeno con riferimento alla funzione nomofilattica⁴², la creazione ex novo (non di un unico Tribunale, come ha sostenuto M. Nigro), ma di ben tre Tribunali misti (nuovi giudici speciali in visi alla Costituzione?), dai quali è ben possibile che scaturiscano contrastanti decisioni. In secondo luogo, la formula espressa dal M. «quando si trattino questioni di alto e comune rilievo nomofilattico, ivi comprese, per le Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, quelle attinenti alla giurisdizione», costituisce una fattispecie troppo elastica per potere diventare affidabile presupposto per la attivazione di ciascuno dei tre Tribunali misti divisati dal M. (per esempio, per stabilire se, al di fuori dei regolamenti di giurisdizione, le Sezioni Unite della Suprema Corte debbano decidere nella loro composizione istituzionale ovvero con i Giudici aggregati provenienti dalle altre due giurisdizioni), sicché diventa allora tanto cruciale quanto arduo stabilire l'organo cui competa (anche al di fuori del «contraddittorio tra le parti», imposto dall'art. 111, 2° Cost.?) l'accertamento del presupposto stesso; dal che può sorgere il sospetto di incostituzionalità ex art. 111, 1° Cost.⁴³. In terzo luogo, la composizione organica dell'ufficio giudiziario decidente contribuisce ad identificarlo, facendolo diventare il giudice naturale precostituito per legge (art. 25, 1° Cost.). Dunque, se la Suprema Corte (a Sezioni Unite) è il giudice naturale precostituito dalla Costituzione per decidere sulle questioni di giurisdizioni, le altre due Giurisdizioni non possono partecipare al giudizio sul regolamento, senza violare gli artt. 3, 24, 111, 2° e 8° commi Cost. (*Nemo iudex in causa sua*): infatti esse in pratica contribuirebbero alla formazione dell'ordinanza sul regolamento che ha per oggetto le loro stesse decisioni⁴⁴.

III. CONCLUSIONI

Ancorché sommaria, l'analisi fin qui tentata è stata finalizzata al di-svelamento di quel che si nasconde (o è stato nascosto) dietro (od oltre) i dispositivi normativi (come suggerisce M. Heidegger, in

⁴² Infatti per le questioni di giurisdizione - stando alle generiche indicazione del M. - sembrerebbe sufficiente rimodulare la composizione delle attuali Sezioni Unite (ormai una speciale sezione della Suprema Corte) con l'aggiunta di giudici aggregati provenienti dalla altre due giurisdizioni. Altrettanto ovvio che per potere trasformare le Sezioni Unite in Tribunale misto sarà necessario conferire ai suoi componenti la medesima capacità di incidere sulla decisione; il che potrà avvenire soltanto rendendo numericamente paritario l'intervento delle Tre Giurisdizioni.

⁴³ A seguito di un lungo processo storico (dal *code Louis* alla legislazione napoleonica), la predetta disposizione ha consolidato il monopolio statale della giurisdizione e della legislazione processuale, mediante una riserva di legge rinforzata, ma relativa. Non solo soltanto una fonte primaria può legiferare in tema di procedimento giudiziario, ma essa deve attenersi altresì ai principi del giusto processo, quali individuati dalla stessa norma costituzionale. Tale riserva è poi, per un verso assoluta, perché il legislatore deve direttamente disciplinare la materia riservata, senza possibilità di delega ad altre fonti; per altro verso, è però relativa, perché al legislatore è consentito predeterminare le sole condizioni o componenti essenziali, rimettendo ad altra fonte la regolamentazione di dettaglio. Sarebbe invece costituzionalmente illegittima una legge che, ad es., lasciasse totalmente sprovvista di limiti la discrezionalità del giudice nel regolare le procedure. In senso conforme M. CECCHETTI, *VOCE Giusto processo* (Diritto Costituzionale), in *E.d.D., Aggiornamento*, vol. V, pag. 613, Milano, 2011, ove ulteriori riferimenti.

⁴⁴ Per molto meno è intervenuta la Corte Costituzionale, sotto il vigore dell'art. 380 c.p.c., che allora consentiva al Procuratore generale di 'assistere' alle deliberazioni in camera di consiglio della Suprema Corte. Giudicando su una controversia in cui anche il P.G. aveva promosso ricorso, con sentenza n. 2/1974 il Giudice delle leggi dichiarò l'illegittimità dell'art. 380 c.p.c. «nella parte in cui consente l'assistenza del procuratore generale della Corte di cassazione alla deliberazione in camera di consiglio delle decisioni sui ricorsi in cui lo stesso procuratore generale è attivamente o passivamente legittimato come parte»; e ciò «perché la deliberazione della sentenza è compito esclusivo dell'organo giudicante, sicché la presenza di una parte, sia pure investita, come il pubblico ministero, di un'alta funzione di giustizia, nel momento in cui la causa viene decisa, altera le regole del contraddittorio le quali postulano che in ogni giudizio, salvo che non ostino gravi motivi razionalmente giustificabili con il pubblico interesse, le parti siano poste in condizioni di completa ed effettiva eguaglianza». Con L. n. 532/ 1977 fu esclusa poi radicalmente l'assistenza del Pubblico Ministero alle deliberazioni della Suprema Corte.



esergo richiamato), soprattutto per confrontarli con il dettato costituzionale. Si è così in grado di offrire al dibattito qualche provvisoria conclusione.

- A) Pur con i limiti segnalati, va riconosciuto ai Vertici delle Tre Giurisdizioni il merito di avere richiamato, con estrema autorevolezza, l'attenzione sulla necessità di approfondire e risolvere la più grave delle questioni sorte nell'ambito della giustizia amministrativa;
- B) *au fond* l'attuazione del M. non è praticabile «a Costituzione invariata», anche perché le problematiche complesse raramente possono adeguatamente essere risolte con soluzioni (apparentemente) semplici;
- C) la questione in gioco non è infatti soltanto giuridica, tecnica, ordinamentale, organizzativa e neppure di semplice cooperazione giurisdizionale; al pari della «questione Cassazione»⁴⁵ e della stessa «questione Giustizia», piuttosto che trovare soluzione volontaristica all'interno delle Giurisdizioni, essa è innanzi tutto una questione di scelta politica e di opzione democratica (come ricorda M. Nigro, non a caso citato in esergo), oltre che (e innanzi tutto) di interpretazione e di rispetto della Costituzione: per dirla con Luigi Ferrajoli, «la buona giustizia dipende dalla buona politica, non viceversa»⁴⁶;
- D) la soluzione meramente giudiziaria potrebbe per altro fornire avallo alla renitenza del Legislatore (soprattutto costituzionale), che ha il dovere di rendere effettiva la tutela dell'Utente finale della Giustizia, unico 'sovrano' riconosciuto dalla Costituzione (art. 1);
- E) in questi sensi sembra che veramente i tempi per l'inizio di un dibattito culturale siano maturi per un suo sviluppo nel senso della giurisdizione unica, come autorevolmente suggerito da autorevole dottrina⁴⁷.

⁴⁵ Sul punto v. R. RUSSO, *L'ultimo non rito della cassazione...* (op. e loc. cit.).

⁴⁶ *Dei diritti e delle garanzie*, Bologna, 2013.

⁴⁷ A. PROTO PISANI (op. e loc. cit.), cui non fa difetto il dono della schiettezza.