

## CAPITOLO PRIMO

# ECCESSO DI POTERE GIUDIZIARIO E “MOTIVI INERENTI ALLA GIURISDIZIONE”

SOMMARIO: 1. Il punto di partenza per la presente disamina: la difficoltà di tracciare i confini della giurisdizione del g.a. derivante dalle incertezze legate all'individuazione degli interessi meritevoli di tutela. La specifica categoria dell'eccesso di potere del g.a. nei rapporti con la pubblica Amministrazione come definiti dall'art. 111, comma 8, Cost. – 2. (*Segue*) L'impostazione originaria e la limitazione del sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) ai «soli motivi inerenti alla giurisdizione»: dalla categoria dell'*excès de pouvoir* alla legge n. 62/1907. – 3. L'originario recepimento, da parte della Cassazione, della tesi del Ranalletti, secondo cui l'«eccesso di potere» andava inteso come invasione da parte del giudice speciale della sfera di competenza di un'autorità di ordine diverso, legislativo o amministrativo (di «amministrazione attiva»). L'impugnabilità delle decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale soltanto per «difetto assoluto di giurisdizione» nell'art. 48 del r.d. n. 1054/1923: le analogie con il Codice di procedura penale del 1930 e la mancata abrogazione di tale disposizione da parte del Codice del processo amministrativo. La possibile “chiave di volta” per la disciplina del ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato: rinvio al § 4. – 4. (*Segue*) La tendenza interventista della Cassazione. Ragioni giuridiche (e pre-giuridiche). Il “mito” della giurisdizione unica e l'interpretazione “restrittiva” della legge del 1865 abolitrice del contenzioso amministrativo, incline ad un “contenimento” della giurisdizione del g.a. e la sostanziale “coincidenza” con il “difetto assoluto di giurisdizione” di cui all'art. 48 del r.d. n. 1054/1924. Il sostanziale recepimento negli artt. 91 e 110 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. – 5. Il valore “semantico” della formula dell'art. 111, comma 8, Cost.: l'assoluta continuità tra le nozioni di “eccesso di potere del giudice”, “difetto assoluto di giurisdizione” e “motivi inerenti alla giurisdizione”. La contrapposizione tra i fautori della conservazione del Consiglio di Stato quale organo giurisdizionale (tesi di Mortati) e i fautori della soluzione contraria (tesi di Calamandrei). – 6. (*Segue*) La relazione tra i concetti di «eccesso di potere del giudice amministrativo» e «motivi inerenti alla giurisdizione» in termini di “sineddoche” e la presa di posizione di Corte cost. n. 6/2018 nel senso di una sostanziale riconduzione dei “motivi inerenti alla giurisdizione” alla figura onnicomprensiva dell'«eccesso di potere giudiziario”. Il contrapposto e più recente orientamento della Cassazione tendente a distinguere i concetti, enucleando l'eccesso di potere giurisdizionale quale figura specifica all'interno del più ampio campo dei motivi di giurisdizione.

1. *Il punto di partenza per la presente disamina: la difficoltà di tracciare i confini della giurisdizione del g.a. derivante dalle incertezze legate all'individuazione degli interessi meritevoli di tutela. La specifica categoria dell'eccesso di potere del g.a. nei rapporti con la pubblica Amministrazione come definiti dall'art. 111, comma 8, Cost.*

Come si è accennato nell'Introduzione, il tema del dialogo tra le Corti appare inscindibilmente collegato alla disamina intorno alla elaborazione dell'eccesso di potere giurisdizionale<sup>1</sup>, inteso non solo con riguardo all'ambito dei rapporti tra giudice amministrativo ed ordinario (nazionale e sovranazionale) ma anche in relazione alla fattispecie dello sconfinamento giudiziale nei poteri legislativi, ma anche amministrativi<sup>2</sup>.

Ed invero, la difficoltà di tracciare i confini della giurisdizione del giudice amministrativo deriva principalmente dalle incertezze legate all'individuazione degli interessi meritevoli di tutela in sede giurisdizionale, in base ai noti criteri della individuazione e della qualificazione<sup>3</sup>. E questo proprio perché, diversamente da quanto accade nel caso dei diritti soggettivi definiti in gran parte in modo puntuale e univoco dalle norme di legge o da fonti negoziali, nel caso degli interessi legittimi le norme di conferimento del potere amministrativo non individuano con precisione in astratto gli interessi qualificabili come tali, preoccupandosi piuttosto di definire i presupposti e le modalità di esercizio del potere.

Ne discende, come affermato di recente dalla Corte di Cassazione, che il processo amministrativo svolge una «funzione di autentica individuazione degli inte-

---

<sup>1</sup> Si vedano al riguardo le considerazioni svolte in precedenza in merito alla 'scelta' di delimitare l'indagine ai motivi di giurisdizione *ex art. 111, comma 8, Cost.* (almeno) astrattamente riconducibili alla categoria dell'eccesso di potere del giudice amministrativo nella più volte menzionata accezione "in senso stretto". Cfr. *supra*, *Introduzione*, § 4.

<sup>2</sup> Il particolare legame tra i due ambiti di indagine emerge chiaramente in Cass. civ., sez. un., 5 luglio 1983, n. 4501, in *Giust. civ.*, 1983, I, 2908, in cui si rileva che, in caso di denuncia di violazione, ad opera del provvedimento, delle prescrizioni contenute nel bando, l'interpretazione della portata di queste ultime, in uno con il sindacato sulla conformità o meno ad esse dell'atto impugnato, rientra nell'ambito delle attribuzioni del giudice, non implicando invece uno sconfinamento nel merito amministrativo, quest'ultimo configurabile solo qualora il predetto giudice, non limitandosi ad un accertamento dell'esistenza dell'atto e ad una interpretazione dello stesso, lo faccia altresì oggetto di una autonoma valutazione in base a propri criteri di buona amministrazione, o provveda egli direttamente all'interesse pubblico attraverso apprezzamenti e scelte rimessi esclusivamente all'amministrazione [principio in massima].

<sup>3</sup> Come rilevato da M. CLARICH, *I motivi inerenti alla giurisdizione nel "dialogo" tra le Corti supreme*, in *Corr. giur.*, 2021, 226.

ressi meritevoli di tutela»<sup>4</sup> e ciò in sede di valutazione della sussistenza dell'interesse ad agire inteso, sulla scia dell'impostazione più tradizionale ora in fase di superamento, come effettiva titolarità di un interesse legittimo da accertare *in limine litis*, piuttosto che, com'è pacifico nel processo civile, come mera affermazione di tale titolarità.

In definitiva, non sembra soddisfare l'esigenza di certezza del diritto una situazione nella quale la titolarità della situazione giuridica sostanziale fatta valere in giudizio non conoscibile *ex ante*, sulla base delle norme sostanziali, ma soltanto all'esito di un giudizio di cassazione.

Sul secondo versante, la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi continua a dare filo da torcere alla giurisprudenza perché i criteri usualmente utilizzati a questo fine non si prestano a un'applicazione univoca<sup>5</sup>. In particolare, il criterio fondato sulla distinzione tra potere discrezionale e potere vincolato non è risolutivo. Infatti, se è vero che in presenza di un potere discrezionale la posizione giuridica soggettiva vantata è sempre e necessariamente un interesse legittimo, in presenza di un potere vincolato, il quadro è meno chiaro. Infatti, la giurispruden-

---

<sup>4</sup> Cfr. Cass. civ., sez. un., 2 agosto 2019, n. 20820, in *Guida al dir.*, 2019, 49-50, 72 ss.; nello stesso senso, Cass. civ., sez. un., 4 febbraio 2008, n. 2523, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 2; Id., sez. un., 15 gennaio 2015, n. 607, *ivi*, 2015; Id., sez. un., 14 marzo 2018, n. 6335, *ivi*, 2018.

<sup>5</sup> Sul tema, cfr., *ex multis*, E. GUICCIARDI, *Interesse personale, diretto, attuale*, in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 84 ss.; G. BERTI, *Il giudizio amministrativo e l'interesse diffuso*, in *Jus*, 1982, 68 ss.; A. ATTARDI, *Interesse ad agire*, in *Dig. disc. priv.*, Sezione Civile, I, Torino, 1993, 517 ss.; B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983; ID., *Interesse ad agire. (I) diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 2 ss.; R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubb.*, Torino, 1993, 472 ss.; E. FABIANI, *Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 548; L.R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 792 ss.; F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004; ID., *Una falsa soluzione al problema del pregiudiziale annullamento dell'atto amministrativo illegittimo nelle azioni risarcitorie per lesione di interesse legittimo (Consiglio di Stato, ad. plen., 26 marzo 2003, n. 4)*, in *Corr. giur.*, 2004, 345 ss.; ID., *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004; ID., *Legittimazione e interesse a ricorrere nel processo amministrativo: il problema delle pretese partecipative*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 708 ss.; G. TROPEA, *L'interesse strumentale a ricorrere: una categoria al bivio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 664 ss.; C. LAMBERTI, *L'Adunanza Plenaria "boccia" l'interesse strumentale*, in *Urb. app.*, 2011, 682 ss.; A. GIANNELLI, *Il revirement della Plenaria in tema di ricorsi paralizzanti nelle gare a due: le nubi si addensano sulla nozione di interesse strumentale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1119 ss.; N. PAOLANTONIO, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3)*, in *www.giustamm.it*, n. 4/2011; F. CARINGELLA, *La giurisprudenza amministrativa regala all'interesse legittimo l'atipicità della tutela*, in *Il nuovo Diritto Amministrativo*, 2012, 1 ss.; G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 479 ss.; S. FANTINI, *Ricorso principale e incidentale: alla ricerca dell'interesse sostanziale*, in *Urb. app.*, 2014, 1075 ss.

za opera una ulteriore distinzione tra vincoli posti dalla legge nell'interesse e a garanzia del soggetto privato e vincoli che abbiano come funzione quella di tutelare in via primaria l'interesse pubblico<sup>6</sup>. Solo nel primo caso, la situazione giuridica può essere qualificata come diritto soggettivo, mentre nel secondo caso essa va qualificata come interesse legittimo. Tuttavia, il criterio dello scopo della norma è fonte di incertezza poiché quasi mai la norma stessa lo individua in modo esplicito<sup>7</sup>.

Ed è proprio con riguardo alla figura dell'eccesso di potere del giudice amministrativo che la tendenza evolutiva a cui si è fatto innanzi cenno ha, assunto (ed evidentemente continua ad assumere) contorni peculiari. Ora, se l'oggetto della presente analisi ruota intorno alla figura dell'eccesso di potere del giudice amministrativo nell'accezione sopra indicata, sotto una tale prospettiva si deve inscrivere, altresì, la disamina intorno alla tendenza evolutiva di cui si è innanzi fatto cenno.

In altri termini, al di là del dato puramente formale o "definitorio"<sup>8</sup>, quello che si vuole analizzare in questa parte del lavoro è il modo in cui l'ordinamento ha concepito la specifica categoria dell'eccesso di potere del giudice amministrativo nei rapporti con il giudice ordinario. E ciò, dunque, a prescindere dal fatto che si discorra formalmente di "difetto assoluto di giurisdizione", di "rifiuto di giurisdizione", di "denegata giustizia", solo per citare alcune delle figure riconosciute dalla prassi come riconducibili alle questioni di giurisdizione<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 3 settembre 2019, n. 9, in *Foro amm.*, 2019, 9, 1434. In dottrina, peraltro, è stata avanzata la tesi della corrispondenza biunivoca tra potere vincolato e diritto soggettivo. Cfr., ad es., A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss.; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento autonomo*, Padova, 1996, 42 ss. In generale, su tali aspetti, cfr. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo – storia e teoria*, Torino, 2017, 432 ss.

<sup>7</sup> Così M. CLARICH, *I motivi inerenti alla giurisdizione nel "dialogo" tra le Corti supreme*, cit., 172 ss.

<sup>8</sup> Per un esame tipo classificatorio o definitorio dei motivi di ricorso avverso le sentenze del Consiglio di Stato ex art. 111, comma 8, Cost., diversi dall'eccesso di potere del giudice amministrativo – "limitato" al caso in cui la decisione giudiziale abbia invaso le prerogative riconosciute al legislatore o alla amministrazione – cfr. gli orientamenti della giurisprudenza delineati nel § 4 ss.

<sup>9</sup> La letteratura sul tema dei motivi di giurisdizione sindacabili dinanzi alla Corte di Cassazione è amplissima. Cfr., *ex multis*, E. CANNADA-BARTOLI, *Sui «motivi attinenti alla giurisdizione»*, in *Foro amm.*, 1963, II, 315 ss.; A. TORRENTE, *Il ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato per motivi attinenti alla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 252 ss.; C. FERRI, *Limiti del controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 357-358; G. ROEHRSEN, *Considerazioni sui conflitti di giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 4, 1093 ss.; V. CAIANIELLO, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, cit.; A. BERLATI, *"Limiti esterni" della giurisdizione amministrativa e ricorso in Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato*, cit.; B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, cit.; R. DIPACE, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, in *Il Libro dell'anno del Diritto 2013*, Roma,

A tale proposito, alla fine dell'*Introduzione*<sup>10</sup>, già si è accennato della vocazione, invalsa soprattutto nella prassi, ad apprestare classificazioni varie e non sempre coerenti tra loro delle figure che a vario titolo sono state ricondotte ai motivi di giurisdizione.

Proprio in considerazione di quanto appena affermato, l'esegesi ermeneutica deve confrontarsi necessariamente con le norme di rango costituzionale e di rango ordinario per condurre un'analisi che consenta di pervenire ad una interpretazione di carattere unitario della locuzione "eccesso di potere giurisdizionale", non scevra di referenti normativi e fortemente ancorata al diritto positivo. Invero, non si può non intraprendere la presente disamina se non a partire dal dato costituzionale, senza trascurare talune imprescindibili considerazioni in ordine al contesto storico-giuridico in cui tale precetto è stato formulato, essendo la ricostruzione sistematica dell'istituto la necessaria premessa per l'autonoma elaborazione che ci si propone di compiere e per il raggiungimento dei relativi risultati sul piano scientifico.

Come noto, il sindacato delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato è esercitabile "per i soli motivi inerenti alla giurisdizione", ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost. La portata semantica di tale formulazione rappresenta il frutto di un graduale processo normativo che ha interessato l'istituto *de quo* sin dall'epoca anteriore all'adozione della Carta costituzionale, alla luce delle classificazioni dogmatiche adottate in sede interpretativa e del ruolo attribuito ai differenti organi di volta in volta ritenuti competenti a risolvere i problemi di giurisdizione<sup>11</sup>.

---

2013, 689 ss.; R. VILLATA, *Sui «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 3, 632 ss., anche in ID., *Scritti in tema di questioni di giurisdizione*, Milano, 2019, 57 ss.; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1677 ss.; A. LAMORGESE, *L'eccesso di potere giurisdizionale e il diritto europolitano*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 18 aprile 2017; ID., *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 1/2018, 3 gennaio 2018; F. FRANCIOSI, *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, in *Il Libro dell'anno del Diritto 2017*, Roma, 2017, 708 ss.; G. VERDE, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione*, cit.; A. PANZAROLA, *Il controllo della Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, cit.; F. GAVERINI, *Il controllo della Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato ex art. 111 Cost. ed il principio di effettività della tutela, tra limite interno ed esterno della giurisdizione*, in *Foro amm.-CDS*, 2007, 1, 82 ss.; F. OLLA, *Il sindacato della Corte di Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa e l'interpretazione della legge*, in *Giust. civ.*, 2008, 6, 1548 ss.

<sup>10</sup> Vedi, in particolare il § 4.

<sup>11</sup> Cfr. V. CAIANIELLO, *Il limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Scritti in onore di G. Miele, Il processo amministrativo*, Milano, 1979; F.G. SCOCA, Parte 1, *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Capitolo 1 – *La formazione del sistema*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 3 ss.; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1677 ss. nonché i riferimenti bibliografici nelle note successive.

Invero, la portata semantica di tale formulazione rappresenta il frutto di un graduale processo normativo che ha interessato l'istituto *de quo* sin dall'epoca anteriore all'adozione della Carta costituzionale, alla luce delle classificazioni dogmatiche adottate in sede interpretativa e del ruolo attribuito ai differenti organi di volta in volta ritenuti competenti a risolvere i problemi di giurisdizione.

Nel corso degli anni, la concezione delle questioni di giurisdizione sindacabili dinanzi alla Cassazione *ex art. 111, comma 8, Cost.* ha subito un tale mutamento<sup>12</sup> da condurre la dottrina verso una configurazione di queste – e, nello specifico, dell'eccesso di potere giurisdizionale – del tutto peculiare, come già più sopra accennato<sup>13</sup>.

A ciò ha contribuito perspicuamente (come ricordato) la giurisprudenza, che in alcune occasioni ha mostrato di intendere – foss'anche solo a fini di semplificazione definitoria – la figura dell'eccesso di potere giurisdizionale come comprensiva di qualsivoglia ipotesi di vizio scrutinabile *ex art. 111, comma 8, Cost.*<sup>14</sup>.

All'opera della dottrina, invece, va riconosciuto il merito di aver operato, a volte in maniera oltremodo sofisticata, una attenta classificazione dei vizi riconducibili ai motivi di giurisdizione predetti, isolando, tra questi, la categoria dell'eccesso di potere giudiziario (nel significato 'in senso stretto' innanzi riferito)<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Cfr., in proposito, M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 142, la quale evidenzia «la mutazione più recente del modo di intendere i motivi di giurisdizione che legittimano l'impugnazione davanti alle sezioni unite delle decisioni del Consiglio di Stato, a norma dell'art. 111 Cost.».

<sup>13</sup> Cfr., *supra*, *Introduzione*, § 4.

<sup>14</sup> Cfr. per tutti R. VILLATA, "Lunga marcia" della Cassazione verso la giurisdizione unica ("dimenticando" l'art. 103 della Costituzione)?, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 324 ss., anche in ID., *Scritti in tema di questioni di giurisdizione. Tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, Milano, 2019, 1 ss., che evidenzia come il sistema dualistico risulti «consacrato in inequivocabili articoli della Costituzione [...]» (2). Cfr. altresì A. CORPACI, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, 341 ss.; G. VERDE, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione*, cit., 369, secondo cui «[P]enetra nel sistema la consapevolezza che la funzione giurisdizionale è unitaria e che le differenze organiche tra le varie magistrature non possano ritornare a danno del principio dell'effettività della tutela resa in tempi ragionevoli. Il "conflitto" tra i giudici perde rilievo in nome di una necessaria cooperazione. In questa prospettiva, il ricorso in Cassazione ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 111 non è più un rimedio per risolvere un conflitto, ma lo strumento per controllare che la tutela giurisdizionale sia resa in maniera effettiva». A favore dell'unitarietà della giurisdizione cfr. A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V, 21 ss.; ID., *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, *ivi*, 2009, V, 369 ss.; F. BILE, *Intorno all'unità della giurisdizione*, *ivi*, 2011, V, 93 ss.; E. BALBONI, *Qualche idea, antica e nuova, a favore dell'unicità della giurisdizione*, in *Quad. cost.*, 2011, 3, 647 ss.; L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2015, 3, 106 ss.

<sup>15</sup> Alcuni Autori propendono per un accostamento terminologico tra le espressioni di difetto as-

## 2. (Segue) *L'impostazione originaria e la limitazione del sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) ai «soli motivi inerenti alla giurisdizione»: dalla categoria dell'excès de pouvoir alla legge n. 62/1907*

L'elaborazione dell'istituto nel suo significato di sconfinamento del giudice amministrativo nelle prerogative spettanti al legislatore o all'amministrazione ha, infatti, trovato l'avallo della giurisprudenza dalla metà degli anni Venti del secolo scorso<sup>16</sup>.

---

soluto di giurisdizione e di eccesso di potere giurisdizionale. Cfr. F. MODUGNO, *Eccesso di potere, III) Eccesso di potere giurisdizionale*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, 3: «[...] per eccesso di potere giurisdizionale s'intende [...] sia l'invasione da parte dei giudici amministrativi o speciali della sfera di attribuzioni riservata ai giudici ordinari o ad altri giudici speciali, sia, viceversa, l'invasione da parte del giudice ordinario della sfera riservata ai giudici amministrativi o speciali (c.d. difetto di giurisdizione/competenza), sia, infine, la invasione da parte dei giudici ordinari o speciali della sfera di attribuzioni riservata alla discrezionalità del complesso Governo-pubblica amministrazione (c.d. difetto assoluto di giurisdizione). Nella terminologia utilizzata dalla Cassazione, l'espressione «eccesso di potere giurisdizionale» è specificamente riservata, però, a quest'ultima ipotesi nell'ambito della categoria generica delle «questioni di giurisdizione» [...].

<sup>16</sup>Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. un., 10 ottobre 1924, citata da L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione (A proposito di recenti sentenze della Corte Suprema)*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, III e app., Roma, 1932, 304 ss., che ha annullato per eccesso di potere una decisione del Consiglio di Stato sull'assunto che tale organo avesse approntato una inesatta interpretazione di una norma, in questo modo sottraendo, nel caso di specie, il giudizio al potere discrezionale della pubblica amministrazione. Cfr., altresì, Cass. civ., sez. un., 21 gennaio 1928, in *La Corte di Cassazione. Raccolta della giurisprudenza delle Sezioni civili e delle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione del Regno*, Milano-Roma, 1928, 785 ss. E ancora, Cass. civ., sez. un., 10 aprile 1928, in *La Corte di Cassazione. Raccolta della giurisprudenza delle Sezioni civili e delle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione del Regno*, Milano-Roma, 1929, 546 ss., che sancisce l'impugnabilità in Cassazione della decisione del Consiglio di Stato «[...] che, annullando un atto amministrativo emanato in materia di apprezzamento discrezionale, abbia tenuto per base un concetto errato di eccesso di potere e tale da implicare una indagine di merito sull'atto stesso [...]» [principio in massima]. Secondo Cass. civ., sez. un., 15 gennaio 1931, in *Foro it.*, 1931, I, 1222 ss., è viziata di eccesso di potere la decisione del Consiglio di Stato che, in sede di legittimità, esamini il merito del provvedimento [principio in massima]. Cfr., altresì, Cass. civ., sez. un., 15 maggio 1934, *ivi*, 1934, I, 1423 ss., secondo cui il vizio di eccesso di potere, sindacabile dinanzi alle Sezioni unite della Cassazione avverso decisioni delle giurisdizioni speciali, ricorre quando il giudice eserciti una facoltà riservata ad organi legislativi ed amministrativi, ovvero una potestà non consentita ai pubblici poteri [principio in massima]; Cass. civ., sez. un., 28 febbraio 1935, *ivi*, 1935, I, 671 ss., secondo cui l'eccesso di potere giurisdizionale si configura in caso di esercizio da parte di un organo di giurisdizione di una potestà riservata ad un differente organo di sovranità, usurpandone le funzioni, ovvero qualora eserciti una potestà non attribuita dall'ordinamento giuridico ad alcun organo del pubblico potere [principio in massima]. Non è, invece, censurabile per eccesso di potere la decisione del Consiglio di Stato che,

Prima, dunque, che vizio dell'atto amministrativo, la figura dell'eccesso di potere si atteggiava – nella originaria elaborazione dogmatica – quale vizio dell'atto giurisdizionale. In senso pressoché analogo è stata elaborata in Francia la categoria dell'*excès de pouvoir*<sup>17</sup>. Tale figura appariva originariamente collegata alla idea del *pouvoir* come apparato costituzionale, separato ed indipendente, in conformità alla teoria montesquieuana della separazione dei poteri<sup>18</sup>. L'espressione, presente in alcune sentenze della Cassazione francese nel periodo successivo alla Rivoluzione, veniva dapprima riferita agli atti dell'autorità giudiziaria usurpatori del campo di azione riservato agli organi legislativi o afferenti al potere esecutivo, per poi estendersi alle ipotesi di invasione da parte di un'autorità giudiziaria del campo di azione di una autorità giudiziaria diversa o superiore ovvero a quelle in cui l'autorità giudiziaria si pronunciava in difetto di osservanza delle regole sostanziali volte a garantire la correttezza dal punto di vista giuridico dei giudizi<sup>19</sup>, secondo la logica del *débordement* o *empiètement de pouvoir* (straripamento di potere)<sup>20</sup>.

---

potendo giudicare nel merito, si limiti ad esercitare, sul provvedimento impugnato, una giurisdizione di sola legittimità: in questo senso Cass. civ., sez. un., 18 dicembre 1930, cit. [principio in massima].

<sup>17</sup> Ci si riferisce, in particolare, all'evoluzione francese dell'*excès de pouvoir* sotto forma di *détournement de pouvoir*, su cui cfr. la disamina di P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, (dir. amm.), in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, il quale evidenzia in tal senso come la giurisprudenza del Conseil d'État avesse man mano ampliato e articolato il significato dell'espressione *excès de pouvoir*: in tale categoria furono compresi dapprima «tutti gli sconfinamenti da parte degli organi amministrativi dalla propria sfera di attribuzione, anche quando ciò avveniva a spese di un altro organo amministrativo; poi tutte le violazioni delle norme regolanti la forma e la procedura delle operazioni amministrative, cioè le garanzie esteriori di giustizia e di opportunità delle scelte affidate agli organi; ed infine [...] certi difetti che, pur inerendo a scelte discrezionali, come tali insindacabili, e pur non essendo configurabili come difetti di competenza, di forma e di procedura, intaccavano tuttavia dette scelte nella loro legittimità». In questo modo, evidenzia lo Studioso, si venne enucleando, nell'ambito della generica figura dell'*excès de pouvoir*, la specifica nozione di *détournement de pouvoir*. In proposito, cfr. E. LA FERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Paris-Nancy, 1896, 548 ss., che intende il *détournement de pouvoir* (sviamento di potere) come uso del potere discrezionale per uno scopo diverso da quello al quale era destinato: «[L]'expression «de détournement de pouvoir» s'est introduite, à une époque relativement récente, dans la langue du contentieux administratif. Le vice qu'elle désigne consiste à détourner un pouvoir légal du but pour lequel il a été institué, à le faire servir à des fins auxquelles il n'est pas destiné» (548).

<sup>18</sup> Cfr. P. GASPARRI, voce *Eccesso di potere* (dir. amm.), cit., 1965. Per un inquadramento storico della figura dell'eccesso di potere, cfr. altresì A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giust. amm.*, 1892-1893, IV, 1 ss., poi in ID., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 249 ss., ripubbl. in *Foro amm.*, 1989, 2563 ss. (I parte) e 2927 ss. (II parte).

<sup>19</sup> Così (ancora) P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, cit.

<sup>20</sup> Cfr. A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, cit., 1 ss., 2564 ove si legge: «[...] l'idea di eccesso di potere apparve nelle leggi costituzionali del 1791, dell'anno III e dell'anno VIII [...] come sconfinamento o invasione (empiètement) dell'autorità giudiziaria a



E senza alcun dubbio, già guardando alla legislazione francese dell'epoca, si comprende come una tale categoria rinvenga il suo fondamento nel concetto di «conflitto»<sup>21</sup>.

In Italia, ad occuparsi del c.d. “eccesso di potere giurisdizionale”, fu per prima la legge sarda del 20 novembre 1859, che disciplinava i conflitti (qualificati in termini di giurisdizione)<sup>22</sup> positivi tra l'autorità giudiziaria da un lato, e i tribuna-

---

danno della legislativa o dell'esecutiva. Il concetto originario d'eccesso di potere fu quindi, nel diritto moderno, quello di straripamento di uno dei poteri, che le teorie e le leggi del tempo volevano distinti e separati, nel campo dell'altro». Cfr., altresì, ancora, P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, cit., secondo cui: «[...] all'*excès de pouvoir*, nella sua configurazione originaria di invasione da parte di un apparato costituzionale del campo di azione riservato ad un altro apparato costituzionale, veniva riservata la denominazione di *débordement* o *empiètement de pouvoir*, che la dottrina italiana ha poi tradotto con «straripamento di potere»».

<sup>21</sup> Già la legge francese del 14 ottobre 1790 disciplinava il conflitto tra giudice e potere amministrativo, con attribuzione della decisione al Re, in qualità di autorità superiore a quelle in causa. L'accenno al concetto di eccesso di potere veniva, poi, sancito dall'art. 27 della Costituzione francese del 3 settembre 1791, secondo cui erano denunciabili al tribunale di Cassazione – che li avrebbe annullati – gli atti *par lesquels les juges auraient excédé les bornes de leur pouvoir*. Cfr., in argomento, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, VI ed., a cura di E. CARDI e A. NIGRO, Bologna, 2002, 169, che, con riguardo al tema dei conflitti (di attribuzione) tra giudice ordinario e amministrazione nel sistema rinveniente dalla legge del 1865 di abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo, osservava: «[...] parlare di conflitti a proposito di questi contrasti era giustificato solo se si lasciava prevalere la visione ideologicopolitica di un'amministrazione «separata» dall'apparato giudiziario e pari ordinata nella sua complessa organizzazione rispetto a questo. Giuridicamente, il conflitto era un assurdo, perché, come in ogni altra controversia, nelle controversie contro la pubblica amministrazione spetta al giudice (in quel caso, al giudice ordinario) stabilire se vi è pretesa tutelabile oppure no, e nei casi in cui il giudice (qualunque giudice) è carente di giurisdizione, ciò accade non perché «competente» sia l'amministrazione, ma perché non vi è né diritto né azione da far valere». Più in generale, propende per un superamento dell'«ottocentesco tema dei conflitti», con l'auspicio che la risoluzione delle relative tematiche possa compendiarsi nella «teoria del processo», E. CANNADA, BARTOLI, voce *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, il quale evidenzia che i «limiti fra legittimità e merito, fra situazioni protette e situazioni non protette, possono essere conosciuti e valgono solo mediante l'esercizio della giurisdizione». Potrà con un tale *caveat* – di conseguenza – giustificarsi la scelta dell'utilizzo, nel corso della trattazione, della qualifica di 'giudice dei conflitti' a proposito della Corte di Cassazione a Sezioni unite.

<sup>22</sup> La legge, tuttavia, prevedeva sostanzialmente sia conflitti di attribuzione che conflitti di giurisdizione. Per una definizione puntuale delle varie tipologie di conflitti cfr. F. BENVENUTI, *Conflitto di attribuzione e regolamento di giurisdizione nel giudizio amministrativo*, in *Giur. it.*, 1950, IV, 1 ss., anche in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 1039-1040, che spiega la distinzione tra conflitti di giurisdizione e conflitti di attribuzione prendendo le mosse dal principio della divisione dei poteri e delle funzioni: «[...] le varie funzioni statuali che si esplicano nelle attività legislativa, giurisdizionale e amministrativa, pur essendo coordinate fra loro, attraverso la subordinazione, attuata secondo un preciso rapporto di valore formale, tra i loro atti [...], sono esercitate però ciascuna in linea di principio separatamente ed esclusivamente da un complesso omogeneo di organi (potere), denominato dalla funzione che è chiamato ad esercitare in via principale, il quale è in un rapporto

li del contenzioso amministrativo o l'autorità amministrativa dall'altro (artt. 1, 2 e 13)<sup>23</sup>, nonché i conflitti negativi tra i tribunali ordinari e i tribunali del contenzioso amministrativo ovvero tra l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa (art. 16). La stessa legge prevedeva, inoltre, i conflitti positivi tra i tribunali del contenzioso amministrativo e l'autorità amministrativa (art. 14), "abbozzando", dunque, una prima disciplina normativa della figura dell'eccesso di potere del giudice amministrativo, seppur in una forma ancora "embrionale", considerata la mancata indipendenza dei predetti tribunali nei confronti della stessa amministrazione<sup>24</sup>.

---

di separazione nei confronti di ciascuno degli altri, mentre solo in via di eccezione ogni funzione può essere esercitata anche da organi appartenenti ad un potere diverso da quello cui essa spetta in linea generale [...]»; nonché R. LUCIFREDI, voce *Attribuzioni (conflitto di)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, che evidenzia come la differenza tra i conflitti di attribuzione e quelli di giurisdizione sia in ciò, che i primi si verificano tra organi appartenenti a poteri diversi nell'esercizio di funzioni diverse, mentre i secondi insorgono tra organi appartenenti ad ordini diversi ma nell'esplicazione di funzioni giurisdizionali; v., altresì, G. TRISORIO LIUZZI, *Regolamento di giurisdizione*, in *Dig. civ.*, XVI, Torino, 1997, il quale, proprio con riguardo alla disciplina dei conflitti di cui alla legge piemontese 20 novembre 1859, n. 3780, distingue il conflitto di attribuzione, operante «[Q]uando erano in discussione davanti ad un giudice ordinario o del contenzioso amministrativo questioni riservate alla cognizione dell'amministrazione oppure quando sia l'autorità giudiziaria sia l'autorità amministrativa si dichiaravano incompetenti a conoscere il ricorso» (nota n. 5), dal conflitto di giurisdizione, operante «[Q]uando il giudice ordinario si occupava di una materia riservata al tribunale del contenzioso amministrativo oppure quando l'uno e l'altro si dichiaravano sorniti di competenza a conoscere la causa» (nota n. 6). Cfr. altresì M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, VI ed., a cura di E. CARDI e A. NIGRO, Bologna, 2002, spec. 167-168, che distingue tra i conflitti di giurisdizione «che si aprono fra due organi giurisdizionali, e nei quali si disputa o si dubita se la controversia spetti alla giurisdizione dell'uno o dell'altro [...]», e i conflitti di attribuzione, che «si aprono fra un organo giurisdizionale e un organo amministrativo e nei quali si disputa o si dubita se vi sia materia di giurisdizione o si tratti di materia rimessa ai poteri insindacabili dell'amministrazione».

<sup>23</sup> Il conflitto sopra descritto rilevava, tuttavia, a senso unico, ovvero solo qualora l'autorità giudiziaria si fosse occupata di questioni riservate alle determinazioni dell'autorità amministrativa o dei tribunali del contenzioso amministrativo: cfr. L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di procedura civile*, I, Milano, 1923, 166 ss. Cfr. altresì E. CANNADA-BARTOLI, *Note preliminari sulla verifica della giurisdizione nella giustizia amministrativa*, in *Jus*, 1963, 343 ss.; ID., *Giurisdizione*, cit., secondo cui «palese era l'influsso della concezione francese sulla separazione dei poteri, intesa à sens unique, contro l'autorità giudiziaria». Cfr., in argomento, altresì, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 168-169, il quale evidenzia che «[L]a disciplina dei conflitti non lascia dubbi sul fatto che si trattasse di uno strumento ordinato, soprattutto, non a verificare la giurisdizione o le attribuzioni ma ad impedire alla autorità giudiziaria di giudicare nelle materie sulle quali l'amministrazione intendeva esercitare un insindacabile potere».

<sup>24</sup> Cfr. F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1988, 10-11, il quale, nel dar atto della previsione legislativa di una ipotesi di conflitto tra pubblica amministrazione e tribunali del contenzioso, evidenzia come ciò apparisse «pretestuoso [...] in un ordinamento in cui i tribunali amministrativi (non) erano (in) dipendenti dalla pubblica amministrazione», concludendo che

All'indomani dell'unità d'Italia la legge 20 marzo 1865, n. 2248 abolì i tribunali del contenzioso amministrativo per dare vita alla giurisdizione unica; conseguentemente, il modello sardo veniva esteso all'intero territorio italiano, ma solo per la parte relativa ai conflitti tra giudice ordinario e pubblica amministrazione, la cui risoluzione veniva demandata al Consiglio di Stato<sup>25</sup>.

Su tale panorama normativo si è, dunque, innestata la legge 31 marzo 1877, n. 3761, che, oltre a trasferire la competenza in materia dal Consiglio di Stato alle Sezioni unite della Corte di Cassazione di Roma (ponendola così al vertice del sistema di risoluzione dei conflitti)<sup>26</sup>, espressamente conteneva il riferimento alla figura dell'eccesso di potere del giudice (speciale). È a tale legge che occorre, infatti, risalire al fine di comprendere le origini dell'istituto e il significato della limitazione del sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) ai «soli motivi inerenti alla giurisdizione». Con la legge n. 3761/1877 si volle, invero, portare a compimento il sistema – che segnava un profondo distacco dalla legislazione francese – della (tendenziale) giurisdizione unica del giudice ordinario che era stato realizzato dalla legge n. 2248, all. E), del 1865, ma non ancora definitivamente compiuto trovandosi al vertice del sistema dei conflitti (tra g.o., giudici speciali e pubblica amministrazione) un organo amministrativo come il Consiglio di Stato (che divenne giurisdizionale più tardi, nel 1907). Nello specifico, l'art. 3, al comma 3, della legge del 1877 assegnò alla Cassazione di Roma il compito di decidere sui conflitti (positivi e negativi) tra

---

«evidentemente il potere esecutivo intendeva evitare anche il teorico rischio di improbabili «ribellioni» dei tribunali del contenzioso, assicurandosi uno strumento per fermare pure il corso della giustizia amministrativa». Cfr. E. CANNADA-BARTOLI, *Giurisdizione*, cit., secondo cui il tribunale del contenzioso era «la stessa autorità deliberante in contenzioso». Più in generale, per M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 168, il cuore del sistema, nell'ambito della materia dei conflitti di cui alla legge sarda del 1859, era rappresentato dal regolamento dei contrasti tra l'apparato giudiziario ordinario e l'apparato amministrativo, al quale appartenevano i tribunali del contenzioso amministrativo.

<sup>25</sup> Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, IV ed., a cura di E. CARDI, A. NIGRO, Bologna, 1994, 177 ss.; L. VERRIENTI, *Commento all'art. 48 r.d.*, in A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2001.

<sup>26</sup> Va qui ricordato che la legge 12 dicembre 1875, n. 2837 istituì due sezioni temporanee di Corte di Cassazione a Roma (l'una per gli affari civili, l'altra per gli affari penali). Prima di allora, vi erano quattro Corti regionali di Cassazione: a Firenze, Napoli, Palermo e Torino. Queste ultime furono soppresse con il r.d. 24 marzo 1923, n. 601 e le relative attribuzioni confluirono nella competenza della Cassazione romana, da quel momento "Corte di cassazione del Regno". Cfr., al riguardo, N. PICARDI, *L'unificazione della Corte di cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 721 ss. Per un inquadramento storico della riforma che ha demandato alla Cassazione il ruolo di giudice dei conflitti cfr. M.P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002, 20 ss. Sull'influenza del potere esecutivo sulle sezioni unite della Cassazione romana cfr. F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1988, 24 ss.

g.o. e giudici speciali e di dichiarare la nullità delle sentenze dei giudici speciali per “incompetenza”, in presenza di invasione da parte di detti giudici speciali della sfera di competenza (c.d. giurisdizione-competenza) del g.o. o di altri giudici speciali; ai sensi del predetto art. 3, la nullità poteva essere dichiarata per “eccesso di potere”, in presenza di esercizio (da parte dei giudici speciali e poi anche del g.o. ex art. 542 c.p.p. del 1930) di potestà riservate ad organi amministrativi o legislativi o non consentite ai pubblici poteri (si parlava di conflitto di attribuzioni)<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Nell'impianto disegnato dalla legge n. 3761/1877, alle Sezioni unite della Cassazione romana venivano, in particolare, attribuite le seguenti funzioni: (i) giudicare sulla competenza dell'autorità giudiziaria ogni qual volta l'amministrazione si avvallesse del «mezzo straordinario» (artt. 1, comma 1, e 3, comma 1, n. 1); (ii) regolare la competenza tra l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa quando entrambe si fossero dichiarate incompetenti (art. 3, comma 1, n. 2); (iii) conoscere delle sentenze in grado di appello sulla questione se sia competente l'autorità giudiziaria o l'autorità amministrativa (art. 5, comma 1); (iv) giudicare dei conflitti di giurisdizione, positivi o negativi, tra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali (art. 3, comma 1, n. 3, prima parte), ovvero della nullità delle sentenze di tali giurisdizioni per incompetenza o eccesso di potere (art. 3, comma 1, n. 3, seconda parte). La legge del 1865 aveva, invero, abolito i soli giudici ordinari del contenzioso amministrativo (nonostante la formula legislativa si riferisse ai tribunali speciali del contenzioso), non anche i giudici speciali del medesimo contenzioso e le relative competenze (artt. 6, comma 1, 12, 13 e 16 all. E); per una analitica trattazione di queste disposizioni cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 66. L'ambito di applicazione dell'art. 3, comma 1, n. 3, seconda parte, della legge sui conflitti risultava, peraltro, dilatato in considerazione del fatto che la Corte di Cassazione ricomprendeva tra le giurisdizioni speciali altresì il Consiglio di Stato, in questo modo sindacandone le decisioni per incompetenza ed eccesso di potere. Tale ricorso fu ammesso inizialmente da Cass. civ., sez. un., 21 marzo 1893, n. 177, in *Giur. it.*, 1893, IV, 277. Per una analisi puntuale delle questioni dogmatiche sottese all'impianto della legge del 1877 nonché alla successiva legge del 1889 istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, cfr. L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891 (II), IV, 1 ss. Sul tema della natura della IV Sezione del Consiglio di Stato all'atto della sua costituzione nel 1889, cfr. il fondamentale contributo di S. ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, 1167 ss., il quale propende per quella “amministrativa”. Cfr. la disamina della posizione di Santi Romano sul punto delineata da A. ROMANO, *La giustizia amministrativa nel pensiero del professor Santi Romano*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato [Atti del Convegno svoltosi a Roma il 6 febbraio 2003]*, Torino, 2004, 9 ss., spec. 15 ss. Per una analisi del pensiero della scuola palermitana sulla natura dell'allora appena istituita IV Sezione del Consiglio di Stato, cfr. M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 30 ss. Per una analisi di alcune posizioni dottrinali sul ruolo della Cassazione come giudice dei conflitti a seguito dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, cfr. (ancora) M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, spec. 1681 ss. Per una ricostruzione dell'istituto della nullità delle sentenze delle giurisdizioni speciali per eccesso di potere, fondamentale resta l'opera di S. LESSONA, *Il vizio di eccesso di potere nelle sentenze delle giurisdizioni speciali. Contributo all'interpretazione dell'art. 3, n. 3 della legge 31 marzo 1877*, Torino, 1925. Cfr., altresì, sul tema A. CODACCI PISANELLI, *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, in *Giur. it.*, 1893, IV, 241 ss.

Alla Cassazione, pertanto, fu attribuito il compito di controllare il rispetto dei confini tra giudici speciali e g.o. e tra giudici speciali o g.o. e pubblica amministrazione, originariamente al fine di reprimere le incursioni dei giudici speciali nel territorio assegnato al potere giudiziario ordinario, al potere amministrativo e al potere legislativo.

La locuzione “eccesso di potere” otteneva, dunque, la consacrazione del diritto positivo (post-unitario) proprio nella legge dei conflitti del 1877<sup>28</sup>, in una accezione oltremodo diversa da quella che oggi le si attribuisce, e con riguardo non all’atto amministrativo, ma alle decisioni dei giudici (speciali)<sup>29</sup>, delineando, dunque, una particolare analogia o, comunque, una “similitudine” tra l’incompetenza e l’eccesso di potere giurisdizionale ovvero tra i casi di “difetto di giurisdizione” e di “difetto assoluto di giurisdizione”.

Nel testo della legge del 1877, l’incompetenza era, invero, concepita come difetto di giurisdizione, mentre la figura dell’eccesso di potere intendeva aver riguardo a quei casi in cui la decisione esorbitasse dall’ambito di attribuzione di qualsiasi giudice<sup>30</sup>, come quando, a voler utilizzare una esemplificazione del Mantellini, «[...] s’irrompa in atti che non siano di giurisdizione, o i quali sconfinino affatto dal potere giudiziario d’ogni ordine»<sup>31</sup>. Più nello specifico, veniva rilevato come la nozio-

---

<sup>28</sup> È noto che l’espressione comparve per la prima volta nella legge 14 agosto 1812, n. 800, che introdusse il ricorso al Consiglio di Stato contro le sentenze della Corte dei conti per incompetenza ed eccesso di potere: cfr. M. D’AMELIO, A. AZARA, voce *Eccesso di potere*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 344. Per una disamina della legislazione pre e post-unitaria recante la formula dell’eccesso di potere, cfr. F. BASSI, *Lo straripamento di potere*, cit., 281 ss.

<sup>29</sup> In questo senso, cfr. O. ABBAMONTE, *L’eccesso di potere. Origine giurisdizionale del concetto nell’ordinamento italiano (1877-1892)*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 1, 75. L’Autore sottolinea, in tal senso, che «[l] significato attribuito all’eccesso di potere era, difatti, quello d’incompetenza assoluta, che nulla ha a che vedere con l’attuale, di sviamento dell’atto amministrativo dalla sua causa tipica [...]».

<sup>30</sup> In questo senso A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019, 27. Cfr. sul punto altresì M. BRACCI, *Le questioni e i conflitti di giurisdizione e di attribuzione nel nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, 169, che riferisce i concetti di incompetenza e eccesso di potere di cui alla legge del 1877 alle figure, rispettivamente, dell’incompetenza relativa (invasione della sfera di competenza di altro giudice ordinario o speciale) e dell’incompetenza assoluta (invasione della sfera di competenza di un diverso potere dello Stato). Cfr. L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1892, 76, secondo cui: «[...] la mancanza di legittimità relativamente alla persona che non aveva il potere di compiere un atto dicesi incompetenza; la mancanza di legittimità relativamente alle condizioni, limiti e forme dicesi più propriamente eccesso di potere». Per Cass. civ., sez. un., 10 dicembre 1925, in *Foro it.*, 1926, I, 75 ss., lo scopo del sindacato ai sensi dell’art. 3, n. 3 (ult. parte) è quello di «[...] mantenere le giurisdizioni speciali nei limiti ad esse assegnati, evitando che esse invadano il campo di altre giurisdizioni (incompetenza) o decidano su obbiettivi sottratti a qualsiasi giurisdizione (eccesso di potere)».

<sup>31</sup> Cfr. G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, cit., 308. Lo stesso Autore, in *I conflitti d’attribuzione in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, III, Firenze, 1882, 224-225, così si esprime:

ne di incompetenza fosse ivi riferita alle usurpazioni di potere dell'autorità giudiziaria ordinaria o di altra giurisdizione speciale nei confronti di un'altra autorità giudiziaria ovvero giurisdizione speciale, laddove l'eccesso di potere piuttosto denotava «l'usurpazione dei vari corpi giurisdizionali di fronte alle attribuzioni del potere legislativo e dei vari organi del potere esecutivo od amministrativo»<sup>32</sup>.

Mentre, come noto, l'elaborazione successiva – confermata, come vedremo, dalla casistica più recente, soprattutto in rapporto alle violazioni del diritto eurounitario<sup>33</sup> – ha condotto a configurare i rapporti tra a l'incompetenza e l'eccesso di potere giurisdizionale in termini nettamente differenziati tra loro: invero, l'incompetenza (che coincide approssimativamente con il difetto relativo di giurisdizione) indica la mancanza della potestà giurisdizionale in capo a un determinato giudice speciale (il giudice decide *quando* non può decidere); mentre l'eccesso di potere riguarda, invece, la situazione opposta in cui il giudice ha il potere ma lo esercita male, ne fa cattivo uso (il giudice decide, cioè, *come* non può decidere)<sup>34</sup>. In entrambi i casi, vi è pur sempre esercizio indebito di una potestà che solo apparentemente può dirsi giurisdizionale (si pensi al vizio di composizione o costituzione del giudice speciale)<sup>35</sup>, che si risolve potenzialmente nell'usurpazione delle attribuzioni di altro giudice o del potere esecutivo o legislativo (quando, ad esempio, la sentenza amministrativa impugnata abbia annullato un atto amministrativo).

La ragione di una tale attribuzione risiedeva nell'avvertita esigenza di garantire una maggiore imparzialità dell'organo chiamato ad esercitare predetta funzione dal potere politico e dal potere amministrativo. Tale legge è rimasta vigente anche dopo l'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato e del riconoscimento della sua natura giurisdizionale ad opera della legge n. 62/1907.

---

«[A]l primo proporsi che si deferissero alla Cassazione di Roma i giudizi sulle nullità delle sentenze anche delle giurisdizioni speciali, per incompetenza od eccesso di potere, s'incarcarono le ciglia quasi allo scandalo, di spalancare la porta per le denunce d'ogni sentenza della Corte dei conti o del Consiglio di Stato che fosse per non garbare al soccombente. Ma l'eccesso di potere non è il mal uso di chi offenda il rito, violi la legge, pronunci *extra* o *ultra petita*. Eccesso di potere rincara sulla incompetenza, in quanto esce fuori da ogni limite che contiene la giurisdizione e dentro cui la si distribuisce fra più giudici. Si eccede con irrompere in atti che non sono affatto di giurisdizione, o di sua pertinenza».

<sup>32</sup> Cfr. L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione (A proposito di recenti sentenze della Corte Suprema)*, cit., 230.

<sup>33</sup> V., *infra*, i Capitoli Terzo e Quarto.

<sup>34</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1924, 33 ss., il quale affermava «che un giudice abbia il potere di decidere non esclude che egli decidendo possa invadere il campo altrui»: in altri termini, «non potere e potere eccessivo sono bianco e nero».

<sup>35</sup> Cfr., ad es., Cass. civ., sez. un., 16 gennaio 2007, n. 753, in *Foro amm.-CDS*, 2007, 4, 1124. In senso conforme, con riferimento alla asserita irregolare composizione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, cfr. Cass. civ., sez. un., 11 dicembre 1992, n. 870, in *Giust. civ.*, 1993, I, 15.

3. *L'originario recepimento, da parte della Cassazione, della tesi del Ranalletti, secondo cui l'«eccesso di potere» andava inteso come invasione da parte del giudice speciale della sfera di competenza di un'autorità di ordine diverso, legislativo o amministrativo (di «amministrazione attiva»). L'impugnabilità delle decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale soltanto per «difetto assoluto di giurisdizione» nell'art. 48 del r.d. n. 1054/1923: le analogie con il Codice di procedura penale del 1930 e la mancata abrogazione di tale disposizione da parte del Codice del processo amministrativo. La possibile «chiave di volta» per la disciplina del ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato: rinvio al § 4*

Nella concreta applicazione di tale corpo normativo, il sindacato della Cassazione «si rilevò subito molto penetrante»<sup>36</sup>. Si registrarono numerose cassazioni di sentenze del Consiglio di Stato per motivi che rasentavano la violazione di legge e non mancarono critiche di chi evidenziava il rischio di limitare il controllo di legalità svolto dal Consiglio di Stato sull'azione amministrativa<sup>37</sup>. Ciò dimostra l'ampio significato assunto dalla nozione «eccesso di potere» nell'esperienza pratica.

Ed è evidente, per come *supra* ricostruita, l'assonanza (*rectius*, la coincidenza) dell'istituto previsto nel 1877 con la figura dell'eccesso di potere del giudice amministrativo di cui in questa trattazione si va discorrendo.

È però solo con l'art. 6 della legge n. 62/1907 che si scorge il primo dato normativo interessante, in quanto la appena menzionata disposizione stabilì l'impugnabilità delle decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale soltanto per «difetto assoluto di giurisdizione», che si aggiungeva, dunque, ai conflitti positivi e negativi tra plessi giurisdizionali. La medesima formulazione fu adottata dall'art. 48 del r.d. n. 1054/1923 (testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato)<sup>38</sup> e l'art. 3 del-

---

<sup>36</sup> Cfr. L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, cit., 215.

<sup>37</sup> Cfr. Cass. civ., sez. un., 4 febbraio 2014, n. 2403, in *Giust. civ. Mass.*, 2014; nel medesimo senso, Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in *Foro amm.-CDS*, 2008, 10, 2639; e, in dottrina, A. LAMORGESE, *L'eccesso di potere giurisdizionale e il diritto eurounitario*, in <https://www.questionegiustizia.it>.

<sup>38</sup> Quest'ultimo, infatti, stabilisce che spetta alla Corte di Cassazione «giudicare dei conflitti di giurisdizione negativi o positivi fra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali, nonché della nullità delle sentenze di questa giurisdizione per incompetenza, (da intendersi nell'accezione di difetto di giurisdizione nel rapporto con altri giudici), od eccesso di potere, (da interpretarsi, all'epoca, quale difetto assoluto di attribuzioni)».

la legge n. 3761/1877 veniva recepito anche dall'art. 362 del vigente c.p.c.<sup>39</sup>.

Al riguardo si possono richiamare (tra l'altro) le osservazioni di Ranelletti, il quale, in uno scritto del 1934, sottolineava che il significato di «eccesso di potere» di cui alla legge del 1877, inteso come invasione da parte del giudice speciale della sfera di competenza di un'autorità di ordine diverso, legislativo o amministrativo (di «amministrazione attiva»), era stato recepito dalla «giurisprudenza più recente della nostra Cassazione», al contrario di quella più antica secondo cui il ricorso per nullità in Cassazione era, invece, ammesso solo contro la sentenza di un giudice speciale che avesse invaso il campo di competenza del giudice ordinario<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Ciò per una ragione squisitamente collegata allo sviluppo storico della legislazione in materia. Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, VI ed., cit., 169, con riguardo al tema dei conflitti (di attribuzione) tra giudice ordinario e amministrazione nel sistema rinveniente dalla legge del 1865 di abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo, secondo cui «[...] parlare di conflitti a proposito di questi contrasti era giustificato solo se si lasciava prevalere la visione ideologico-politica di un'amministrazione «separata» dall'apparato giudiziario e pari ordinata nella sua complessa organizzazione rispetto a questo. Giuridicamente, il conflitto rappresentava un assurdo, perché, come in ogni altro contenzioso, nelle controversie contro la pubblica amministrazione spetta al giudice (in quel caso, al giudice ordinario) stabilire se vi è pretesa tutelabile oppure no, e nei casi in cui il giudice (qualunque giudice) è carente di giurisdizione, ciò accade non perché «competente» sia l'amministrazione, ma perché non vi è né diritto né azione da far valere». Più in generale, propende per un superamento dell'«ottocentesco tema dei conflitti», con l'auspicio che la risoluzione delle relative tematiche possa compendiarsi nella «teoria del processo», E. CANNADA-BARTOLI, voce *Giurisdizione (conflitti di)*, cit., il quale evidenzia che i «limiti fra legittimità e merito, fra situazioni protette e situazioni non protette, possono essere conosciuti e valgono solo mediante l'esercizio della giurisdizione». A tale proposito, merita, inoltre, ricordare una voce autorevole che ha evidenziato come in un tale significato lo stesso legislatore avesse approntato una definizione dell'eccesso di potere identica a quella contenuta nell'art. 524 c.p.p. del 1930: laddove – in tale disposizione – aveva sostanzialmente riprodotto il contenuto dell'art. 3, comma 3, della legge del 1877, indicando le ipotesi di cassazione nell'«esercizio da parte del giudice [penale ma anche civile] di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi o amministrativi, ovvero non consentita ai pubblici poteri»: cfr. M. D'AMELIO, *L'eccesso di potere giurisdizionale definito dal legislatore*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, I, 577 ss.

<sup>40</sup> Cfr. O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit., 526. Cfr. sul punto l'interessante disamina di L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, cit., 267 ss. L'Autore ricostruisce le fasi caratterizzanti la giurisprudenza della Corte di Cassazione: questa, partendo «[D]a un minimo di sindacato in estensione e, insieme, un massimo di intensità [...] mostrò una tendenza sempre più avvertita a penetrare nell'intrinseco delle decisioni del Consiglio di Stato» (267). In tal senso, nel contributo di Cristofanetti si dà atto di come in una prima fase la Cassazione esercitasse il suo controllo a tutela della sola competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, e non per regolare le attribuzioni tra i giudici speciali e tra questi e l'amministrazione attiva. Nel medesimo senso, l'Autore evidenziava che la giurisprudenza di allora della Cassazione, «[...] pur ristretta in estensione, tuttavia, di fronte alla IV Sezione, giurisdizionale, del Consiglio di Stato, si rilevò subito molto penetrante in profondità, nel senso che scorse questioni di diritto, vero e proprio, là dove il ricorso alla IV Sezione e la decisione di questa avevano, rispettivamente, dedotto in giudizio, chiedendo l'annullamento del-



In tal senso, sull'assunto che la giurisdizione ordinaria e quella speciale fossero entrambe giurisdizioni, Ranelletti evidenziava come il vizio di una sentenza di un tribunale speciale, che avesse invaso il campo di competenza del giudice ordinario, costituisse un caso di incompetenza; per la medesima ragione, tuttavia, egualmente di incompetenza doveva discorrersi in caso di vizio di una sentenza di una giurisdizione speciale che avesse invaso la sfera di competenza di un'altra giurisdizione speciale<sup>41</sup>.

In questo modo – sottolineava l'Autore – «rimaneva senza contenuto e senza possibile applicazione» la formula "eccesso di potere": per conferire a questo termine un contenuto proprio, occorre allora includere nella disposizione della legge l'ulteriore caso della sentenza del giudice speciale che avesse invaso la sfera di attribuzione del potere amministrativo o legislativo, e ciò secondo l'originario significato dell'espressione «eccesso di potere»<sup>42</sup>.

Nel pensiero del Giurista, dunque, la eccezionalità di tale giurisdizione è ricollegabile alla circostanza che vengono qui riconosciuti al giudice poteri «[...] che eccedono i limiti normali della funzione della giurisdizione»<sup>43</sup>.

---

l'atto amministrativo, e deciso questioni involventi unicamente violazione di norme obiettive di corretta amministrazione e dalle quali il privato poteva dedurre e far valere unicamente un interesse legittimo» (269). Lo Studioso richiamava, poi, la giurisprudenza della Corte di Cassazione sui ricorsi dei contribuenti in materia di sovraimposte fondiari, sottolineando come questo fosse «[...] il caso più tipico di penetrazione dell'organo supremo regolatore delle competenze e delle attribuzioni nell'intrinseco dell'attuazione delle attribuzioni di un Collegio investito esso solo di un potere, che non rinviene limite di tempo al suo esercizio, limite, che, al più, avrebbe potuto stabilirsi soltanto dal Collegio stesso come conseguenza delle ampie facoltà di merito, analoghe o simili a quelle dell'amministrazione attiva» (287). Gli ultimi sviluppi della giurisprudenza vengono riassunti dall'Autore in questi termini: «[U]n'ulteriore ed ultima fase della giurisprudenza della Corte di Cassazione si rinviene in ciò che [...] sotto colore di eccesso di potere (giurisdizionale) o di difetto di giurisdizione si censurano e si annullano decisioni del Consiglio di Stato, le quali – nella interpretazione di norme di condotta dell'amministrazione o nell'accertare verificatosi nel provvedimento amministrativo impugnato l'eccesso di potere (amministrativo) di che all'art. 26 del TU 26 giugno 1924, n. 1054, nei suoi vari aspetti di sviamento di potere siano venute a menomare – almeno indirettamente – la sfera di determinazione e di attività concreta dell'amministrazione» (292).

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> Ranelletti evidenziava come il sindacato giurisdizionale dell'attività dell'amministrazione assumesse, nella giurisdizione di merito, una profondità maggiore di quello che normalmente si rinviene con riguardo agli atti giuridici privati (O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit., 437). L'Autore osservava, in tal senso, che, se nei rapporti tra privati, di regola, le questioni di opportunità, giustizia, convenienza, ecc. degli atti privati non sono considerate dal diritto, nella giurisdizione amministrativa di merito il giudice può non solo conoscere della controversia in ogni questione di fatto e di diritto, ma altresì conoscere del merito dell'atto amministrativo impugnato, ovvero della sua convenienza, opportunità, ecc. (sempre che si tratti di materia in cui l'amministrazione eserciti un potere discrezionale).

Parole antiche, ma che pronunciate oggi risuonano senza tempo a testimoniare come il contesto giuridico attuale segni un inevitabile ritorno al passato.

Sempre attuale risulta, in tal senso, quanto rappresentato sul finire dell'Ottocento dal futuro presidente del Consiglio di Stato Giorgio Giorgi, che riconduceva la giurisprudenza dell'allora (e ancora oggi) giudice dei conflitti – la Corte di Cassazione romana – «[U]n poco anche [...] [a] quella naturale tendenza di ogni umana istituzione o Corpo collegiale a estendere la propria ingerenza, e a scorgere di traforo in ogni affare le linee più sbiadite, che servono a reclamarne la pertinenza»<sup>44</sup>.

Ciò in quanto la definizione dei contorni del sindacato di merito rispetto a quelli propri della giurisdizione di legittimità era (e continua ad essere) questione oltremodo annosa<sup>45</sup>, soprattutto se si considera l'eccezionalità della giurisdizione di merito.

Si è sostenuto che l'art. 48 citato sarebbe ancora in vita perché non abrogato (ma invero neppure riprodotto) dal c.p.a. e costituirebbe la chiave di volta che disciplina attualmente il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato<sup>46</sup>. È una tesi che non appare condivisibile, dovendosi avere riguardo ormai alla disposizione costituzionale che usa l'ampia formulazione «motivi inerenti alla giurisdizione», e comunque inidonea a dimostrare che il sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato sarebbe limitato alla verifica dell'appartenenza (o spettanza) ab origine della *potestas iudicandi*, come si vedrà meglio *infra*<sup>47</sup> –.

Ora, poiché il sindacato della Corte di Cassazione ha assunto in *subiecta materia* sin dalle origini contorni molto penetranti<sup>48</sup>, è evidente come il rischio di un tale *modus operandi* del giudice dei conflitti consista essenzialmente nella circostanza che sotto l'egida dell'eccesso di potere giudiziario questi limiti di fatto il controllo giurisdizionale del Consiglio di Stato sull'azione amministrativa<sup>49</sup>,

---

<sup>44</sup> Cfr. G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, I, Parte generale, Firenze, 1899, 434. L'osservazione di Giorgi è richiamata, altresì, da L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, cit., 224.

<sup>45</sup> Cfr. M. D'AMELIO, S. ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, cit., 183, che evidenziano come «[...] possa talvolta presentarsi dubbio se l'indagine compiuta a proposito di un determinato atto sia rimasta nell'ambito del giudizio di legittimità o sia entrata in quello del giudizio di merito», e che una tale valutazione risulta quasi sempre «difficilissima», rendendo possibile «una diversità di apprezzamento, la quale non tocca affatto i principii».

<sup>46</sup> Cfr. L. MARUOTTI, *Questioni generali sull'appello*, in AA.VV., *Il processo amministrativo, Commentario al d.lgs. n. 104/2010* (a cura di QUARANTA e LOPILATO), Milano, 2011, 746.

<sup>47</sup> Come si vedrà meglio *infra*, Capitolo Secondo, spec. § 2 ss.

<sup>48</sup> Cfr., sul punto, L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, cit., 1931, 215.

<sup>49</sup> Cfr., sul punto, B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, cit., 1568, il quale dà atto della «preoccupazione che la Cassazione potesse arrestare la tendenza del giudice amministrativo ad operare un controllo sostan-

come si vedrà meglio, nel prosieguo<sup>50</sup>. Infatti – a parte che l’“assoluto difetto di giurisdizione” è un’ipotesi molto rara, dovendosi piuttosto parlarsi di difetto relativo di giurisdizione in quanto spettante ad altro giudice (oggi più di ieri un giudice c’è quasi sempre) – non appare condivisibile la tesi di chi, implicitamente o subliminalmente, riteneva e ritiene tuttora che con tale formulazione, limitatamente al Consiglio di Stato, si sia voluto implicitamente abrogare l’art. 3 della legge n. 3761/1877, con l’effetto di eliminare in sostanza il sindacato sull’eccesso di potere da parte del Consiglio, lasciando alla Cassazione solo il sindacato sulla spettanza del potere giurisdizionale<sup>51</sup>.

La giurisprudenza successiva al 1923 dimostra che la formula “difetto assoluto di giurisdizione” riassumeva e quindi perfettamente coincideva con l’ipotesi dell’eccesso di potere dei giudici speciali *ex art. 3, comma 3, della legge n. 3761/1877*<sup>52</sup>, né era dubbia la natura di giudice speciale del Consiglio di Stato, confermata dalla Costituzione (*ex artt. 100, comma 3, 104, comma 1, e 108, comma 2*). Al sindacato della Cassazione venivano sottoposte le sentenze amministrative viziate da incompetenza (*rectius*: difetto di giurisdizione) perché invadevano la sfera giurisdizionale di altri organi giurisdizionali e viziate da eccesso di potere perché esercitavano una potestà riservata ad organi legislativi o amministrativi, intesa quest’ultima nozione come “difetto assoluto di giurisdizione”. Negli anni si sono, infatti, registrate così numerose cassazioni di sentenze del Consiglio di Stato per motivi che rasentavano la violazione di legge e non sono mancate critiche da parte di chi evidenziava il rischio di limitare il controllo di legalità svolto dal Consiglio di Stato sull’azione amministrativa<sup>53</sup>. Ciò dimostra l’ampio significato assunto dalla nozione “eccesso di potere” nell’esperienza pratica<sup>54</sup>.

---

ziale dell’attività amministrativa mediante il sindacato sull’eccesso di potere». L’Autore evidenzia come tale preoccupazione abbia ispirato l’intervento di Ranelletti (*Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell’atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1928, II, 69 ss.), «[...] risultato poi decisivo per la formazione della giurisprudenza della Cassazione in materia». Un accenno – seppur solo per escluderla – alla questione (del rischio) della mancata distinzione da parte della Cassazione tra eccesso di potere giurisdizionale e eccesso di potere amministrativo, è compiuto altresì da L. CRISTOFANETTI, *Del difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato rilevabile dalla Corte di Cassazione*, cit., 293.

<sup>50</sup> In particolare, nel Capitolo Quarto.

<sup>51</sup> Su tale orientamento, si veda il successivo § 4.

<sup>52</sup> Cfr. M. D’AMELIO, *L’eccesso di potere definito dal legislatore*, cit., 577.

<sup>53</sup> Cfr. A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze de Consiglio di Stato*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 1/2018, 5 ss.

<sup>54</sup> Su cui v., *infra*, § 4.

4. (Segue) *La tendenza interventista della Cassazione. Ragioni giuridiche (e pre-giuridiche). Il “mito” della giurisdizione unica e l’interpretazione “restrittiva” della legge del 1865 abolitrice del contenzioso amministrativo, incline ad un “contenimento” della giurisdizione del g.a. e la sostanziale “coincidenza” con il “difetto assoluto di giurisdizione” di cui all’art. 48 del r.d. n. 1054/1924. Il sostanziale recepimento negli artt. 91 e 110 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104*

Come già evidenziato, per “difetto assoluto di giurisdizione”, nel significato attuale, deve intendersi la mancanza originaria o l’esercizio gravemente illegittimo di un potere giurisdizionale che in tal senso può dirsi giuridicamente assente: in tal modo, vanno intese le parole “incompetenza” ed “eccesso di potere” usate nella legge del 1877. Tuttavia, se è vero che in linea di principio nulla doveva mutare con la nuova formula del “difetto assoluto di giurisdizione” introdotta dalla legge del 1907 e dal r.d. del 1923, non si può negare che nella concreta esperienza giurisprudenziale l’atteggiamento della Cassazione fu poi ispirato a un crescente *self restraint* che si fece nel tempo più accentuato, fino al punto di delineare il confine tra le censure ammissibili e quelle inammissibili, avverso le sentenze del Consiglio di Stato, nel superamento dei limiti esterni e interni alla giurisdizione amministrativa<sup>55</sup>.

Molto spesso, infatti, la Cassazione procedeva ad annullare una decisione del giudice amministrativo sul rilievo che quest’ultimo avesse approntato una valutazione di elementi riservati alla discrezionalità dell’Amministrazione – in questo modo “sconfinando” dai limiti propri della sua giurisdizione di legittimità – in fattispecie in cui, tuttavia, una tale invasione era difficilmente configurabile.

Ad essere fumoso era, invero, lo stesso confine tracciato dalla Cassazione tra discrezionalità (sindacabile *sub specie* di eccesso di potere amministrativo nell’ambito della giurisdizione di legittimità) e merito (insindacabile)<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> In argomento v. anche il Capitolo Secondo, § 2 ss.

<sup>56</sup> Si può portare l’esempio di una pronuncia delle sezioni unite della Cassazione (Si tratta di Cass. civ., sez. un., 21 gennaio 1928, cit.) annotata da Ranelletti, in cui l’Autore ha evidenziato come dalle motivazioni della decisione paresse che la Suprema Corte avesse ritenuto non sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità una facoltà discrezionale dell’amministrazione, sull’assunto che la valutazione di elementi riservata ai poteri discrezionali dell’autorità costituisse valutazione di merito del provvedimento stesso (O. RANELLETTI, *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell’atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, cit., 69 ss. anche in ID., *Scritti giuridici scelti*, II, *La giustizia amministrativa*, Napoli, 1992, 165 ss., 170. Ed effettivamente la sentenza in esame, nel riferirsi alle facoltà discrezionali spettanti nel caso di specie alla amministrazione, espressamente le qualificava come insindacabili in sede giurisdizionale: «[I]nvero non è a dubitare che all’amministrazione spettò, nella materia di cui all’articolo [...], una facoltà discrezionale di procedere agli opportuni accertamenti e provvedere con le cautele che stimi con-