



16 OTTOBRE 2019

La nomofilachia del giudice
amministrativo tra Italia e Spagna: il
paradigma dell’“interesse alla
formazione della giurisprudenza”

di Emanuela Andreis

Cultore della materia di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Torino



La nomofilachia del giudice amministrativo tra Italia e Spagna: il paradigma dell’“interesse alla formazione della giurisprudenza”^{*}

di Emanuela Andreis

Cultore della materia di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Torino

Abstract: Il contributo analizza in prospettiva comparata la funzione nomofilattica perseguita dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e dal Tribunale Supremo spagnolo. L’attenzione è posta sul filtro di ammissibilità al ricorso per cassazione contenzioso-amministrativo introdotto dalla *Ley Organica* n. 7/2015 e su alcuni dei profili che lo caratterizzano. Tra questi, l’indeterminatezza del concetto di “interesse cassazionale oggettivo alla formazione della giurisprudenza”, che attribuisce ampia discrezionalità al Tribunale Supremo nello stabilire, attraverso una sorta di “nomofilachia preventiva”, quali ricorsi siano meritevoli di tutela innanzi a detta Corte e quali invece debbano arrestarsi al precedente grado di giudizio. Altra questione attiene al bilanciamento tra le tutele dello *ius constitutionis* e dello *ius litigatoris* e alla compatibilità di tale filtro con la garanzia di una efficace tutela giudiziale.

Sommario: 1. L’esperienza italiana. 1.1. Accezioni della funzione nomofilattica e pluralità di nomofilachie. 1.2. La funzione nomofilattica dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. 2. L’esperienza spagnola. 2.1. La riforma della *Ley Organica* n. 7/2015: il nuovo ricorso per cassazione contenzioso-amministrativo. 2.2. Il filtro di ammissibilità al ricorso per cassazione: l’“interesse cassazionale oggettivo alla formazione della giurisprudenza”. 2.3. Ricorso per cassazione e tutela giudiziale effettiva. 3. Considerazioni conclusive.

1. L’esperienza italiana

1.1. Accezioni della funzione nomofilattica e pluralità di nomofilachie

La nomofilachia è funzione dalle origini antiche¹ che negli ultimi decenni è stata oggetto di interventi di riforma ad opera del legislatore e di vivaci dibattiti in letteratura.

^{*} Articolo sottoposto a referaggio. Si ringrazia il Prof. José Antonio Tardío Pato dell’Università Miguel Hernández di Elche per la supervisione relativa al sistema spagnolo.

¹ Il nomofilace (da νόμος, norma, e φυλάσσω, proteggere con lo sguardo), era un magistrato dell’antica Grecia che si occupava di assicurare la stabilità dell’ordinamento e custodire il testo originale delle leggi, vigilando sulla loro corretta osservanza da parte dei pubblici ufficiali e consentendo la più certa e prevedibile applicazione, salvaguardandole dalle arbitrarie decisioni delle assemblee popolari. Secondo la tradizione si trattava di un organo collegiale costituito da sette membri che era stato introdotto ad Atene nel 462-461 a.C. da Efialte, autore di numerose riforme. Il termine si riscontra anche nelle *Leggi* di Platone con riferimento al collegio di magistrati superiori con il compito di controllare ed eventualmente correggere la legislazione vigente (così S. BATTAGLIA, *Nomofilace*, in *Grande dizionario della lingua italiana*, IX, Torino, 1981, p. 528). Alcuni storici del diritto attico (De Sanctis, Wilcken, Paoli) divergono da tale ricostruzione, sostenendo invece che l’istituzione dei *nomophylakes* sia avvenuta alla fine del IV secolo a.C., precisamente nel 317-16, ad opera di Demetrio Falereo nell’ambito di alcune

Come è noto, la norma che tradizionalmente la riconosce è l'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario del 1941, che affida alla Corte di Cassazione la garanzia della “esatta osservanza della legge” nel caso concreto attraverso il controllo della legalità delle sentenze del giudice di merito, dell’“uniforme interpretazione della legge” e dell’“unità del diritto oggettivo nazionale”.

Per lungo tempo la funzione nomofilattica si è rivolta alla “custodia delle norme”, in conformità con l'etimologia del termine: in un sistema permeato dai principi del primato della legge e dei giudici *bouche de la loi*, la Corte di Cassazione, titolare per eccellenza della funzione nomofilattica, perseguiva tale funzione in una accezione quasi negativa, di difesa del diritto, risentendo inevitabilmente delle sue origini².

Ben più recentemente la “crisi della legge” ed il nuovo ruolo assunto dal giudice, chiamato a mettere ordine in un sistema normativo frastagliato e lacunoso, hanno determinato l'evoluzione della portata della nomofilachia, orientandola piuttosto alla giurisprudenza e connotandola in senso positivo e propositivo: è attraverso le sentenze che viene perseguita l'esatta e uniforme interpretazione delle norme, con l'enunciazione di principi di diritto che orientano le future decisioni dei giudici e conferiscono continuità e stabilità all'orientamento interpretativo.

A seguito delle riforme che a partire dal 2006³ hanno introdotto nelle tre giurisdizioni alcune ipotesi di parziale vincolatività dei principi di diritto enunciati dagli organi giurisdizionali di vertice, il contenuto semantico del termine si è ampliato sino a ricomprendere quello che in origine era considerato il suo opposto: la nomotesia, ovvero la produzione di nuove norme o comunque la loro innovazione⁴.

riforme volte a temperare il regime democratico. Aristotele, infatti, nella sua *Costituzione di Atene*, trattando della riforma di Efialte, non alludeva alla loro istituzione, nè si rinviene traccia nelle testimonianze degli oratori e degli storici che descrivevano il funzionamento dell'Assemblea (U. E. PAOLI, *Nomophylakes*, in *Nuovo Digesto Italiano*, VIII, Torino, 1939, p. 1048).

² Nel 1790 veniva istituito in Francia il *Tribunal de cassation*, organo non giudiziario ma di controllo costituzionale, che vigilava affinché i giudici non violassero la legge con le loro interpretazioni, all'epoca vietate. La funzione originariamente assegnatale era quella di “proteggere con lo sguardo la sacralità della legge dalla possibile contaminazione del potere giudiziario”: aveva infatti il compito di arginare il pericolo della ribellione del potere giudiziario al potere legislativo. Così G. CIRILLO, *La nozione di nomofilachia*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2012. Nel 1804 tale organo fu sostituito dalla *Cour de cassation*, che aveva il fine di vagliare la corretta applicazione delle norme del diritto ad opera dei giudici. Solo qualche decennio dopo, nel 1837, veniva abrogato il *référé législatif* e dunque ammessa l'interpretazione delle norme da parte dei giudici.

³ Pietra miliare è stato l'art. 374 c.p.c., introdotto con la legge n. 40 del 2006 per la giurisdizione ordinaria, seguito dall'art. 42 della legge n. 69 del 2009, oggi sostituito dall'art. 117 del codice di giustizia contabile per la giurisdizione contabile, e, da ultimo, l'art. 99 c.p.a. per quella amministrativa. Come è noto, le tre disposizioni pongono un vincolo interpretativo negativo per le sezioni semplici degli organi di vertice e le sezioni territoriali di primo grado della Corte dei conti che non intendano conformarsi al principio di diritto enunciato rispettivamente dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, dalle Sezioni Riunite della Corte dei conti e dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. La sezione non può infatti adottare un'interpretazione difforme, ma deve necessariamente rimettere la questione al collegio che aveva pronunciato il principio di diritto, affinché sia lo stesso a confermare o modificare l'interpretazione precedente.

⁴ Sul punto G. SEVERINI, *La sicurezza giuridica e le nuove implicazioni della nomofilachia*, in *federalismi.it*, n. 19/2018. L'Autore evidenzia il rischio della conversione di tale funzione in ragioni opposte rispetto a quelle per cui era stata



La valorizzazione del precedente, inteso sia come vincolo (quanto meno procedurale) per le sezioni semplici rispetto alle pronunce degli organi giurisdizionali di vertice, sia come elemento determinante per una motivazione semplificata, fa infatti assumere alla nomofilachia una connotazione non solo nuova, ma prima impensabile.

Riconosciute alla nomofilachia queste funzioni, sembrerebbe necessario che nell'ordinamento vi sia un solo organo a ciò deputato, per non correre il rischio di soluzioni differenziate che violerebbero il principio di uguaglianza di fronte alla legge e la certezza del diritto⁵.

Inizialmente si ritenne tale funzione imprescindibilmente connessa all'organizzazione del giudizio secondo "moduli cassatori", ossia volto ad eliminare le pronunce non conformi alla legge: in quanto tale, si riteneva questa funzione propria esclusivamente della Corte di Cassazione⁶. Successivamente, il nesso è stato rinvenuto non più nel modello di giudizio, bensì nel ruolo ricoperto dall'organo collocato al vertice della giurisdizione⁷.

Secondo tale ricostruzione, in capo alla Corte di Cassazione permangono le funzioni volte ad assicurare l'esatta osservanza della legge e l'unificazione del diritto oggettivo, ma questo non più perchè giudice di sola legittimità, bensì in quanto Corte Suprema della giurisdizione ordinaria. Se così è, è possibile riconoscere tale funzione anche al Consiglio di Stato e alla Corte dei conti, in quanto collocati al vertice dei rispettivi plessi giurisdizionali.

La distribuzione della funzione nomofilattica tra organi giurisdizionali diversi è dunque strettamente connessa al tema dell'unità o pluralità delle giurisdizioni, ampiamente dibattuto già in seno all'Assemblea costituente⁸ e tutt'ora oggetto di riflessioni da parte della dottrina. In un ordinamento caratterizzato dal principio dell'unità della giurisdizione, vi è solo un organo di vertice, che sarà l'unico organo nomofilattico. Al contrario, nei paesi ove il costituente abbia optato per la pluralità delle giurisdizioni, l'organo di vertice di ognuna di queste sarà chiamato a rendere uniforme l'interpretazione del diritto.

L'opzione dell'Assemblea costituente per la pluralità delle giurisdizioni e la scelta di ammettere, all'ultimo comma dell'art. 111, il ricorso in Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, hanno sancito la convivenza di un "pluralismo

istituita: anziché generare nuovi affidamenti, potrebbe moltiplicare incertezze e contenziosi e "compromettere quell'esigenza generale di sicurezza giuridica su cui affonda la sua giustificazione".

⁵ Così E. FOLLIERI, *La nomofilachia del Consiglio di Stato*, in *GiustAmm.it*, n. 5/2015.

⁶ Così A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Rassegna Forense*, n. 3-4/2014, pp. 641 ss.

⁷ Sul punto si veda L. ROVELLI, *Nomofilachia e diritto vivente*, in A. DIDONE - F. DE SANTIS (a cura di), *I processi civili in cassazione*, Milano, 2018.

⁸ Per una ricostruzione del dibattito in Assemblea costituente cfr. F. G. SCOCA, *La giustizia amministrativa nella Costituzione repubblicana*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 1/2007, pp. 13 ss; G. VERDE, *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del costituente*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2003, pp. 343 ss.

nomofilattico” nel nostro ordinamento. Ed infatti, limitando in questi termini la proponibilità del ricorso per cassazione avverso le pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, il costituente ha di fatto affidato a tali Corti Supreme, nel rispettivo ordine di competenze, il compito di stabilire l'esatta osservanza della legge⁹.

Si ritiene che la contemporanea presenza nello stesso ordinamento di più “custodi della legge” non contrasti con il contenuto essenziale della nomofilachia, rivolto alla norma e alla sua applicazione e non al numero di giurisdizioni che possono conoscere del fatto¹⁰.

In linea di principio la funzione nomofilattica di ciascun vertice giurisdizionale si esaurisce all'interno della singola giurisdizione, poichè non esiste ulteriore organo che possa sindacare l'eventuale violazione di principi da questi emanati. Le Sezioni Unite, infatti, non possono giudicare su eventuali *errores in procedendo* o *in iudicando* contenuti nelle decisioni degli altri giudici, ma solamente statuire su quale sia il giudice dotato di giurisdizione¹¹.

Emerge così la distinzione elaborata in dottrina¹² tra la “nomofilachia interna”, perseguita dagli organi di vertice delle magistrature ordinaria, amministrativa e contabile, ciascuno nell'ambito della propria giurisdizione, e la “nomofilachia esterna”¹³, perseguita dalla Corte di Cassazione nella cognizione delle questioni inerenti alla giurisdizione, con efficacia nei confronti di un ordine giurisdizionale diverso da quello di cui è l'organo di vertice.

⁹ In questo senso G. F. RICCI, *Il giudizio civile di Cassazione*, Torino, 2016, p. 432 afferma che “al di fuori delle questioni di giurisdizione, il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti devono essere considerati gli unici arbitri della propria nomofilachia, e nessun intervento della Cassazione è possibile in proposito”.

¹⁰ Così E. FOLLIERI, *La nomofilachia del Consiglio di Stato*, in *Giust.Amm.it*, n.5/2015.

¹¹ La Costituzione, nel rifiutare il principio della unicità della giurisdizione, ha affermato quello della sua unitarietà, intesa nel senso di attribuire il sindacato sulla giurisdizione alla sola Corte di Cassazione. Questo non contrasta con la pluralità delle giurisdizioni, ma è anzi un meccanismo necessario che consente ad un solo organo giurisdizionale la risoluzione dei conflitti di giurisdizione. Diverso sarebbe se la Suprema Corte potesse conoscere del ricorso in cassazione avverso tutte le pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per violazione di legge, perché in quel caso si postulerebbe l'unicità della giurisdizione, che non è stata accolta dalla Costituzione (M. LUCIANI, *Il Memorandum delle giurisdizioni superiori e la discussione (mancata) sulla certezza del diritto*, in *Foro it.*, V/2018, col. 103).

¹² Sul punto si veda S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica – l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, 2011, pp. 90 ss; G. AMOROSO, *Le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione a composizione allargata: considerazioni a margine del Memorandum sulle tre giurisdizioni*, in *Foro it.*, V/2018, col. 91; M. BARLETTA, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *diritto.it*, 2012.

¹³ Confuta la tesi dell'esistenza di una nomofilachia “esterna” della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato, ritenendola un attributo interno, “volto ad assicurare l'uniforme applicazione del diritto da parte di quel giudice che quel diritto è chiamato ad applicare, cioè dal giudice munito di giurisdizione sulla controversia”, F. PATRONI GRIFFI, *Valore del precedente e nomofilachia*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2017; id., *La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali*, in *federalismi.it*, n. 19/2017. Dello stesso avviso anche G. P. CIRILLO, *La frammentazione della funzione nomofilattica tra le corti supreme nazionali e le corti comunitarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1/2014.

Per lungo tempo le nomofilachie delle tre giurisdizioni hanno proceduto come rette parallele senza rischio di intersezioni. Da qualche tempo non è più così: l'ampliamento delle ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ha reso sempre più labili i confini ed attuali i rischi di nomofilachie divergenti. Nella prospettiva di un'armonizzazione della funzione nomofilattica, per arginare il rischio di contraddizioni nelle giurisprudenze superiori che minerebbero la loro stessa ragion d'essere, il 15 maggio 2017 è stato sottoscritto dai vertici delle giurisdizioni un documento condiviso, il Memorandum¹⁴, il cui obiettivo è stato identificato nel garantire “cooperazione istituzionale e certezza delle regole, nel rispetto dell'indipendenza di ciascuna magistratura”.

Non solo. La funzione nomofilattica del giudice amministrativo vive attualmente un momento di incertezza generato da almeno due fattori.

In primo luogo, la prevaricazione della nomofilachia esterna della Cassazione su quella interna del Consiglio di Stato, attraverso il superamento dei limiti esterni delle giurisdizioni. Questo fenomeno si può ritenere ora arginato dalla recente pronuncia della Corte costituzionale del 18 gennaio 2018, n. 6¹⁵, che ha definitivamente evidenziato l'infondatezza dell'interpretazione evolutiva dell'art. 111, comma 8, Cost., adottata dalla Cassazione, in quanto non compatibile con la lettera e lo spirito del dettato costituzionale. Il giudice delle leggi ha dunque ripristinato il suo significato tradizionale, sottolineando che il sindacato sulla giurisdizione non si può spingere sino al vaglio degli *errores in procedendo* o *in iudicando*, nemmeno nel caso di contrasti di giudicato con pronunce di Corti sovranazionali.

In secondo luogo, le criticità per così dire indotte dall'ordinamento europeo. In nome del preminente diritto dell'Unione Europea e della sua interpretazione da parte della Corte di giustizia è stato espressamente messo in discussione¹⁶ il vincolo delle sezioni semplici al rispetto del principio di diritto

¹⁴ Il testo del Memorandum è reperibile in *Foro it.*, 2018, V, col. 58 ss.. Ampia è la dottrina sul punto. Tra gli altri: B. CARAVITA, *Nota di presentazione al Memorandum sul dialogo tra le giurisdizioni*, in *federalismi.it*, n.11/2017; G. SEVERINI, *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrativa in Italia*, in *federalismi.it*, n.14/2017; G. CANZIO, *Le buone ragioni di un Memorandum*, in *Foro it.*, V/2018, col. 67; A. PROTO PISANI – G. SCARSELLI, *La strana idea di consentire ai giudici amministrativi di comporre i collegi delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, V/2018, col. 64; G. AMOROSO, *Le sezioni unite civili della Corte di Cassazione a composizione allargata: considerazioni a margine del Memorandum sulle tre giurisdizioni*, *op. cit.*, col. 91; A. CARRATTA – G. COSTANTINO – F. RUFFINI, *Per la salvaguardia delle prerogative costituzionali della Corte di Cassazione*, in *Foro it.*, V/2018, col. 71 ss; M. LUCIANI, *Il Memorandum delle giurisdizioni superiori e la discussione (mancata) sulla certezza del diritto*, in *Foro it.*, V/2018, col. 100 ss; C. CONSOLO, *La base partecipativa e l'aspirazione alla nomofilachia*, in *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, V/2018, col. 111 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Per un “dialogo tra le corti” al servizio del cittadino e non di giudici e giuristi*, in *Foro it.*, V/2018, col. 96; S. CASSESE – L. TORCHIA, *La Costituzione dei diritti e la Costituzione delle prerogative*, in *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, V/2018, col. 104 ss.; A. TRAVI, *Rapporti fra le giurisdizioni e interpretazione della Costituzione: osservazioni sul Memorandum dei presidenti delle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, V/2018, col. 109; A. PAJNO, *Un Memorandum virtuoso*, in *Foro it.*, V/2018, col. 122.

¹⁵ Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6, in *Foro it.*, I/2018, col. 373.

¹⁶ Nella sentenza Corte giust. UE, Grande sezione, 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica*, in *Foro it.*, IV/2016, col. 324, la Corte di giustizia ha definitivamente riconosciuto la possibilità per le singole sezioni di sollevare



enunciato dall'Adunanza Plenaria in presenza di una prospettata violazione di una norma dell'UE. La funzione di nomofilachia della Corte di Giustizia determinerebbe quale conseguenza l'incertezza del diritto, che è l'esatto opposto di ciò che tale funzione intende a perseguire.

1.2. La funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato

La nomofilachia del Consiglio di Stato è da tempo pacificamente riconosciuta¹⁷: tale organo di vertice è chiamato a dirimere il punto di diritto che ha dato luogo o che può dare luogo a contrasti giurisprudenziali e risolvere questioni di massima di particolare importanza, al fine di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge nella giurisdizione amministrativa.

Sin dall'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1889¹⁸, quando ancora non esisteva l'Adunanza Plenaria, vi erano disposizioni disciplinanti tale funzione. Come è noto, il codice del processo amministrativo nell'art. 99 ha confermato e rinforzato la funzione nomofilattica del Consiglio di Stato.

direttamente una questione di pregiudizialità comunitaria senza dover prima investire l'Adunanza Plenaria, nel caso in cui ritengano un principio di diritto enunciato da quest'ultima in contrasto con il diritto europeo, superando così il vincolo di cui all'art. 99, comma 3, c.p.a.. Le sezioni possono inoltre conformarsi direttamente e immediatamente all'orientamento della Corte di giustizia qualora questa abbia già affermato in modo chiaro il principio comunitario applicabile, senza dover previamente demandare all'Adunanza Plenaria la valutazione della corretta applicazione della norma comunitaria, anche se la stessa si è già in precedenza o nello stesso procedimento giudiziario pronunciata in modo contrastante con il diritto comunitario. Nello stesso anno l'Adunanza Plenaria ha preso atto e recepito i principi enunciati dalla sentenza *Puligenica* nella sent. 27 luglio 2016, n. 19, in *Foro it.*, III/2017, col. 309.

¹⁷ La Corte costituzionale ha ritenuto l'articolo 99 c.p.a. il fondamento del potere nomofilattico del Consiglio di Stato nella sentenza n. 30 del 2011 (in *Giur. Cost.*, 2011, p. 356). Non sono mancati riconoscimenti di tale funzione da parte dello stesso Supremo Consesso della giustizia amministrativa: infatti nella sentenza Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 1998, n. 354, in *Foro amm.*, 1998, p. 723 ha affermato: "il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale è chiamato a svolgere, rispetto ai Tribunali Amministrativi di primo grado, una funzione nomofilattica analoga a quella che l'art. 65, comma 1, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, sull'ordinamento giudiziario, attribuisce alla Corte di Cassazione rispetto a tutti i giudici ordinari e a quelli speciali nei confronti delle cui sentenze è ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge ex art. 111 Cost".

¹⁸ L'art. 17 della legge 31 marzo 1889, n. 5992, inserito poi nel testo unico approvato con r.d. 2 giugno 1889, n. 6166, disponeva: "se la sezione riconosce che il punto di diritto sottoposto alla sua decisione ha dato luogo a precedenti decisioni tra loro difformi della stessa sezione, potrà rinviare con ordinanza la discussione della controversia ad altra seduta plenaria con concorso di nove votanti", invece dei sette normalmente richiesti per un collegio giudicante. Inizialmente il rinvio era previsto solo nel caso di contrasti giurisprudenziali già avvenuti, non nel caso di contrasti solo potenziali, né per la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza. È tuttavia significativo il fatto che questa norma sia stata introdotta quando era presente una sola sezione giurisdizionale e in un'epoca in cui, alla fine dell'800, era ancora sentita la figura del giudice *bouche de la loi*: iniziava evidentemente a manifestarsi la possibilità che le soluzioni adottate dallo stesso collegio potessero pervenire a risultati non solo diversi, ma anche contrastanti e che il giudice non fosse mero esecutore meccanico del testo normativo. Il precedente non vincolava la sezione, ma indicava la procedura per superarlo, assegnando un particolare valore alle decisioni assunte in seduta plenaria. Tuttavia, le decisioni erano connotate da particolare forza persuasiva nei confronti delle successive pronunce, per le argomentazioni delle motivazioni e per la stessa composizione del collegio. Scandisce l'evoluzione della funzione nomofilattica nella storia della giustizia amministrativa A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, *op. cit.*, pp. 649 ss.

Tra le numerose novità introdotte dal codice, è stata operata una importante scissione tra l'esercizio della funzione nomofilattica e quella decisoria, attraverso la previsione della possibilità di enunciare il solo principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente (art. 99, comma 4) e la possibilità di enunciare comunque il principio di diritto nell'interesse della legge anche laddove l'Adunanza Plenaria dichiara il ricorso inammissibile o improcedibile ovvero dichiara l'estinzione del giudizio (art. 99, comma 5), oltre alla previsione di un vincolo quanto meno processuale dei principi di diritto enunciati dalla Plenaria.

Come è noto, i soggetti legittimati ad investire l'organo apicale della decisione del ricorso sono le sezioni del Consiglio di Stato ed il Presidente del Consiglio di Stato, d'ufficio, con autonomo potere di valutazione e di decisione, o su richiesta delle parti.

L'intervento dell'Adunanza Plenaria, e di conseguenza l'esercizio della funzione nomofilattica, è condizionato dalla sensibilità della sezione nel rilevare un contrasto giurisprudenziale: potrebbe ipoteticamente pronunciarsi in presenza di contrasti¹⁹, anche solo potenziali, senza rimettere la questione alla Plenaria. Le sezioni del Consiglio di Stato svolgono dunque un ruolo importante e delicato, non meramente di impulso processuale, ma sostanziale, al punto che parte della dottrina²⁰ ha riconosciuto anche ad esse un particolare esercizio di funzione nomofilattica.

La rimessione all'Adunanza Plenaria può essere disposta anche dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in quanto sezione distaccata del Consiglio di Stato, ove il punto di diritto sottoposto al suo esame abbia dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali con le sezioni del Consiglio di Stato. In questo caso l'Adunanza Plenaria è integrata nella sua composizione da due magistrati della sezione del Consiglio siciliano²¹.

A differenza di quanto avviene nella giurisdizione contabile per le sezioni territoriali della Corte dei conti che possono deferire alle Sezioni Riunite centrali la decisione del giudizio se ritengono "di non

¹⁹ Il concetto indeterminato di "contrasti giurisprudenziali" ha permesso una interpretazione estensiva da parte delle sezioni giurisdizionali, che hanno deferito all'Adunanza Plenaria contrasti sorti tra pronunce di grado diverso o tra decisioni di diversa natura, ad esempio tra sentenze e ordinanze (ad es. Ad. Plen., ord. 25 febbraio 2011, n. 912, in *Foro it.*, III/2011, col. 182.)

²⁰ F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il codice del processo amministrativo*, Roma, 2015, p. 985; A. PAJNO, *Appello nel processo amministrativo e funzioni di nomofilachia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, pp. 561 s.; S. OGGIANU, *Profili della funzione nomofilattica del Consiglio di Stato nel nuovo codice del processo amministrativo (art. 99, co. 3) e nella più recente giurisprudenza amministrativa (Ad. Pl., 25 febbraio 2011, nn. 912-917)*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, pp. 1046 ss e *id.*, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica – l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, *op. cit.*, pp. 180 ss.

²¹ Così sancisce l'art. 10, comma 4, d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373: "Ove il punto di diritto sottoposto all'esame del Consiglio di giustizia amministrativa abbia dato luogo o possa dar luogo a contrasti giurisprudenziali con le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, la sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa può, in qualunque stadio del processo, deferire la cognizione del ricorso all'Adunanza plenaria delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato. In tale caso, l'Adunanza plenaria è integrata da due magistrati della Sezione medesima".

condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni riunite”²², non è possibile, al contrario, la rimessione da parte dei TAR. Talune voci²³ ritengono tuttavia auspicabile la disciplina del rinvio *per saltum* alla Plenaria. Tale facoltà è stata di recente prevista in via sperimentale per un limitato periodo di tempo e con esclusivo riferimento all’applicazione del processo telematico²⁴.

Anche il Presidente del Consiglio di Stato può deferire una questione all’Adunanza Plenaria, prima della decisione, su richiesta delle parti o d’ufficio, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali.

Senza dubbio la novità più rilevante introdotta dall’art. 99 del c.p.a. è contenuta nel comma terzo che rafforza la funzione nomofilattica dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, attribuendo maggior valore alle sue pronunce. Si tratta di un’ipotesi particolare di deferimento all’Adunanza Plenaria: la norma impone l’obbligo per la sezione cui è assegnato il ricorso di rimettere la questione all’Adunanza Plenaria, con ordinanza motivata, qualora ritenga di non condividere un principio di diritto enunciato in precedenza dalla stessa.

È un vero e proprio vincolo processuale, a differenza delle ipotesi di rinvio facoltativo disciplinati nei primi due commi dell’art. 99 c.p.a.²⁵: il legislatore ha riconosciuto la rilevanza del contrasto

²² Art. 42, legge 18 giugno 2009, n. 69.

²³ G. VIRGA, *La ridefinizione dei poteri e dei compiti dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato alla luce di alcune recenti pronunce*, in *lexitalia.it*, 2016; R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2017, p. 1383.

²⁴ Il d.l. 31 agosto 2016, n. 168, all’art. 7, comma 2, lettera e) ha introdotto l’art. 13bis delle disp. att. del c.p.a., che disciplina un’ipotesi di rimessione all’Adunanza Plenaria *per saltum* da parte dei TAR per un periodo limitato di tempo (tre anni a partire dal 1° gennaio 2017) e relativamente al Processo Amministrativo Telematico. Il presupposto per il rinvio è che il punto di diritto vertente sull’interpretazione e applicazione delle norme in tema di processo amministrativo telematico abbia già dato luogo a contrasti giurisprudenziali significativi rispetto a decisioni di altri TAR o delle sezioni semplici Consiglio di Stato, tali da incidere in modo rilevante sul diritto di difesa di una parte. La rimessione alla Plenaria è facoltativa e può avvenire con ordinanza emanata d’ufficio o su istanza di parte. Il collegio di primo grado cui è assegnato il ricorso non può rivolgersi direttamente alla Plenaria, ma deve sottoporre al Presidente del Consiglio di Stato istanza di rimessione del ricorso all’esame dell’Adunanza Plenaria. Con la stessa ordinanza è disposto il rinvio della trattazione del giudizio alla prima udienza successiva al sessantesimo giorno dalla pubblicazione dell’ordinanza. Il Presidente del Consiglio di Stato comunica l’accoglimento della richiesta entro trenta giorni dal ricevimento e in tal caso il processo di primo grado è sospeso sino all’esito della decisione della Plenaria. La mancata risposta del Presidente del Consiglio di Stato entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta equivale al rigetto. L’Adunanza Plenaria è convocata per una data non successiva a tre mesi dalla richiesta, e decide la sola questione di diritto relativa al processo amministrativo telematico.

²⁵ La distinzione tra le ipotesi di rimessione facoltativa e obbligatoria è stata evidenziata dalle sentenze Cons. Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34, in *Urbanistica e appalti*, 2015, pp. 171 ss., e Cons. Stato, V, 31 ottobre 2013, n.5246, in *Giurisdir. amm.*, 2013, pp. 171 ss., secondo cui “Nel processo amministrativo, sulla scorta del tenore testuale delle norme divise dall’art. 99, comma 1 e 3, c.p.a., dello scopo delle medesime (garantire la certezza del diritto attraverso il rafforzamento della funzione nomofilattica dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato) e del necessario rispetto del principio costituzionale del giudice naturale (art. 25, comma 1, Cost.), devono ritenersi di stretta interpretazione entrambe le ipotesi di deferimento della causa all’adunanza plenaria: quella facoltativa (art. 99, comma 1, c.p.a.), allorché la sezione riscontri un contrasto di giurisprudenza reale o potenziale (perché non

giurisprudenziale che potrebbe sorgere nel caso in cui una sezione semplice si pronunci in difformità dal principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria e ne ha imposto il superamento prima del suo verificarsi.

Nonostante sia controversa la natura di vincolo sostanziale del precedente e dunque l'introduzione nel nostro ordinamento di un principio, seppur attenuato, dello *stare decisis*²⁶, indubbiamente le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato hanno acquisito una diversa autorità per i successivi giudici²⁷: il vincolo opera direttamente nei confronti delle sezioni semplici e indirettamente anche per i TAR.

La disposizione non prevede tuttavia alcuna specifica sanzione processuale nel caso in cui una sezione non si conformi al principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria.

È auspicabile che il legislatore colmi questa lacuna con la previsione di un reclamo volto a rendere effettiva la disciplina. In attesa di ciò, alla luce delle disposizioni del c.p.a. e dei principi generali dell'ordinamento, la dottrina ha cercato di ipotizzare alcuni possibili rimedi esperibili dall'interessato che abbia ottenuto una decisione non favorevole da parte di una sezione riottosa, che si possono classificare in due categorie: oggettivi, avverso le decisioni del Consiglio di Stato, e soggettivi, nei confronti dei singoli giudici riottosi. A loro volta, sono stati distinti i rimedi interni al Consiglio di Stato da quelli esterni ad esso, ossia proponibili innanzi a giudici diversi da quello amministrativo²⁸. Tra i rimedi oggettivi interni in dottrina è stata ipotizzata la revocazione per errore di fatto²⁹ e l'opposizione di terzo, anche se quest'ultimo è riservato a chi sia rimasto estraneo alla controversia, lasciando prive di tutela le parti del processo. Tra i rimedi oggettivi esterni, invece, il ricorso per Cassazione per violazione di un limite esterno

intende seguire l'indirizzo consolidato); quella obbligatoria (art. 99, comma 3, c.p.a.), ove la sezione intenda rimettere in discussione un principio di diritto già enunciato dall'Adunanza Plenaria”.

²⁶ Sull'esistenza di un vincolo sostanziale, cfr. G. PESCE, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, 2012; E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2012, pp. 1237 ss. Di diverso avviso, invece, G. AMOROSO, *I principi vincolanti della giurisprudenza delle giurisdizioni superiori*, in *La nomofilachia nelle tre giurisdizioni, italiadecide.it*, 2017, pp. 42 ss.; A. MALTONI, *Il “vincolo” al precedente dell'Adunanza Plenaria ex. Art. 99, comma 3 c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali*, in *Foro amm.*, 2015, pp. 137 ss.

²⁷ Sul precedente dell'Adunanza Plenaria e sul suo ruolo quale “fonte culturale”, R. CAPONIGRO, *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti, in federalismi.it*, n.2/2017.

²⁸ Propone questa classificazione E. FOLLIERI, *ult. op. cit.*

²⁹ La revocazione, sebbene rimedio straordinario e come tale esperibile soltanto nei casi previsti dagli articoli 395 e 396 c.p.c. cui rinvia l'art. 106 c.p.a., sul piano di un “ragionamento di sistema” appare praticabile ed anche utile per sanare la riottosità del giudice (così G. PESCE, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, 2012, p. 150). Negano l'interpretazione analogica o estensiva di tale rimedio alla violazione del precedente, in quanto previsto per casi specifici e tassativi, tra cui non compare l'ipotesi della violazione dell'art. 99 del c.p.a.: M. BARLETTA, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, op. cit.*, p. 16; G. MARASCO, *Le impugnazioni nel codice del processo*, Milano, 2012.

di giurisdizione³⁰ ed il ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per violazione dell'art. 6, par. 1, della CEDU.

Se anche non vi dovesse essere un rimedio avverso le sentenze pronunciate in violazione dell'art. 99, comma 3, c.p.a., potrebbe comunque essere configurabile una responsabilità in capo ai magistrati autori della violazione ed esperibile nei loro confronti l'azione disciplinare ed il risarcimento dei danni da responsabilità civile.

Vi sono quattro alternative per la conclusione del procedimento innanzi al Collegio: l'Adunanza Plenaria, "qualora ne ravvisi l'opportunità", può restituire gli atti alla sezione³¹; enunciare il principio di diritto e restituire "per il resto il giudizio alla sezione remittente"; può decidere "l'intera controversia"; può enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge, anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile o l'estinzione del giudizio, "se ritiene che la questione è di particolare importanza".

Questa ultima facoltà è stata definita la "manifestazione più rilevante della funzione nomofilattica e il momento della sua massima espansione"³², perché la soluzione della questione di diritto viene scissa dalla definizione del giudizio posta in essere dalla sentenza di rito³³. Infatti, come dispone l'ultimo periodo dell'art. 99, comma 5, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato. Si tratta di una facoltà rimessa alla valutazione dell'Adunanza Plenaria, che permette di esplicitare la sua funzione di nomofilachia anche quando il giudizio si conclude con una decisione di rito, perché ricorso

³⁰ Secondo tale ricostruzione, non solo sarebbe esperibile il rimedio del ricorso in Cassazione ex art. 111 Cost., ma si realizzerebbe "una virtuosa sinergia tra la nomofilachia esterna e la nomofilachia interna; infatti, l'esercizio della prima assicurerebbe la piena efficacia giuridica della sentenza". Così S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica*, op. cit., p. 87. Secondo Pesce, (G. PESCE, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, op. cit., p. 149) tale rimedio dovrebbe invece essere scartato perché finirebbe per "costituire il preludio ad uno sconfinamento del sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato per mancato esercizio della giurisdizione". Se si ammettesse il rimedio cassatorio per violazione del precedente, si consentirebbe il sindacato delle Sezioni Unite sulla fonte di diritto obiettivo costituita dai principi espressi dall'Adunanza Plenaria, estendendo dunque la cognizione anche al merito (E. FOLLIERI, *Rimedi avverso la violazione dell'art. 99, terzo comma, del codice del processo amministrativo*, in *giust-amm.it*, 2015). Le Sezioni Unite diventerebbero una terza istanza in diritto anche per quelle dei giudici amministrativi; ma questo non è compatibile con il sistema delineato dalla Costituzione che prevede il giudice amministrativo quale ordine giudiziario autonomo dal giudice ordinario.

³¹ La dottrina non è concorde nel ritenere tale ipotesi di conclusione del procedimento applicabile a tutti i casi di rimessione all'Adunanza Plenaria, ma solo nel caso in cui la rimessione dell'affare alla Plenaria sia avvenuto per iniziativa di una sezione semplice, dal momento che tale inciso è stato inserito solo nel primo comma.

³² G. CORSO, *L'Adunanza Plenaria e la funzione nomofilattica*, in *Rassegna Forense*, n. 3-4/2014, pp. 633 ss. afferma che grazie a questa previsione la funzione esercitata dall'Adunanza Plenaria si sgancia dal caso concreto, e si sostanzia in "una sorta di annuncio implicito di giurisprudenza futura determinante affidamento per gli utenti della giustizia in generale e per i cittadini in particolare", come aveva affermato la sentenza Cass. pen., sez. III, 23 febbraio 1994, n. 7455, in *giustizia-amministrativa.it*.

³³ Sul punto si è pronunciata la sentenza Cons. Stato, Ad. Plen., 23 febbraio 2018, n. 2, sottolineando che la funzione nomofilattica e quella decisoria erano in origine inscindibilmente connesse, ma poi il c.p.a. le ha svincolate per potenziare la funzione nomofilattica.

è dichiarato irricevibile, inammissibile, improcedibile o il giudizio estinto. La disposizione introduce per la prima volta nel nostro ordinamento la possibilità di una “pronuncia di carattere oggettivo”, solo in apparenza inconciliabile con una giurisdizione a carattere soggettivo caratterizzata dalla necessità dell’interesse dell’individuo non solo per l’ammissibilità del giudizio, ma anche per la sua procedibilità.

Non si tratta infatti di una eccezione alla necessaria sussistenza dell’interesse al ricorso per la proposizione del giudizio, né di un filtro. L’Adunanza Plenaria, riconosciuta la causa ostativa alla definizione nel merito della controversia, può dunque pronunciarsi, nel caso in cui ritenga la questione di particolare importanza, “nell’interesse della legge”, e non più nell’interesse individuale della parte.

Poiché nel Consiglio di Stato convivono le due anime di giudice di seconda istanza che deve risolvere la concreta controversia sottoposta al suo esame e garante dell’uniformità della giurisprudenza, attraverso l’enunciazione del principio di diritto che servirà da riferimento per le future vicende simili, l’Adunanza Plenaria deve indicare il principio di diritto in modo espresso, virgolettato, per agevolare il compito dell’interprete nel distinguere gli *obiter dicta* dalle *rationes decidendi*.

2. L’esperienza spagnola

A differenza del nostro ordinamento giuridico, in Spagna vige il principio dell’unità della giurisdizione, sancito dall’art. 117, comma 5, della Costituzione. Vi è infatti una sola giurisdizione articolata in quattro ordini giurisdizionali (civile, penale, contenzioso-amministrativo e sociale); l’unica eccezione al principio dell’unità della giurisdizione è data dalla giurisdizione militare.

Il sistema della giustizia amministrativa in Spagna è disciplinato dalla legge regolatrice della giurisdizione Contenzioso-Amministrativa (*Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, LJCA) del 13 luglio 1998, n. 29, su cui è da ultimo intervenuta la *Ley Organica* (L.O.) del 21 luglio 2015, n. 7³⁴, innovando profondamente la disciplina del ricorso per cassazione, se non addirittura istituendo un modello del tutto nuovo³⁵.

³⁴ La L.O. n.7/2015 ha modificato la legge del 1998 nella sezione terza relativa al ricorso ordinario per cassazione, negli articoli da 86 a 93, ed ha abrogato gli articoli 94 e 95.

³⁵ Secondo gran parte della dottrina spagnola tale riforma ha determinato un cambiamento radicale del giudizio di cassazione. Così J.M. NÚÑEZ JIMÉNEZ - M.L. PÉREZ GARCÍA, *Estudio sobre el recurso de casación contencioso-administrativo*, 2017, p. 185. A. MUÑOZ ARANGUREN, *La curiosidad del jurista persa y la reforma del recurso de casación contencioso-administrativo*, in *Diario La Ley*, n. 8634/2015, ha affermato che “*conviene que seamos conscientes de la importancia del cambio operado por la Ley Orgánica 7/2015. No estamos ante la enésima reforma legislativa puramente cosmética*”. G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sobre la eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y el nuevo recurso de casación “para la formación de jurisprudencia”*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 174/2015, p. 100 afferma a proposito: “*se ha materializado, por tanto, una profunda reforma del recurso de casación contencioso-administrativo*”. Secondo l’Autore J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, I/2016, Madrid, p. 835, “*la reforma de 2015 (Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio) ha introducido cambios radicales en el régimen del recurso de casación*”. S. SOLDEVILA FRAGOSO, *Las paradojas de la nueva casación*, in *Actualidad Administrativa*, n. 10/2016, pp. 10-11: sostiene che “*es*

Dal punto di vista dell'amministrazione della giustizia, la Spagna è organizzata territorialmente in comuni, circoscrizioni, province e comunità autonome, sulle quali esercitano la potestà giurisdizionale i Tribunali del Contenzioso-Amministrativo (*Juzgados de lo Contencioso-Administrativo*) e le Sale del Contenzioso-Amministrativo dei Tribunali Superiori di Giustizia (*Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales superiores de justicia*).

I Tribunali centrali del Contenzioso-Amministrativo (*Juzgados centrales de lo Contencioso-Administrativo*) e la Sala del Contenzioso-Amministrativo del Tribunale Nazionale (*Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audencia Nacional*) esercitano invece la potestà giurisdizionale sull'intero territorio nazionale.

Al vertice del sistema giudiziario spagnolo³⁶ unitariamente inteso vi è il Tribunale Supremo, giudice di cassazione con giurisdizione in tutto il territorio nazionale. Istituito dall'art. 259 della Costituzione del 1812 con il compito di svolgere le più alte funzioni giudiziali nel campo della giurisdizione civile e criminale, ha nel tempo ampliato le proprie competenze attraverso la creazione di nuove "Sale" che attualmente ammontano a cinque, nell'ordine: civile, penale, del contenzioso-amministrativo (la Terza, *Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo*), sociale e militare. Quale giudice di cassazione, ha il compito di rimuovere dall'ordinamento le violazioni di legge o i contrasti giurisprudenziali in cui sono incorsi gli organi giurisdizionali di merito, con il fine di ristabilire la corretta interpretazione delle norme giuridiche e di uniformare la giurisprudenza, in conformità dei principi costituzionali di sicurezza giuridica, eguaglianza nell'applicazione della legge e di unità del Potere Giudiziario.

Essendo posto al vertice dell'ordinamento giuridico, il Tribunale Supremo è dunque il massimo responsabile dell'uniformità della giurisprudenza e, concentrando in sé la pluralità delle funzioni nelle diverse materie, non si pongono in Spagna questioni di "nomofilachia esterna", non essendo necessaria l'istituzione di un organo quale ad esempio il Tribunale dei conflitti francesi o il Senato congiunto dei cinque Tribunali supremi tedesco cui deferire le questioni di giurisdizione³⁷ o l'attribuzione di tali poteri alla stessa Corte di Cassazione.

obvio no estamos en presencia de una simple modificación que, como hasta el presente ha ocurrido, tienda a modular la carga de trabajo de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, sino que estamos ante un cambio sustancial del recurso de casación que incorpora una fuerte carga axiológica". E. GARCÍA DE ENTERRÍA – T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 2015, Madrid, p. 683 ritiene che: "es evidente que por ese camino, que convertía de facto la casación en un "recurso para ricos", ya no se podía seguir y que era necesario abrir una vía diferente y articular, en consecuencia, el recurso sobre otras bases. Y eso es lo que ha hecho la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuya disposición final tercera ha dado nueva redacción a los artículos 86 a 93 de la LJ 98 y con ella un "vuelco" espectacular a la situación al pasar de un modelo sustancialmente reglado a otro enteramente discrecional, en la línea del certiorari norteamericano".

³⁶ L'art. 123 della Costituzione spagnola lo definisce quale "organo giurisdizionale superiore in tutte le materie, salvo quanto è disposto in materia di garanzie e diritti costituzionali".

³⁷ Sul punto M. V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005, p. 368.

2.1. La riforma della Ley Organica n. 7/2015: il nuovo ricorso per cassazione contenzioso-amministrativo

Il ricorso per cassazione nella giurisdizione contenzioso-amministrativa spagnola è stato introdotto dalla Ley n. 10 del 30 aprile 1992 in sostituzione del “*recurso de apelación*”, quale ricorso straordinario diretto a controllare l’applicazione delle norme e la loro interpretazione da parte dei Tribunali gerarchicamente inferiori.

Dato l’eccessivo carico di lavoro del *Tribunal Supremo*, le successive Ley n. 29 del 13 luglio 1998 e Ley n. 37 del 10 ottobre 2011 escogitarono alcuni strumenti per limitarne l’accesso³⁸, tuttavia non in armonia con le finalità del ricorso per cassazione del perseguimento dell’uniformità dell’interpretazione del diritto e, indirettamente, della tutela della certezza del diritto.

Prima del 2015 potevano essere proposti dinanzi al Supremo Consesso spagnolo tre distinti ricorsi³⁹: il ricorso per cassazione cosiddetto “comune” (disciplinato dagli articoli da 86 a 95 LJCA pre-riforma), attraverso cui il Tribunale Supremo svolgeva la funzione di nomofilachia “classica”, di difesa della norma e della sua corretta interpretazione, e altri due rimedi eccezionali e sussidiari, il ricorso per cassazione per l’unificazione della dottrina (articoli da 96 a 99 LJCA pre-riforma), volto a risolvere i contrasti giurisprudenziali, ed il ricorso per cassazione nell’interesse della legge (articoli da 100 a 101 LJCA), con cui si impediva che risoluzioni giudiziarie che esprimevano un orientamento errato e gravemente dannoso per l’interesse generale si consolidassero attraverso la loro reiterazione per casi futuri sostanzialmente uguali⁴⁰.

I due rimedi sussidiari si distinguevano ulteriormente in virtù della disciplina che si riteneva violata, se statale o europea, oppure *autonomica*.

³⁸ La soluzione proposta era quella di escludere la ricorribilità in Cassazione delle sentenze concernenti le questioni del personale di servizio delle Amministrazioni Pubbliche e di quelle inferiori alla somma di 600.000 €.

³⁹ Non tutta la dottrina spagnola concorda con tale affermazione: “*A nuestro juicio, no se trata de tres especies del recurso de casación sino de tres medios de impugnación de distinta naturaleza siendo solo uno de ellos, el ordinario, el que cabe calificar como verdadero recurso de casación*”. Così J. R. RODRÍGUEZ CARBAJO, *El recurso de casación en materia tributaria*, in *Estudios jurídicos en memoria de don César Albiñana García- Quintana*, M. VILLAR EZCURRA - A. MARTÍNEZ LAFUENTE – C. ALBIÑANA CILVETI - P. M. HERRERA MOLINA (a cura di), Vol. 2, Madrid, 2008, p. 1723.

⁴⁰ Sul punto R. RODIO, *La giustizia amministrativa in Spagna*, in *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, RECCHIA G. (a cura di), Padova, 1996, pp. 460 ss. Il *recurso de casación en interés de la Ley* era un procedimento semplificato rispetto a quello ordinario ed esclusivamente volto alla difesa dell’interesse pubblico. Erano legittimati ad impugnare tali sentenze l’Amministrazione Pubblica che avesse un interesse sulla questione o gli Enti e le Corporazioni che rappresentassero e difendessero interessi di carattere generale o corporativo e avessero un interesse legittimo sulla questione, quando la decisione contro cui si ricorreva era ritenuta errata e gravemente dannosa per gli interessi della collettività. Erano inoltre legittimati il *Ministerio Fiscal* e l’Amministrazione Centrale dello Stato. Il ricorso aveva ad oggetto le sentenze pronunciate in unico grado dai Giudici del contenzioso-amministrativo o dalle Sale del contenzioso-amministrativo dei Tribunali Superiori di Giustizia e della *Audencia Nacional* avverso cui non potevano essere proposti gli altri due rimedi.

La *Ley Organica* n. 7 del 21 giugno 2015, che ha modificato la *Ley Organica* n.6 del 1 luglio 1985 del Potere Giudiziario, ha rivoluzionato la disciplina in materia di ricorso per cassazione contenzioso-amministrativo, enfatizzando la finalità di assicurare l'uniformità nell'applicazione del diritto, per garantire la certezza del diritto e la sicurezza giuridica⁴¹.

Il nuovo modello ha unificato le tre modalità di ricorso in un unico mezzo di impugnazione con una variante, il ricorso per cassazione *autonomico*, proponibile nel caso di violazione del diritto delle Comunità Autonome dinanzi alle Sale del Contenzioso-Amministrativo dei Tribunali Superiori di Giustizia.

È stata notevolmente ampliata la categoria delle risoluzioni giudiziali avverso cui è possibile proporre ricorso per cassazione⁴².

Sono infatti ricorribili dinanzi alla Terza Sala del Tribunale Supremo, in primo luogo, le sentenze adottate in unica istanza dai Tribunali del contenzioso-amministrativo, qualora le loro decisioni siano reputate gravemente dannose per gli interessi generali⁴³ e siano suscettibili di “estensione di effetti”⁴⁴, a meno che non si tratti di sentenze pronunciate in un procedimento per la protezione dei diritti fondamentali o nei procedimenti contenziosi elettorali.

In secondo luogo, le sentenze adottate in unico grado o in appello dalla Sala del contenzioso-amministrativo dell'Udienza Nazionale; in terzo luogo, le sentenze adottate in unico grado o in appello dalle Sale del contenzioso-amministrativo dei Tribunali Superiori di Giustizia, se il ricorso si fonda su una concreta violazione della normativa di diritto sostanziale o processuale delle norme di diritto statale o europeo che sia rilevante e determinante per la decisione impugnata, purchè sia stata opportunamente invocata nel processo o comunque presa in considerazione dal giudice che ha adottato la sentenza. È

⁴¹ La L.O. n. 7/2015 nell'esposizione dei motivi ha riconosciuto la necessità di garantire la sicurezza giuridica, affermando che: “*los ciudadanos siguen percibiendo como un síntoma de falta de seguridad jurídica la existencia de resoluciones diversas sobre una misma materia*” e che esiste una “*falta de predictibilidad de los pronunciamientos judiciales, lo que, en último término, se proyecta sobre el grado de seguridad jurídica de nuestro ordenamiento*”. Sull'importanza della sicurezza giuridica nell'ordinamento spagnolo cfr. J. A. TARDÍO PATO, *La retroactividad de la jurisprudencia como peligro para la seguridad jurídica y la confianza legítima*, in *Revista ceflegal*, 2017, n. 203, pp. 127 ss.

⁴² Nella disciplina previgente poteva essere proposto ricorso per cassazione “comune” solamente avverso le sentenze pronunciate in unica istanza dalle Sale del Contenzioso-Amministrativo dei Tribunali Superiori di Giustizia e dalla Sala del Contenzioso Amministrativo della *Audiencia Nacional*.

Le sentenze emesse in unico grado dai Giudici del contenzioso-amministrativo, provinciali o centrali, erano unicamente soggette a ricorso per cassazione nell'interesse della legge, con il limite della legittimazione ristretta ed il limitato oggetto che caratterizzavano tale mezzo di impugnazione.

⁴³ Le pronunce ATS (*Auto del Tribunal Supremo*) 27 e 28 febbraio 2017, RQ (*Recurso de queja*) 36/2017, 37/2017 e 40/2017 hanno affermato che il grave danno per l'interesse generale può derivare sia dagli effetti inerenti all'esecuzione della sentenza impugnata, sia a causa della gravità del suo impatto negativo sugli interessi generali, sia per il consolidamento della erronea interpretazione del sistema giuridico accolto dalla sentenza impugnata.

⁴⁴ Il Tribunale Supremo ha chiarito che devono sussistere contemporaneamente entrambi i requisiti “*que la sentencia que se pretende impugnar contenga doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y que se trate de una resolución susceptible de extensión de efectos*”. Così ATS 30 maggio 2017, RC (*Recurso de casación*) 265/2017; ATS 15 novembre 2018, RQ 369/2018, e 10 dicembre 2018, RQ 466/2018.

quindi stato escluso il ricorso per cassazione delle sentenze emanate in violazione del diritto delle Comunità Autonome.

È possibile inoltre proporre ricorso avverso le sentenze del Tribunale dei conti in materia di responsabilità contabile nei casi stabiliti dalla *Ley de Funcionamiento* n. 7 del 5 aprile 1988.

Non sono suscettibili di ricorso in cassazione solo le sentenze, ma anche gli atti emanati dalla Sala del contenzioso-amministrativo dell'Udienza Nazionale e dalla Sala del contenzioso-amministrativo del Tribunale Superiore di Giustizia indicati dall'art. 87, comma 1, LJCA⁴⁵, se è previamente proposto il *recurso de reposición*⁴⁶.

Possono proporre il ricorso in cassazione sia le parti del precedente giudizio, sia coloro che, pur essendone legittimati, non hanno partecipato al processo perché non regolarmente citati. Sono esclusi, al contrario, coloro che, regolarmente citati, non vi hanno partecipato.

L'art. 87 *bis* limita il ricorso in cassazione dinanzi alla Sala del contenzioso amministrativo del Tribunale Supremo alle sole questioni di diritto, escludendo quelle di fatto, salvo il potere di "integrare i fatti" concesso al Tribunale Supremo nel caso in cui ciò sia necessario per valutare l'asserita violazione, come disciplinato dall'art. 93.3 LJCA.

Il ricorso in cassazione così riformato può essere proposto nei confronti di qualsiasi violazione dell'ordinamento giuridico, sia essa processuale, sostanziale o addirittura di un orientamento giurisprudenziale consolidato, a differenza del precedente sistema che prevedeva cinque motivi tassativi di ricorso⁴⁷.

⁴⁵ La norma indica gli atti che hanno dichiarato l'inammissibilità del ricorso contenzioso-amministrativo o che ne rendono impossibile la prosecuzione; atti che, posti in esecuzione di sentenze di merito, pretendano di risolvere questioni non decise né coperte dal dedotto o deducibile dalla medesima sentenza di merito, o che contraddicano i contenuti della sentenza che si pone in esecuzione; atti pronunciati nelle ipotesi previste dall'articolo 91 o in applicazione degli articoli 110 e 111 LJCA.

⁴⁶ Si tratta di un ricorso non devolutivo disciplinato all'art. 79 della LJCA che può essere proposto contro i provvedimenti e gli atti non suscettibili di appello o di ricorso per cassazione.

⁴⁷ Il ricorso per cassazione ordinario poteva essere proposto per i seguenti motivi (art. 88 della LJCA del 1998): abuso, eccesso o violazione nell'esercizio della giurisdizione; incompetenza o inadeguatezza del procedimento; violazione delle forme essenziali del giudizio per violazione delle norme che disciplinano la sentenza o gli atti e le garanzie processuali, a condizione che in quest'ultimo caso ci fosse stata carenza di tutela per la parte; violazione delle norme dell'ordinamento giuridico o della giurisprudenza posti a fondamento della decisione delle questioni oggetto della lite. Il primo motivo, relativo alla giurisdizione, era inteso in una "dimensione dinamica, come esercizio di attività giurisdizionale"; era integrato dal superamento dei limiti, dalla mancata cognizione di una questione o dalla non spettanza secondo le regole processuali di attribuzione della giurisdizione. I motivi di incompetenza che rilevavano erano solamente quelli positivi, che si verificavano quando un organo giurisdizionale conosceva e decideva in ordine ad una questione che spettava ad altro giudice del medesimo ordine. Si aveva invece "inadeguatezza del procedimento" quando veniva instaurato un processo amministrativo diverso da quello previsto per legge.

Il criterio di ammissibilità è uno solo, ma decisamente vasto per la sua portata: la Terza Sala del contenzioso-amministrativo del Tribunale Supremo deve riscontrare nella controversia l'*interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia*, ovvero “un'utilità concreta nel perseguimento dell'unità nella interpretazione ed applicazione del diritto”⁴⁸.

È questa la pietra angolare⁴⁹ del nuovo ricorso, concetto giuridico indeterminato per la cui valutazione è concesso un ampio margine di apprezzamento alla Sala del contenzioso-amministrativo del Tribunale Supremo e la cui esistenza è imprescindibile per consentire l'accesso al ricorso per cassazione.

Attraverso questa formula il legislatore spagnolo ha voluto incidere sulla stessa essenza dell'istituto⁵⁰ per agevolare l'esercizio della funzione nomofilattica del Tribunale Supremo e garantire l'unità nell'interpretazione e applicazione del sistema giuridico.

Il significato, tuttavia, non appare sufficientemente chiaro. La legge di riforma non ha indicato in modo puntuale ed esaustivo le ipotesi in presenza delle quali è possibile riscontrare tale interesse, ma ha cercato di limitare l'arbitrio del giudice nell'interpretazione e applicazione di tale concetto individuando alcune circostanze e alcune presunzioni⁵¹ in presenza delle quali esso è ravvisabile⁵².

⁴⁸ Così A. MASUCCI, *Nomofilachia ed accesso al giudice di cassazione nei processi amministrativi. Le esperienze tedesca, francese e spagnola*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2016, p. 719.

⁴⁹ Così J. F. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Lo nuevo y lo viejo del recurso de casación contencioso-administrativo: admisibilidad y motivos de impugnación*, in *Revista de Administración Pública*, n. 202/2017, p. 350. È stato inoltre definito come la «verdadera clave de bóveda del nuevo recurso de casación» (J. P. QUINTANA CARRETERO (a cura di), *Guía práctica del recurso de casación contencioso-administrativo*, Madrid, 2016, p. 27) e “el cedazo” o “llave de acceso” (F. ALONSO MURILLO, *El interés casacional como llave de acceso a la reformada casación en materia tributaria*», in *Nueva fiscalidad*, n. 6/2016, pp. 61-124) del nuovo sistema di accesso al Tribunale Supremo. In questo senso anche AATS 19 giugno 2017, RQ 273/2017; 26 febbraio 2018, RC 6212/2017; 4 giugno 2018, RC 552/2018, e 14 novembre 2018, RC 2955/2018.

⁵⁰ Così M. J. PEREZ ESTRADA, *La exclusiva función del actual recurso de casación contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo*, in *R.V.A.P.*, n. 107-I/2017, p. 309.

⁵¹ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La orientación legal acerca del interés casacional: excesos y defectos del artículo 88*, in *Revista de Administración Pública*, n. 207/2018, pp. 43 ss. si interroga sull'opportunità dell'introduzione di una serie di circostanze e presunzioni da cui poter dedurre l'interesse cassazionale oggettivo. L'Autore ritiene che tale scelta del legislatore “razionalizzi il processo decisionale del Tribunale Supremo” e fornisca ai giudici una guida estremamente preziosa sulle giustificazioni che possono allegare relativamente all'ammissibilità o inammissibilità del ricorso.

⁵² Sull'applicazione di tali presupposti da parte del Tribunale Supremo si rinvia a J.A. RAZQUIN, *Primer balance del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*, in *R.V.A.P.*, n. 110-I/2018, pp. 250 ss.; D. GARCÍA CASTRO, *El interés casacional objetivo como requisito único a acreditar en los escritos de preparación de recursos de casación ante la Sala 3.ª del Tribunal Supremo. Un análisis de la incipiente jurisprudencia de la Sala de Admisión del Alto Tribunal tras la entrada en vigor de la LO 7/2015*, in *R.V.A.P.*, 109-I/2017, pp.469 ss; I. HUERTA GARICANO, *Los criterios de la Sección de Admisión en orden a la admisión del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*, in *Revista de Administración Pública*, n. 207/2017, pp. 61 ss.

Il secondo comma dell'art. 88 LJCA elenca una serie di “circostanze indiziarie” dalla cui presenza il Tribunale Supremo può desumere l'interesse cassazionale obiettivo, che non ha la pretesa di essere una lista esaustiva, ma è al contrario meramente indicativa⁵³.

Il Tribunale Supremo può ritenere esistente un interesse cassazionale oggettivo alla formazione della giurisprudenza, motivandolo espressamente nel provvedimento di ammissione, quando, “tra le altre circostanze”, rilevi che la sentenza impugnata presenta per questioni sostanzialmente identiche un'interpretazione delle norme di diritto interno o dell'Unione Europea⁵⁴ diversa da quella adottata da altri organi giurisdizionali⁵⁵ e determinante per la decisione impugnata. In presenza di tale ipotesi nel sistema precedente era possibile proporre il ricorso in cassazione per l'unificazione della dottrina⁵⁶. Tale rimedio, però, nella prassi veniva utilizzato raramente poiché la disposizione imponeva la sussistenza di “casi identici” e non, come nella disciplina attuale, di “casi sostanzialmente identici”, restringendo dunque di molto la sua operatività⁵⁷. Questa ipotesi deve essere adeguatamente motivata dal ricorrente, non essendo sufficiente la mera affermazione della contraddittorietà della sentenza impugnata con altra precedentemente emanata⁵⁸.

⁵³ Nella pronuncia ATS (*Auto del Tribunal Supremo*) del 29 marzo 2017, RC 302/2016, il Tribunale Supremo ha affermato che “il carattere aperto dell'elenco delle circostanze che permettono di apprezzare la presenza dell'interesse cassazionale oggettivo per la formazione della giurisprudenza, in conformità a quanto disposto nell'art. 88.2 LJCA, porta ad intendere che questo Tribunale Supremo possa reputare esistente l'interesse cassazionale oggettivo del ricorso proposto con riferimento ad altre circostanze non incluse in questo art. 88.2 LJCA né nell'art. 88.3 LJCA, che, pertanto, possono essere invocate dal ricorrente per giustificare l'interesse cassazionale oggettivo del ricorso per cassazione proposto”.

⁵⁴ Non è invocabile, invece, la contraddittorietà relativa ad una norma del diritto *autonomico*, essendo esso escluso dal ricorso per cassazione, come è stato ad esempio dichiarato nella pronuncia ATS del 26 giugno del 2017, RQ 259/2017.

⁵⁵ Si intende la divergenza con qualunque risoluzione adottata da qualunque giudice o Tribunale del contenzioso-amministrativo, compreso lo stesso Tribunale Supremo (AATS del 29 marzo 2017, RC 176/2017; 19 giugno 2017, RC 1424/2017), anche per le pronunce adottate dalla Prima Sala (ATS del 19 giugno 2017, RQ 346/2017) o dalla Quarta (ATS del 30 maggio 2017, RC 785/2017; del 13 giugno 2017, RC 305/2017).

⁵⁶ Non sono tuttavia applicabili le norme relative all'abrogato ricorso per cassazione per l'unificazione della dottrina, non essendo questa una riformulazione di tale modalità di ricorso: così ATS del 7 febbraio 2017, RC 161/2016.

⁵⁷ Il Tribunale Supremo ha affermato che questa circostanza non opera solo in presenza di una rigorosa identità di fatto, ma anche quando si apprezza l'esistenza di disparità o contraddizioni insanabili tra le sentenze allegate, per quanto riguarda l'interpretazione delle stesse norme e in relazione con un problema di interpretazione e applicazione sostanzialmente coincidente (ATS del 7 febbraio 2017, RC 161/2016).

⁵⁸ Così ATS del 31 maggio 2017, RQ 162/2016 e ATS del 9 luglio 2018. Il ricorrente deve citare con precisione i punti della sentenza contraddittori e argomentare in modo circostanziato sia l'eguaglianza sostanziale delle questioni risolte nelle decisioni giudiziarie contrastanti sia la natura divergente e incompatibile della soluzione data ad alcuni e ad altri casi. Nella sentenza ATS del 7 febbraio 2017, RC 161/2016, il Tribunale Supremo ha affermato che “cuando la parte recurrente fundamenta el interés casacional de su impugnación en el artículo 88.2.a), le es exigible razonar y justificar argumentalmente la igualdad sustancial de las cuestiones examinadas en las sentencias que se someten a contraste, mediante un razonamiento que explique que, ante un problema coincidente de interpretación del Ordenamiento jurídico aplicable al pleito, la sentencia impugnada ha optado por una tesis hermenéutica divergente, contradictoria e incompatible con la seguida en la sentencia de contraste, lo cual, a sensu contrario, implica que si la parte recurrente se limita a verter la afirmación de que la sentencia impugnada

Altre circostanze che possono essere indicative dell'esistenza dell'interesse cassazionale sono l'ipotesi in cui la sentenza impugnata interpreti alcune norme in modo dannoso per gli interessi generali⁵⁹ o che possa condizionare un gran numero di situazioni⁶⁰, sia per sé stessa che per i suoi effetti oltre il caso oggetto del ricorso e l'ipotesi in cui la sentenza decida su una questione che ha riguardato la legittimità costituzionale di una norma con dignità di legge, senza aver chiarito i motivi per i quali non è stata prevista un'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte costituzionale. Questa circostanza, unitamente a quella successiva, rafforza la posizione del Tribunale Supremo in quanto gli attribuisce un controllo preventivo rispetto all'eventuale intervento del Tribunale costituzionale su alcune sentenze che interpretano o applicano norme della cui costituzionalità si discute oppure che sono in contrasto con la giurisprudenza costituzionale.

Altra circostanza indiziaria è quella della sentenza che interpreta o applica in modo erroneo un orientamento costituzionale posto a fondamento della decisione e quella che interpreta e applica il diritto dell'Unione Europea in evidente contraddizione rispetto alla giurisprudenza della Corte di giustizia oppure nei casi in cui sussiste l'obbligo del rinvio pregiudiziale. Anche in questo caso la posizione del Tribunale Supremo è rafforzata poiché diventa fulcro delle operazioni di applicazione ed interpretazione del diritto dell'Unione Europea.

L'elenco di cui all'art. 88, comma 2, LJCA prosegue con l'ipotesi della sentenza che decide un processo in cui è stata impugnata direttamente o indirettamente una norma regolamentare promanante da qualsiasi fonte di produzione normativa (Amministrazione dello Stato, delle Comunità Autonome o delle corporazioni locali).

Infine, sono circostanze indiziarie di interesse cassazionale quelle in cui la sentenza decide un processo in cui è stata impugnata, sia direttamente che indirettamente, una disposizione di carattere generale o un accordo tra le Pubbliche Amministrazioni o, ancora, quando è stata pronunciata in un procedimento speciale previsto per la protezione dei diritti fondamentali.

Al verificarsi di queste circostanze non è tuttavia garantita l'esistenza di un interesse cassazionale obiettivo alla formazione della giurisprudenza e dunque l'ammissibilità del ricorso per cassazione: l'elenco indica

entra en contradicción con la de contraste, sin argumentar cumplidamente tal aseveración, no podrá tenerse por debidamente cumplida la carga procesal establecida en el artículo 89.2.f LJCA”.

⁵⁹ Anche in questo caso, non è sufficiente la mera affermazione della lesione degli interessi generali, ma l'*escrito de preparacion* deve contenere adeguata argomentazione di tale asserito pregiudizio: così ATS del 15 marzo 2017, RC 91/2017 e ATS del 18 luglio 2018.

⁶⁰ Il ricorrente deve motivare, senza riferimenti generici ed astratti, la prevedibile influenza che la sentenza può esercitare su molti altri casi, non essendo sufficiente l'affermazione che dipende dalla sua natura intrinseca, trattandosi di interpretazione di una norma giuridica che dunque si applica ad un numero indeterminato di situazioni. Così AATS del 25 gennaio 2017, RC 15/2016; 8 marzo 2017, RC 40/2017; ATS del 25 giugno e del 18 luglio 2018.

esclusivamente la probabilità che in tali situazioni sia possibile riscontrare tale interesse, che dovrà essere indicato ed espressamente motivato nel ricorso e nel provvedimento di ammissione del medesimo.

Il comma terzo dell'art. 88 presenta invece una serie di presunzioni a favore dell'esistenza di un interesse cassazionale oggettivo. Al contrario del comma precedente, in questo caso, si tratta di una lista esaustiva e chiusa⁶¹.

L'esistenza di tale interesse è presunta quando sono state applicate norme che hanno avuto un ruolo determinante per la decisione e sulle quali non esiste una specifica giurisprudenza del Tribunale Supremo⁶², quando la decisione diverge deliberatamente da un orientamento giurisprudenziale ritenendolo erroneo⁶³ o ha dichiarato nulla una disposizione di carattere generale, salvo che questa, in tutta evidenza, non risulti rilevante; quando sono stati decisi ricorsi contro atti o disposizioni di organismi di regolazione o di supervisione o di agenzie statali per il cui controllo giurisdizionale è competente la Sala del contenzioso-amministrativo dell'Udienza Nazionale oppure ricorsi contro atti o disposizioni dei Governi o dei Consigli di Governo delle Comunità Autonome.

Anche in queste ipotesi non viene effettivamente delimitato l'ambito di applicazione dell'interesse cassazionale: la stessa norma afferma che la presunzione non opera in tutti i casi con la medesima forza. Solo nel secondo e nel terzo caso, infatti, l'ammissione del ricorso è imperativa, senza margine di apprezzamento da parte della Terza Sala del Tribunale Supremo.

La nuova cassazione contenzioso-amministrativa impone al ricorrente un onere di argomentazione del ricorso piuttosto ampio: deve motivare la sussistenza dell'interesse cassazionale non solo indicando i presupposti di cui all'art. 88 LJCA che ritiene sussistenti nella controversia, ma deve approfondire ulteriormente e specificamente l'opportunità di una pronuncia del Tribunale Supremo sulla questione sollevata ai fini della "formazione della giurisprudenza"⁶⁴.

⁶¹ Così ATS del 26 aprile 2017, RC 291/2016.

⁶² La pronuncia ATS del 17 luglio 2017 (RC 1391/2017) ha considerato sufficiente una sola sentenza per ritenere sussistente un orientamento giurisprudenziale del Tribunale Supremo sul punto. Il fatto che la norma la cui violazione sia denunciata non sia stata oggetto di giurisprudenza, poiché entrata in vigore di recente, non implica di per sé solo l'ammissione del ricorso: così ATS del 8 maggio 2017, RC 1439/2017. Il Tribunale Supremo ha inoltre specificato che rientra in questa circostanza non solo l'assenza di giurisprudenza su una norma, ma anche la necessità di specificazione di giurisprudenza già esistente relativamente a realtà giuridiche differenti rispetto a quelle già contemplate. Così AATS del 15 marzo 2017 (RC 91/2017 e RC 93/2017), 3 maggio 2017 (RC 189/2017) e 18 settembre 2017 (RC 1396/2017).

⁶³ Non rientra in questa presunzione la mera disapplicazione di un orientamento giurisprudenziale per un presupposto simile, essendo necessaria una menzione espressa o comunque un'indicazione da cui si può evincere la conoscenza di tale giurisprudenza, la valutazione e quindi il suo disconoscimento: così AATS del 15 febbraio 2017, RC 9/2017; 8 marzo 2017, RC 40/2017.

⁶⁴ Così si è pronunciata la recente sentenza ATS 8 gennaio 2019, RC 4346/2018 e, qualche anno prima, ATS 5 aprile 2017, RC 628/2017.

All'invocazione di una presunzione non segue necessariamente l'ammissione del ricorso, dovendo il Tribunale valutare l'effettiva esistenza dell'interesse cassazionale oggettivo alla formazione della giurisprudenza⁶⁵, con particolare attenzione alla funzionalità di tale controversia per la formazione della giurisprudenza, poiché questo è il fine del nuovo modello introdotto dalla legge del 2015. È così possibile che in un determinato ricorso vi sia il presupposto di fatto che consenta di apprezzare uno specifico interesse cassazionale in relazione ad una delle circostanze o presunzioni previste dalla legge, ma, nonostante ciò, la Terza Sala ritenga che non sia necessaria una sua pronuncia per la formazione della giurisprudenza, ad esempio perché sul punto esiste già una giurisprudenza consolidata, o la norma invocata è sufficientemente chiara. Al contrario, sarà necessaria una pronuncia del Tribunale Supremo quando non esiste giurisprudenza sul punto oppure quando, seppur esistente, necessiti di essere riaffermata, rinforzata o chiarita, o perché il caso esaminato presenti sfumature ancora non affrontate, sufficientemente importanti per essere prese in considerazione e per modificare l'orientamento giurisprudenziale⁶⁶.

Il carattere non esaustivo delle circostanze indicate nel secondo comma non permette la mera invocazione da parte del ricorrente di "altre circostanze" senza ulteriori argomentazioni, ma l'*escrito de preparacion* deve espressamente indicare che nel caso di specie l'interesse cassazionale oggettivo non si fonda né sulle circostanze di cui al secondo comma dell'art. 88 LJCA, né sulle presunzioni di cui al terzo comma del medesimo articolo e, poi, motivare rigorosamente da quale circostanza si desume l'interesse cassazionale⁶⁷.

Per quanto attiene alla procedura relativa all'ammissione del ricorso in cassazione, essa si articola in due fasi.

Il momento iniziale è dato dalla presentazione di un atto (*escrito de preparacion del recurso*), conforme ad una serie di requisiti elencati nel secondo comma dell'art. 89⁶⁸, dinanzi all'organo giurisdizionale che ha

⁶⁵ In questo senso la pronuncia ATS del 8 marzo 2017 (RC 75/2017).

⁶⁶ Così ATS del 18 ottobre 2017, RC 2049/2017.

⁶⁷ Sul punto AATS 15 marzo 2017, RC 91/2017 e 4 maggio 2017, RQ (*Recurso de queja*) 142/2016; AATS 2 aprile 2018, RC (*Recurso de casación*) 5956/2017; 7 maggio 2018, RQ 738/2017; e 26 novembre 2018, RQ 397/2018.

⁶⁸ Si tratta dei seguenti requisiti: rispetto dei termini per impugnare, legittimazione a ricorrere e ricorribilità della decisione; identificazione precisa delle norme e della giurisprudenza che si considerano violate, con la documentazione che queste violazioni sono state sollevate nel processo o prese in considerazione dalla *Sala de Instancia* o che questa avrebbe dovuto prenderle in considerazione anche se non sollevate espressamente; dimostrazione della richiesta della correzione della colpa o della violazione nel caso in cui l'infrazione sia attribuibile a norme o giurisprudenza relativa agli atti o alle garanzie processuali che hanno prodotto carenza di tutela, nel caso in cui ci sia stato un momento processuale opportuno; giustificazione che la violazione della norma o delle norme sia stata determinante nella adozione della decisione impugnata e che la norma ritenuta violata faccia parte del diritto statale o di quello dell'Unione Europea; indicazione della ricorrenza di una o più ipotesi di quelle elencate nell'art. 88 che, con riferimento ai commi 2 e 3 dell'art. 89 permettono di apprezzare l'interesse cassazionale

adottato la sentenza impugnata (*Sala de Instancia*) entro trenta giorni dalla sua notificazione. Tale atto riveste importanza fondamentale per l'esito del ricorso, atteso che anche dalla sua corretta redazione dipende la sua ammissibilità; particolarmente decisiva è l'argomentazione circa l'asserita esistenza dell'interesse cassazionale oggettivo alla formazione della giurisprudenza.

La *Sala de Instancia* dichiarerà con provvedimento motivato l'inammissibilità del ricorso che non soddisfi i requisiti richiesti; altrimenti, ove questi siano riscontrati, con atto adeguatamente motivato dichiarerà ammissibile il ricorso, ordinerà la comparizione delle parti dinanzi alla Sala del Contenzioso-Amministrativo del Tribunale Supremo nel termine di trenta giorni e procederà alla rimessione ad essa dei provvedimenti in originale e del fascicolo amministrativo. Se lo riterrà opportuno potrà inoltre aggiungere a tali atti un parere motivato sull'effettivo riscontro dell'interesse cassazionale oggettivo.

Avverso l'atto che dichiara l'inammissibilità del ricorso potrà essere esperito *recurso de queja* nelle forme stabilite dalla *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Alla parte controinteressata non è al contrario dato impugnare l'atto che dichiara l'ammissibilità del ricorso per cassazione, potendo unicamente sollevare opposizione in sede di comparizione dinanzi al Tribunale Supremo entro il termine previsto nella convocazione. L'opposizione, tuttavia, non impedirà l'esecuzione provvisoria della sentenza impugnata, dietro eventuale presentazione di cauzione e garanzie; potrà essere negata dall'organo giudiziario solamente nel caso in cui possa creare situazioni irreversibili o causare pregiudizi irreparabili.

La seconda fase del procedimento si svolge dinanzi alla Terza Sala del Tribunale Supremo (art. 90 LJCA), che verifica innanzitutto la sussistenza dei presupposti per la prosecuzione del ricorso e successivamente l'esistenza o meno dell'interesse cassazionale obiettivo alla formazione della giurisprudenza, disponendo l'ammissione o meno del ricorso.

Per favorire l'unitarietà dell'indirizzo assunto dal Tribunale Supremo nel ristabilire la corretta interpretazione di una norma ed assicurare la presenza di esperti in ogni materia in cui possa vertere il ricorso, l'ammissione o la non ammissione è decisa dalla Prima Sezione della Sala del contenzioso-amministrativo che è composta dal Presidente della Sala e da almeno un magistrato per ciascuna delle restanti sezioni⁶⁹.

obiettivo e l'opportunità di una pronuncia da parte della Sala del Contenzioso amministrativo del Tribunale Supremo.

⁶⁹ Fatto salvo il Presidente della Sala, tale composizione si rinnova inizialmente per un anno e mezzo dalla data della prima costituzione e successivamente ogni sei mesi, previo accordo della Camera del Governo del Tribunale Supremo, che sceglierà i membri per ciascuno dei suddetti periodi e ne darà comunicazione sulla pagina web del Potere Giudiziario.

In casi eccezionali, e solo se le caratteristiche della causa lo consentono, la Sezione potrà ascoltare entro il termine di trenta giorni le parti sul punto sussistenza o meno dell'interesse cassazionale obiettivo alla formazione della giurisprudenza.

Il provvedimento di ammissione (*auto*) deve sempre essere motivato, con l'indicazione delle questioni da cui si evince l'interesse cassazionale obiettivo e delle norme che necessitano di nuova interpretazione; quello di non ammissione non sempre.

Nei casi indicati dal secondo comma dell'art. 88, che riporta le ipotesi di mera probabilità circa l'esistenza di un interesse cassazionale obiettivo, il provvedimento di inammissibilità deve essere motivato solo nel caso in cui vi sia stato il precedente parere favorevole del *Tribunal de Instancia*. In tutte le altre ipotesi, invece, la decisione è adottata con un provvedimento che per sua natura richiede una motivazione molto più snella (*providencia*). Nei casi di cui al comma terzo, ove è presunta l'esistenza di tale interesse, l'inammissibilità dovrà essere adottata con provvedimento motivato (*auto*).

Ogni sei mesi la Sala del contenzioso-amministrativo rende pubblico l'elenco dei ricorsi per cassazione ammessi con l'indicazione concisa della norma o delle norme che saranno oggetto di interpretazione.

Una volta ammesso il ricorso, il Tribunale Supremo esaminerà la risoluzione giudiziale impugnata e verificherà le violazioni normative o giudiziarie allegate da parte ricorrente.

La sentenza chiarirà l'interpretazione delle norme statali o dell'Unione Europea che sono state oggetto del ricorso e si pronuncerà sulle domande e sulle pretese dedotte, annullando la decisione in tutto o in parte, con la remissione del giudizio al giudice o al Tribunale di istanza oppure la risoluzione da parte della stessa Sezione Terza nei termini in cui è stata sollevata la discussione, oppure confermandola.

2.2. Il filtro di ammissibilità al ricorso per cassazione: l'interesse cassazionale obiettivo alla formazione della giurisprudenza

Come previsto in molti paesi europei⁷⁰, per rispondere alle difficoltà connesse alla crescente domanda di giustizia e al contempo favorire l'esercizio della funzione nomofilattica della Corte Suprema, il legislatore spagnolo ha introdotto un filtro di ammissibilità al ricorso per cassazione: "l'interesse cassazionale obiettivo alla formazione della giurisprudenza".

⁷⁰ Per una prospettiva comparata dei sistemi di accesso alla Cassazione in Francia, Germania e Spagna si veda A. MASUCCI, *Nomofilachia ed accesso al giudice di cassazione nei processi amministrativi. Le esperienze tedesca, francese e spagnola*, op. cit.

Si tratta di un interesse oggettivo che scaturisce dalle questioni sollevate nel ricorso, ma trascende la limitata prospettiva casistica e singolare della causa⁷¹ per sollevare questioni interpretative dell'ordinamento il cui chiarimento da parte del Tribunale Supremo è di interesse generale per la formazione della giurisprudenza o per la modifica di un orientamento esistente.

“L’interesse cassazionale” non è una espressione nuova per l’ordinamento giuridico spagnolo: era già presente nella giurisdizione civile⁷² quale elemento determinante per l’accesso al ricorso per cassazione dinanzi alla Prima Sala del Tribunale Supremo unitamente ai criteri della natura della causa e della rilevanza patrimoniale della controversia, penale (in particolare dopo la riforma della *Ley* n. 41 del 5 ottobre 2015 che ha modificato la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*) e sociale (art. 225.4 della *Ley reguladora de la jurisdicción social*).

Analogie si rinvencono anche nel ricorso costituzionale di *amparo*⁷³, il cui requisito sostanziale per l’ammissibilità è la “speciale trascendenza costituzionale”, che, introdotto dalla *Ley Organica* n. 6 del 24 maggio 2007⁷⁴, ha oggettivizzato tale ricorso, orientandolo alla definizione della corretta interpretazione

⁷¹ Il Tribunale Supremo ha affermato che le controversie meramente casistiche non sono dotate di interesse cassazionale oggettivo alla formazione della giurisprudenza: così ATS 25 maggio 2017, RC 1132/2017; ATS 26 settembre 2018, RQ 238/2018”.

⁷² Sul punto si veda F.D.P. BLASCO GASCÓ, *El interés casacional: infracción o inexistencia de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*, Cizur Menor (Navarra), 2002. La legge n. 1 del 7 gennaio 2000, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, all’art. 477 stabilisce che il ricorso per cassazione civile si fonda, quale motivo unico, sulla violazione di norme applicabili per risolvere le questioni oggetto del processo. Il comma terzo dispone che un ricorso presenta interesse cassazionale quando la sentenza impugnata sia in contrasto con l’indirizzo giurisprudenziale del Tribunale Supremo o risolva punti e questioni su cui esiste giurisprudenza contrastante delle *Audiencias Provinciales* oppure ancora applichi norme che non sono in vigore da più di cinque anni, sempre che, in questo caso, non sussista indirizzo giurisprudenziale del Tribunale Supremo in merito a norme precedenti di contenuto uguale o simile. Nel caso di ricorsi per cassazione di cognizione di un Tribunale Superiore di Giustizia, vi è interesse cassazionale anche quando la sentenza impugnata sia in contrasto con un orientamento giurisprudenziale o non esista orientamento simile del Tribunale Supremo sulle norme di diritto speciale della comunità autonoma corrispondente.

⁷³ Sulle analogie tra la nuova cassazione oggettiva ed il ricorso di *amparo* oggettivato si veda F. VELASCO CABALLERO, *Casación contencioso-administrativa y constitución*, in *La nueva perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales*, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 127 ss.

⁷⁴ Il legislatore si è limitato ad affermare la necessità di argomentazione di tale requisito nel ricorso di *amparo* e la riserva al Tribunale costituzionale della verifica di questa speciale trascendenza costituzionale, avendo riguardo alla sua importanza per l’interpretazione della Costituzione, per la sua applicazione o per la sua generale efficacia e per la determinazione del contenuto e la portata dei diritti fondamentali. Ci sono voluti quasi due anni prima che il Tribunale costituzionale chiarisse la portata della nozione di speciale trascendenza costituzionale. Nella sentenza STC (*Sentencia del Tribunal Constitucional*) 23 marzo 2009, n. 70 ha affermato che è possibile apprezzare la sua esistenza quando nel ricorso è sollevata “una questione su cui non esiste giurisprudenza di questo Tribunale”. Nella successiva sentenza STC 25 giugno 2009, n. 155 ha elencato una serie di casi in cui è possibile valutare l’esistenza di questa “speciale trascendenza costituzionale”, ad esempio quando un ricorso solleva una questione o un aspetto di un diritto fondamentale su cui non esiste orientamento del Tribunale costituzionale oppure è necessario chiarire o cambiare un suo orientamento a seguito del mutamento della realtà sociale o di una modifica normativa rilevante. Sul punto si veda S. GARCÍA COUSO, *El recurso de amparo constitucional objetivo*, in *Constitución y democracia: ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Vol. 2, Madrid, 2012, pp. 1557-1576; P. FABEIRO FIDALGO, *El nuevo recurso de amparo constitucional*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 102/2015, pp. 161-181; M. IGLESIAS

giurisprudenziale dei precetti costituzionali. La dottrina spagnola infatti, trattando dell'interesse cassazionale oggettivo del ricorso per cassazione contenzioso-amministrativo, spesso evidenzia la sua "trascendenza rispetto all'interesse delle parti", prendendo probabilmente spunto dal requisito di accesso al ricorso di *amparo*.

L'interesse cassazionale non era nemmeno estraneo alla giurisdizione contenzioso-amministrativa precedente alla riforma del 2015: la versione originaria dell'art. 93.2 LJCA sanciva l'irricevibilità del ricorso per cassazione per carenza di interesse cassazionale in presenza dei seguenti requisiti: controversie di importo indeterminato che non si riferivano alla contestazione diretta o indiretta di una disposizione generale; ricorsi fondati sul motivo di cui all'art. 88.1 (violazione delle norme dell'ordinamento giuridico o della giurisprudenza applicabili per risolvere le questioni oggetto di discussione); questione inidonea a pregiudicare un numero rilevante di situazioni o non avente sufficiente contenuto generale.

Il nuovo ricorso per cassazione disciplinato nel 2015 rompe questa tradizione, passando dall'essere condizione di irricevibilità del ricorso per cassazione a filtro per il suo accesso. Il Tribunale Supremo non deve più effettuare una verifica della inesistenza di una causa di inammissibilità, ma, al contrario, dovrà valutare l'esistenza di un interesse cassazionale oggettivo quale requisito di ammissibilità.

Si assiste inoltre ad un'inversione rispetto alla finalità perseguita: da un procedimento ove era data precedenza alla tutela degli interessi soggettivi delle parti⁷⁵ e in cui il ricorso per cassazione appariva sostanzialmente come una terza istanza⁷⁶, ad uno in cui l'ammissibilità è subordinata alla presenza di un interesse trascendente rispetto all'interesse soggettivo delle parti, che permetta al Tribunale Supremo di svolgere una funzione nomofilattica che assicuri, mediante la formazione della giurisprudenza, la uniformità nella interpretazione e nell'applicazione delle norme.

La chiave di volta è dunque questo filtro introdotto con la Ley Organica n.7/2015, che pone almeno due profili critici.

BÀREZ, *El recurso de amparo constitucional en España: la difícil articulación entre el diseño normativo del amparo objetivo y la práctica del Tribunal Constitucional en la defensa de los derechos fundamentales*, in *El Tribunal Constitucional español: una visión actualizada del supremo intérprete de la Constitución*, A. VILLANUEVA TURNES (a cura di), 2018, pp. 129-156.

⁷⁵ Secondo J.A. DOMÍNGUEZ LUIS, *El Tribunal Supremo y el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*, in *Estudios de derecho público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, I, 2018, p. 594, nel previgente sistema il ricorso per cassazione cosiddetto comune costituiva la sintesi della tutela dello *ius litigatoris* e dello *ius constitutionis*; nel ricorso per cassazione per l'unificazione della dottrina era preminente la soddisfazione del primo in quanto espressione del diritto alla eguaglianza nell'applicazione della legge; nel ricorso per cassazione nell'interesse della legge era invece volto esclusivamente alla difesa dell'interesse pubblico.

⁷⁶ Così J.A. DOMÍNGUEZ LUIS, *El Tribunal Supremo y el nuevo recurso*, *op. cit.*, p. 617.

Il primo riguarda l'indeterminatezza del criterio dell'“interesse cassazionale oggettivo alla formazione della giurisprudenza”, che assegna al Tribunale Supremo una amplissima⁷⁷ discrezionalità⁷⁸ nello stabilire quali ricorsi siano meritevoli di tutela innanzi a detta Corte e quali invece debbano arrestarsi al precedente grado di giudizio. Come già osservato, infatti, se è vero che il legislatore ha indicato una serie di presunzioni e circostanze volte a circoscrivere l'arbitrio del Tribunale Supremo⁷⁹, è pur vero che si tratta di elenchi meramente indicativi e non esaustivi, come esplicitamente affermato dallo stesso legislatore, non essendo possibile una valutazione *ex ante* sull'ammissibilità o meno del ricorso.

Potrebbe essere considerata una discrezionalità “graduata”, a partire dalla misura minima data dalle presunzioni *iuris et de jure* di cui alle lettere b) e c) dell'art. 88.3 LJCA⁸⁰ che impongono l'ammissione del ricorso senza margine di apprezzamento da parte della Terza Sala, alle altre presunzioni di cui al terzo comma dell'art. 88, per ampliarsi notevolmente nell'apprezzamento delle circostanze di cui al secondo comma dell'art. 88 sino ad arrivare al culmine nella valutazione delle “altre circostanze” non ricomprese nell'elenco che possono essere allegare dal ricorrente⁸¹.

L'indeterminatezza del concetto di interesse cassazionale oggettivo non è solamente un filtro per limitare il carico di lavoro del Tribunale Supremo⁸², ma anche – e soprattutto – per consentire l'accesso al giudice

⁷⁷ G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sobre la eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y el nuevo recurso de casación “para la formación de jurisprudencia”*, *op. cit.*, p. 110 afferma che nella valutazione del “cuando podrá considerarse que existe el interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia”, il Tribunale Supremo gode di un “margen de apreciación prácticamente absoluto”.

⁷⁸ Di diverso avviso, invece, F. LÓPEZ MENUÑO, *El recurso de casación: jurisprudencia y/o justicia?*, in *Revista de Administración Pública*, n. 207/2018, p.10, ritiene che la discrezionalità del Tribunale Supremo non possa considerarsi libera, poiché nonostante il carattere aperto dell'elenco di cui all'art. 88.2 LJCA, essa è comunque orientata dalle circostanze indicate in detto articolo e limitata dall'esigenza della motivazione.

⁷⁹ J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, *El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa tras la Ley Orgánica 7/2015*, in *Revista Vasca Administración Pública*, 104-I/2016, p. 160, osserva che la disciplina delle circostanze e delle presunzioni è stata posta “para evitar el arbitrio judicial por referencia a las finalidades del recurso de casación”.

⁸⁰ Si tratta delle ipotesi in cui la sentenza impugnata si discosta deliberatamente dalla giurisprudenza esistente considerandola erronea e del caso in cui la sentenza dichiara nulla una disposizione di carattere generale, salvo che questa, in tutta evidenza, manchi di sufficiente trascendenza. Anche se, in questo ultimo caso, un limitato margine di discrezionalità permane nella valutazione della “trascendenza sufficiente” della questione.

⁸¹ Sul punto F. VELASCO CABALLERO, *Casación contencioso-administrativa y constitución*, *op. cit.*, p. 138. L'Autore afferma che il concetto normativo aperto di “interesse cassazionale oggettivo” rimette alla Terza Sala del Tribunale Supremo la configurazione finale del rimedio cassazionale, potendo esso assumere discrezionalità piena (sul modello nordamericano), contenuta o parzialmente regolata (come quella che sta sviluppando il Tribunale costituzionale nell'ammissione del ricorso di *amparo*) oppure un sistema disciplinato con solo alcuni margini di discrezionalità (come quello che avviene, secondo giudizio dell'Autore, nella cassazione civile spagnola).

⁸² Tale scopo è tuttavia innegabile e sancito nell'esposizione dei motivi della legge che qualifica la riforma come necessaria per far fronte all'incremento esponenziale del numero dei ricorsi. Al paragrafo 11 è infatti affermato che: “los datos estadísticos más recientes sobre entrada de asuntos en nuestros tribunales acreditan que en los últimos tiempos se ha producido una subida exponencial de la litigiosidad. Así, el número de asuntos ingresados en todas las jurisdicciones durante el año 2009 ha tenido un crecimiento cercano al 33% con relación al número de asuntos ingresados 10 años antes”.

di Cassazione ai soli ricorsi che risultino, a giudizio insindacabile del Tribunale Supremo, funzionali all'obiettivo di una definizione, evoluzione e unificazione della giurisprudenza⁸³.

Sarà il Tribunale Supremo ad ammettere le questioni che riterrà meritevoli di una pronuncia, non solo con un margine di valutazione piuttosto ampio, ma con giudizio insindacabile, non essendo ammesso alcun rimedio impugnatorio, a differenza, ad esempio, dell'ordinamento tedesco⁸⁴, ove a criteri puntualmente definiti per l'accesso alla Cassazione è affiancata la sindacabilità della decisione di rifiuto dell'ammissione, adottato in prima istanza dal giudice di merito.

Il secondo profilo di criticità concerne il fine⁸⁵ perseguito da tale Corte Suprema: se la protezione della norma giuridica al fine di preservare l'interesse generale nell'applicazione uniforme dell'ordinamento giuridico (lo *ius constitutionis*), o piuttosto il controllo della legalità delle risoluzioni degli organi giudiziari di merito al fine di tutelare i diritti e gli interessi del ricorrente, (lo *ius litigatoris*), oppure entrambe⁸⁶. Ove questo filtro – come pare essere – sia sbilanciato più verso la tutela del primo che del secondo, occorre domandarsi se il ricorso per cassazione assicuri una tutela giudiziale effettiva.

È necessaria una breve premessa: la funzione di nomofilachia può essere perseguita attraverso due diverse modalità⁸⁷.

La prima è la cd. “nomofilachia pura” e corrisponde all'accezione classica del termine: mira a tutelare la corretta interpretazione della norma e l'uniformità degli indirizzi giurisprudenziali per mantenere l'unità dell'ordinamento. In questa ipotesi è prevalente la tutela dello *ius constitutionis* perché il giudice di cassazione persegue l'interesse pubblico della difesa del diritto oggettivo e della sua unità, decidendo i

⁸³ Sul punto A. MASUCCI, *ult. op. cit.*, p. 727 che richiama J.A. RAZQUIN LIZARRAGA, *El recurso de casación, op. cit.*, p. 169, il quale osserva che il giudice di cassazione “podrà seleccionar lo que considere importante para la formación y uniformidad de la jurisprudencia y acordar la inadmisión en muchos casos mediante una escueta providencia”.

⁸⁴ L'art. 132 della VwGO sancisce che la Revisione è ammessa solamente se: la causa ha una importanza fondamentale; la sentenza diverge da una decisione del Tribunale amministrativo federale o del Senato comune delle più alte Corti della Federazione o del Tribunale costituzionale federale e si basa su tale divergenza; se viene fatto valere e sussiste un vizio procedurale sul quale può basarsi la decisione. In tali ipotesi il Tribunale amministrativo federale è vincolato all'ammissione.

⁸⁵ La dottrina spagnola si è interrogata molto sul fine che il Tribunale Supremo debba perseguire: se privilegiare la protezione dell'ordinamento giuridico attraverso la funzione dell'uniformazione della giurisprudenza o piuttosto garantire tutela al diritto soggettivo della parte o forse concedere entrambi allo stesso tempo. Così M. J. PÉREZ ESTRADA, *La exclusiva función del actual recurso de casación contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, op. cit.*, p. 304, che richiama J. M. ASENSIO MELLADO, *El recurso de casación. Una reflexión sobre sus funciones*, in *Revista General de Derecho Procesal*, n. 37/2015, p. 2, il quale sostiene che si tratti di un dibattito profondo e sostanziale e ritiene che i Tribunali debbano compiere una funzione integrativa del sistema giuridico con un'attività quasi legislativa, che sicuramente influenza la funzione tipica della cassazione originale, ossia la protezione del diritto oggettivo.

⁸⁶ Così M. J. PÉREZ ESTRADA, *La exclusiva función del actual recurso de casación contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, op. cit.*, p. 304.

⁸⁷ Sul punto S. RUSCIANO, *Nomofilachia e ricorso per cassazione*, Torino, 2012, pp. 54 ss. e A. MASUCCI, “El interés casacional objetivo” nel processo amministrativo spagnolo. *Brevi riflessioni sulla recente riforma del ricorso per cassazione nel processo amministrativo spagnolo*, in *Dir. e proc. amm.*, n.1/2017, pp. 49 s.

soli ricorsi la cui definizione può essere rilevante per assicurare l'uniformità degli indirizzi giurisprudenziali.

La seconda accezione è invece maggiormente rivolta alla tutela del diritto soggettivo della parte: attraverso l'individuazione della corretta interpretazione della norma essa persegue l'interesse del litigante ad ottenere una decisione conforme al diritto (*ius litigatoris*).

Il legislatore spagnolo non ha introdotto un canale per sollevare domande interpretative in astratto, ma deve trarre origine da questioni concrete emerse nell'istanza⁸⁸.

L'interesse delle parti alla soluzione della lite in modo conforme al diritto è imprescindibile per la proposizione del ricorso⁸⁹, ma al contempo la finalità dell'interpretazione della norma giuridica in funzione della unità del diritto oggettivo e della uniformità degli indirizzi giurisprudenziali è divenuta preminente rispetto alla tutela dello *ius litigatoris*⁹⁰, essendo filtro per la sua ammissibilità.

L'interesse delle parti è dunque pur sempre il motore di tale rimedio giurisdizionale, dovendo l'interesse cassazionale necessariamente essere ancorato ad una situazione di fatto concretamente verificatesi; così come, all'esito del giudizio, oltre a ristabilire la corretta interpretazione della norma giuridica, il Tribunale Supremo dovrà pronunciarsi sulle pretese dedotte nel processo, dispiegando effetti sulla sentenza impugnata, annullandola in tutto o in parte oppure confermandola (art. 93 LJCA), a differenza di quanto era in precedenza previsto nel "ricorso nell'interesse della legge", ove la sentenza impugnata non veniva in alcun modo lambita dalla pronuncia del Tribunale Supremo. Tuttavia, la tutela dello *ius litigatoris* è solamente indiretta e subordinata alla tutela dello *ius constitutionis*⁹¹: ove questo manchi, il ricorso non viene nemmeno esaminato dal Tribunale Supremo.

Il nuovo filtro di accesso connota il ricorso per cassazione contenzioso-amministrativo in senso oggettivo e porta alla massima espansione l'accezione classica della nomofilachia quale "attività volta a fornire

⁸⁸ Così AATS 21 marzo 2017, RC 308/2016 e 1 giugno 2017, RC 1592/2017.

⁸⁹ Sul punto si è pronunciato il Tribunale Supremo affermando che "*este interés casacional objetivo que constituye la piedra angular del nuevo recurso de casación no desplaza ni sustituye el interés de las partes procesales en obtener la satisfacción de su derecho, ni por ende convierte la casación en un recurso abstracto o puramente dogmático o doctrinal, sino que en cierta medida se superpone a él, complementándolo*" (ATS 31 gennaio 2018, RC 1193/2017).

⁹⁰ Così J. F. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Lo nuevo y lo viejo del recurso de casación contencioso-administrativo: admisibilidad y motivos de impugnación*, op. cit., p. 351, secondo cui "*el recurso de casación abunda en su esencia jurídica, en cuanto recurso extraordinario, pasando de tutelar intereses jurídicos concretos, como objeto básico, a centrarse, más de lleno, en la creación de jurisprudencia y en la unificación de criterios*".

⁹¹ Sul punto F. LÓPEZ MENUDO, *El recurso de casación: jurisprudencia y/o justicia?*, op. cit., p. 25. L'Autore sottolinea che la funzione affidata al Tribunale Supremo di rendere giustizia nel caso concreto (art. 93.1 LJCA) non può essere relegata in secondo piano e che la componente soggettiva di ogni ricorso per cassazione non può essere eclissata. Egli afferma che "*non c'è processo senza ius litigatoris, sebbene non sia la chiave in grado di aprire la sua porta*". Dello stesso avviso anche T. R. FERNÁNDEZ, *Una reflexión necesaria sobre una experiencia todavía corta*, in *Revista de Administración Pública*, 207/2018, p. 124. L'Autore afferma che "*en un Tribunal de Justicia, la justicia del caso no puede perderse nunca de vista, ni contemplarse como un simple subproducto*".

indirizzi interpretativi uniformi per mantenere l'unità dell'ordinamento giuridico, attraverso una sostanziale uniformazione della giurisprudenza⁹², al punto da limitare la cognizione del Tribunale Supremo alle sole controversie che presentino un interesse generale. È lo stesso testo normativo che nel qualificare tale interesse come “oggettivo”, sottolinea che la funzione del Tribunale Supremo deve essere fondamentalmente orientata alla protezione della norma e dell'ordinamento giuridico, lasciando in secondo piano l'interesse cassazionale “soggettivo” delle parti.

Tale specificazione enfatizza la finalità nomofilattica del nuovo ricorso per cassazione⁹³, volto preminentemente alla formazione della giurisprudenza uniforme piuttosto che alla soddisfazione degli interessi delle parti del processo.

2.3. Ricorso per cassazione e tutela giudiziale effettiva

La facoltà attribuita al Tribunale Supremo di selezionare in modo discrezionale quali controversie ammettere al suo esame non sembra essere a prima vista compatibile con la garanzia di una efficace tutela giudiziale da parte dell'organo di vertice⁹⁴, e questo è tanto più evidente nella giurisdizione amministrativa ove esiste un solo grado di giudizio in numerose materie e la Cassazione, sia pure senza assumere ruolo corrispondente ad una seconda istanza, rappresenta una protezione molto qualificata dei diritti e degli interessi⁹⁵. È stato addirittura osservato⁹⁶ che, a seguito della riforma, la Sala del contenzioso amministrativo del Tribunale Supremo non sarebbe più un organo giurisdizionale conforme all'art. 24.1 della Costituzione spagnola⁹⁷, vale a dire garante del diritto alla tutela giudiziale effettiva, bensì volto

⁹² Così A. MASUCCI, *El interés casacional objetivo* nel processo amministrativo spagnolo, *op. cit.*, p. 49. Sul punto cfr. G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sobre la eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y el nuevo recurso de casación “para la formación de jurisprudencia”*, *cit.*. L'Autore afferma che “*el recurso de casación debería objetivarse de manera que debería dejar de ser un instrumento primariamente enfocado a tutela de interés y derechos subjetivos para pasar a ser un recurso fundamentalmente dirigido a la creación de jurisprudencia*”.

⁹³ L'obiettivo della L.O. n. 7/2015 era quello di “*realizar una profunda renovación de la casación para que esta cumpla realmente su finalidad nomofilattica de garantizar la unidad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico y la formación de jurisprudencia uniforme*”. Così J.A. RAZQUIN LIZARRAGA, *El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa tras la Ley Orgánica 7/2015*, *op. cit.*, p. 145.

⁹⁴ Così M. J. PEREZ ESTRADA, *La exclusiva función del actual recurso de casación contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo*, *op. cit.*, p. 322.

⁹⁵ Così R. GOMEZ-FERRER RINCON, *Recurso de casación y unidad del ordenamiento jurídico*, in R.A.P., n. 174/2007, pp. 635 s.

⁹⁶ S. SOLDEVILA FRAGOSO, *Las paradojas de la nueva casación*, in *Actualidad Administrativa*, n. 10/2016, p. 11.

⁹⁷ Il primo comma dell'art. 24 della Costituzione dispone che “*tutte le persone hanno il diritto di ottenere tutela effettiva dai giudici e dai tribunali nell'esercizio dei loro diritti e interessi legittimi senza che, in nessun caso, possa verificarsi la mancanza di difesa*”.

unicamente a garantire la sicurezza giuridica ed il valore astratto della giurisprudenza (art. 9.3 della Costituzione⁹⁸).

Va rammentato che sull'eccessiva rigidità nell'interpretazione dei requisiti di ammissione del ricorso per cassazione da parte del Tribunale Supremo si era pronunciata prima della riforma del 2015 in più occasioni la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁹⁹, rilevando la violazione dell'art. 6, par. 1, della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo che, come è noto, tutela il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale. La CtEDU non ritiene possibile un apprezzamento astratto dell'interesse cassazionale oggettivo e indipendente dai fatti allegati nel ricorso; il Tribunale Supremo dovrebbe esaminare il caso concreto al momento dell'applicazione del concetto indeterminato dell'interesse cassazionale al fine di evitare criteri di automaticità nell'inammissibilità del ricorso per cassazione.

È bene fare alcune precisazioni sul contenuto del diritto alla tutela giudiziale effettiva secondo la giurisprudenza costituzionale spagnola.

In un primo momento si riteneva tale diritto fondamentale esteso alla totalità dei rimedi giurisdizionali, tanto a quelli iniziali che aprono l'accesso alla giustizia, quanto ai successivi gradi di giudizio (*recursos interlocutorios o de apelación, casación o revisión*). A questo proposito il Tribunale costituzionale aveva affermato che il diritto sancito dall'art. 24 della Costituzione imponeva un "obbligo di interpretare la sua regolamentazione nel senso più favorevole per la sua efficacia"¹⁰⁰, insistendo che "l'obiettivo finale prioritario è l'ottenere una risoluzione sostanziale"¹⁰¹. Pertanto, riteneva che il diritto alla tutela giudiziale non potesse essere compromesso o ostacolato dall'imposizione di formalismi eccessivi o che richiedevano interpretazioni che potessero sfociare in incertezza e imprevedibilità¹⁰².

Nel 1995 il Tribunale costituzionale ha inaspettatamente mutato orientamento¹⁰³. A partire dalla sentenza n. 37 del 7 febbraio, ha stabilito una distinzione tra il diritto di accesso alla giurisdizione, inteso come presentazione iniziale della controversia dinanzi ad un giudice o un Tribunale, pienamente garantito

⁹⁸ Il terzo comma dell'art. 9 della Costituzione sancisce che "la Costituzione garantisce il principio di legalità, la gerarchia normativa, la pubblicità delle norme, la irretroattività delle disposizioni sanzionatorie sfavorevoli o restrittive dei diritti soggettivi, la sicurezza giuridica, la responsabilità e il divieto dell'arbitrio dei pubblici poteri".

⁹⁹ Se ne segnalano alcuni. La sentenza CtEDU, 28 ottobre 2003, n. 3557/1998, *Stone Court Shipping Company, S.A. contra España* ha evidenziato che in nessun caso la limitazione dell'ammissibilità del ricorso può impedire il diritto di accesso al tribunale. Nella successiva sentenza CEDU, 9 novembre 2004, *Sáez Maeso contra España*, n. 77837/2001 è stato stabilito che la legislazione processuale o la sua applicazione non deve impedire ai cittadini la proposizione dei mezzi di ricorso disponibili.

¹⁰⁰ STC (*Sentencia del Tribunal Constitucional*) 8 ottobre 1985.

¹⁰¹ Tra le altre, STC 14 marzo 1983, 10 maggio e 11 giugno 1984.

¹⁰² Così SSTC 11 giugno 1984, n.69 e 23 maggio 1985, n. 65.

¹⁰³ Si segnalano, tra le altre, SSTC 7 febbraio 1995 n. 37; 1 luglio 1997, n. 125; 10 ottobre 2005, n. 248; 24 ottobre 2005, n. 265; 3 aprile 2006, n. 105; 11 settembre 2006, n. 265; 12 febbraio 2007, n. 16; 10 dicembre 2007, n. 246; 26 gennaio 2009, n. 27; 11 maggio 2015, n. 90.

dall'articolo 24 della Costituzione, e il diritto di accesso ai ricorsi ordinari e straordinari proponibili avverso una decisione giudiziale, ritenendoli di configurazione legale e dunque solo in modo attenuato coperti dalla garanzia dell'art. 24 Cost.¹⁰⁴.

Sebbene tale diritto fondamentale non comprenda il diritto a disporre di determinati mezzi di impugnazione, ed in particolare il diritto alla doppia istanza, come affermato dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalla sentenza n. 125 del 1997, il legislatore può organizzare il sistema di impugnazioni che ritiene più opportuno. Una volta disciplinato un determinato rimedio giurisdizionale, il diritto di disporre dello stesso diventa parte del diritto fondamentale alla tutela giudiziaria effettiva¹⁰⁵.

La predisposizione delle norme processuali del ricorso spetta dunque al legislatore: potrà scegliere se creare oppure no un ricorso per cassazione in ogni ordine giurisdizionale ed i relativi requisiti di ammissione, anche particolarmente stringenti. Va da sé che tali scelte incideranno sul diritto di accesso al ricorso e, di conseguenza, sulla tutela giudiziale effettiva.

Altra è la questione se la legge possa regolare un ricorso giurisdizionale la cui ammissione dipenda da una valutazione discrezionale dell'organo giurisdizionale e dunque non prevedibile. Con l'eccezione del primo grado di giudizio, pienamente garantito dall'art. 24.1 CE che esige prevedibilità e certezza nei requisiti di ammissione, un sistema di ammissione parzialmente discrezionale, come quello attualmente disciplinato dall'art. 88.1 LJCA, non si pone in contrasto con il diritto fondamentale alla tutela giudiziale effettiva¹⁰⁶, proprio perché, non essendo costituzionalmente garantita l'esistenza del ricorso per cassazione contenzioso-amministrativo, non può essere costituzionalmente illegittima la previsione legislativa di un sistema di ammissione puramente o parzialmente discrezionale¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Così E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003, Stone Court Shipping Company, S.A. c/ España, y las prácticas judiciales españolas para inadmitir recursos: una censura expresa a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. Necesidad de una rectificación radical de las posiciones restrictivas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en cuanto al ámbito del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, in *Revista de Administración Pública*, n. 163/2004, pp. 173 s.

¹⁰⁵ STC 20 maggio 2002, n. 115, FJ 5.

¹⁰⁶ Sul punto si è pronunciata la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella sentenza *Arribas Antòn* del 20 gennaio 2015. Con riferimento ad una questione di inammissibilità di un ricorso di *amparo*, la CtEDU, ha ritenuto necessario che le cause di ammissione siano prevedibili per i ricorrenti, sia perché disciplinate dal legislatore, sia perché oggetto di consolidati orientamenti giurisprudenziali. In questo senso, la CtEDU valuta positivamente lo sforzo della Corte costituzionale di offrire criteri o linee guida sulla sussistenza della "speciale trascendenza costituzionale" di un ricorso di *amparo*. Ciò si può applicare analogicamente alla cassazione contenzioso-amministrativa spagnola: sebbene l'ammissione fondata sull'apprezzamento discrezionale dell'interesse cassazionale oggettivo sia conforme all'art. 24.1 CE (e all'art. 6.1 CEDU), è necessario un catalogo di criteri prevedibili, che siano legali o giurisprudenziali ed è necessaria una motivazione del Tribunale Supremo che faccia riferimento alle circostanze di cui all'art. 88.2 LJCA.

¹⁰⁷ Così F. VELASCO CABALLERO, *Casación contencioso-administrativa y constitución*, op. cit., pp. 140 s. Sul punto si è pronunciata la sentenza STS (*Sentencia del Tribunal Supremo*) 8 luglio 2010, RC 4146/2007 e, più di recente, con la pronuncia ATS 25 giugno 2018, RQ 236/2018, affermando che non esiste nella costituzione alcuna norma o

La sentenza del Tribunale costituzionale n. 287 del 2006 ha sottolineato che l'interpretazione, l'applicazione delle norme procedurali e la verifica del concorso dei presupposti che condizionano l'ammissione dei ricorsi sono, in linea di principio, questioni di legalità ordinaria la cui conoscenza spetta esclusivamente ai Giudici e ai Tribunali ordinari. Il legislatore può dunque delineare il sistema delle impugnazioni scegliendo i criteri che ritiene più opportuni; spetterà poi agli organi giudiziari verificare l'esistenza dei presupposti di ammissibilità in applicazione delle norme che li disciplinano¹⁰⁸.

Il sistema dell'accesso alla cassazione contenzioso-amministrativa delineata dal legislatore nel 2015 non sembra dunque porsi in contrasto con il diritto alla tutela giudiziale effettiva sancito nell'art. 24.1 CE nel caso in cui l'inammissibilità di un ricorso pronunciata dal Tribunale Supremo sia fondata su un presupposto disciplinato dalla legge e sia sufficientemente motivata¹⁰⁹, sempre che non costituisca una decisione arbitraria, illogica o irrazionale. Del resto, secondo orientamento costante della giurisprudenza costituzionale il diritto di accesso ai ricorsi è un diritto di configurazione legale che ha quale elemento essenziale quello di ottenere dall'organo giurisdizionale una risoluzione sulla fondatezza delle pretese; tale diritto sarà ugualmente soddisfatto con una decisione di inammissibilità, per ragioni formali o materiali, sempre che sia motivata e fondata sull'esistenza di un motivo disciplinato dalla legge che sia stato applicato ragionevolmente¹¹⁰.

Occorre allora soffermarsi sul regime delle motivazioni dei provvedimenti del Tribunale Supremo.

Come già osservato, l'ammissione di un ricorso è espressa con *auto*, provvedimento che deve sempre essere motivato. L'inammissibilità invece è generalmente pronunciata con *providencia* (con l'eccezione dei presupposti tassativi previsti dagli artt. 88.3 e 89.5, nel cui caso è adottato con *auto*), con la speciale forma di motivazione imposta dall'art. 90.4 LJCA.

Nessun problema si pone se la decisione di inammissibilità è adottata con *auto*, poiché deve contenere la motivazione di cui all'articolo 248.2¹¹¹ della *Ley Organica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (LOPJ).

Potrebbero invece sollevarsi criticità nel caso in cui tale decisione sia presa con *providencia* nelle circostanze di cui all'art. 88, comma 2, LJCA, poiché non sembra essere sufficientemente soddisfatta la necessità di

principio che imponga la necessità di una doppia istanza o di determinati ricorsi, essendo possibile in astratto la loro inesistenza oppure condizionare la loro ammissibilità al soddisfacimento di determinati requisiti.

¹⁰⁸ Sul punto, il Tribunale Supremo ha affermato che “*la inadmisión de los recursos de forma motivada, con base en la aplicación de una causa legal y en la interpretación de las normas procesales que las regulan, constituye una función jurisdiccional de exclusiva competencia de los Jueces y Tribunales, que sólo trasciende al plano constitucional cuando el Tribunal incurra en error patente, arbitrariedad o en manifiesta irracionalidad*”. (ATS 24 ottobre 2018, RQ 305/2018).

¹⁰⁹ J.F. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Lo nuevo y lo viejo del recurso de casación contencioso-administrativo: admisibilidad y motivos de impugnación*, op. cit., p. 340. Sul punto anche SSTC 19 giugno 2006 n. 182 e 28 marzo 2011 n.35.

¹¹⁰ Così SSTC 19 giugno 2006, n. 182 e 28 marzo 2011, n. 35.

¹¹¹ “*Los autos serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por último, la parte dispositiva. Serán firmados por el Juez, Magistrado o Magistrados que los dicten*”.

argomentazione¹¹², potendo il Tribunale Supremo limitarsi ad indicare che il ricorso sia incorso in una delle circostanze di cui all'art. 90, comma 4, LJCA (le prime tre sono riferite a requisiti processuali oggettivi e la quarta alla “carenza nel ricorso dell’interesse cassazionale oggettivo alla formazione della giurisprudenza”).

Secondo quanto disposto dall'art. 248.1 LOPJ¹¹³, la motivazione delle *providencias* non è obbligatoria, ma secondo giurisprudenza costituzionale costante¹¹⁴, il provvedimento con cui l'organo giurisdizionale esprime una opzione decisoria deve essere motivata.

Il legislatore non ha fornito indicazioni precise circa il grado di motivazione della mancanza dell’interesse cassazionale: la LJCA ha dunque rimesso alla Sezione Prima della Terza Sala una certa discrezionalità sul punto: potrebbe limitarsi ad indicarne la carenza, o argomentare le ragioni concrete da cui deduce l'assenza di tale interesse, sino a spingersi in motivazioni più dettagliate.

Astrattamente la motivazione per mero richiamo alla mancanza di interesse cassazionale oggettivo è conforme all'art. 24.1 Cost.: non si tratterebbe di una violazione del diritto alla tutela effettiva sotto il profilo del diritto alla motivazione delle risoluzioni giudiziarie, poiché la volontà della legge è rispettata con il mero riferimento ad una delle circostanze disciplinate¹¹⁵. Tuttavia, sarebbe auspicabile che il Tribunale Supremo si limitasse alla mera indicazione solo nel caso in cui l’interesse sia manifestamente inesistente dedicando agli altri casi una motivazione più specifica, soprattutto tenendo conto che la risoluzione di inammissibilità potrà essere oggetto di ricorso di *amparo* che, per ritenere l'applicazione arbitraria, erronea o irragionevole di un motivo di ammissione, dovrà cogliere dalla motivazione del Tribunale Supremo una “speciale trascendenza costituzionale” e una lesione del diritto fondamentale di accesso al ricorso per cassazione. Tale valutazione sarà molto più difficile se basata solo sulla mera affermazione di carenza dell’interesse cassazionale oggettivo, un po’ più agevole nel caso in cui il Tribunale Supremo abbia almeno indicato con riferimento a quale circostanza allegata dal ricorrente nell’*escrito de preparacion* non ha ritenuto sussistente l’interesse cassazionale oggettivo alla formazione della giurisprudenza.

¹¹² Per questo motivo tutte le risoluzioni, di ammissibilità o inammissibilità, dovrebbero essere adottate nella forma dell’*auto*, succintamente motivato, con l’indicazione dell’oggetto del contenzioso e la questione giuridica che questo solleva e se tale ricorso offre oppure no un interesse sufficiente a giustificare una sentenza del Tribunale Supremo. Così J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La orientación legal acerca del interés casacional: excesos y defectos del artículo 88, op. cit.*, p. 47.

¹¹³ “La fórmula de las providencias se limitará a la determinación de lo mandado y del Juez o Tribunal que las disponga, sin más fundamento ni adiciones que la fecha en que se acuerden, la firma o rúbrica del Juez o Presidente y la firma del Secretario. No obstante, podrán ser sucintamente motivadas sin sujeción a requisito alguno cuando se estime conveniente”.

¹¹⁴ Si richiama, tra le altre, la STC 11 dicembre 2000, n. 301, FFJJ 4 e 5.

¹¹⁵ J. A. DOMÍNGUEZ LUIS, *El Tribunal Supremo, cit.*, p. 633 ss.

Se dunque il nuovo ricorso per cassazione contenzioso-amministrativo è maggiormente sbilanciato verso la tutela dello *ius constitutionis* rispetto a quella dello *ius litigatoris*, tuttavia ciò non si pone in contrasto con il diritto fondamentale alla tutela giudiziale effettiva sancito nell'art. 24 Cost.

3. Considerazioni conclusive

Oggetto delle considerazioni sin qui svolte sono due sistemi giuridici decisamente diversi, l'uno caratterizzato dalla pluralità di giurisdizioni e l'altro dall'unità della giurisdizione.

Nel nostro ordinamento la funzione nomofilattica è attribuita al Consiglio di Stato, “custode delle leggi” della giustizia amministrativa e, come è noto, il ricorso per cassazione avverso le sue pronunce è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione (art. 111.7 Cost). Più che di un filtro all'accesso alla cassazione si tratta di un vero e proprio limite, costituzionale, che attribuisce alla Corte di Cassazione italiana una funzione nomofilattica se così si può dire “esterna”, avente ad oggetto appunto il solo riparto della giurisdizione, e non “interna”.

Del resto, se così non fosse, sarebbe la Cassazione il detentore della funzione nomofilattica anche nella giustizia amministrativa, così minando il principio della pluralità delle giurisdizioni. È vero che questo limite è stato in più occasioni superato dalla Cassazione attraverso un'interpretazione evolutiva dei “motivi inerenti alla giurisdizione”, finendo con il prevaricare talvolta la nomofilachia del Consiglio di Stato, tuttavia questa prassi si può dire oggi arginata con l'intervento della richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018.

Anche se l'organo responsabile dell'uniformità della giurisprudenza amministrativa è il Consiglio di Stato e non la Corte di Cassazione, l'esperienza spagnola fornisce spunti di riflessione sulla portata della funzione nomofilattica in generale e sull'opportunità dell'introduzione di un “filtro” di ammissibilità per meglio garantirla.

Ulteriore differenza tra i due sistemi concerne il ruolo e le funzioni “ordinarie” dell'organo nomofilattico. L'esperienza italiana è caratterizzata dalla commistione nel Consiglio di Stato delle due funzioni di giudice di seconda istanza e giudice nomofilattico.

Come è noto, tale ultima funzione è svolta quando, a partire dall'esame del caso concreto, una sezione o il Presidente, su richiesta delle parti o d'ufficio, nel rilevare un contrasto giurisprudenziale attuale o potenziale o una questione di massima di particolare importanza, deferiscono la questione all'Adunanza Plenaria che, nell'enunciare un principio di diritto, orienterà le future decisioni dei giudici e conferirà continuità all'orientamento interpretativo. Vi è dunque un tendenziale equilibrio tra lo *ius litigatoris* e lo *ius constitutionis*: la finalità del perseguimento dell'uniformità della giurisprudenza è perseguita attraverso la decisione del caso concreto.

Non si può dire altrettanto per il Tribunale Supremo spagnolo che non è giudice di seconda (o terza) istanza, non è giudice del fatto e non persegue con la stessa intensità la tutela dell'uno e dell'altro diritto fondamentale.

Non vi è dubbio che il legislatore spagnolo abbia portato alla massima espansione la nozione di nomofilachia, oggettivandola sino a farla diventare fine preminente dell'attività del Tribunale Supremo¹¹⁶, seppure non estraniandola del tutto dalla funzione di assicurare la giustizia nel caso concreto, dovendo il ricorso nascere da un interesse proprio delle parti e, per così dire, terminare con una pronuncia sul caso concreto.

Con l'introduzione del criterio dell'"interesse cassazionale oggettivo alla formazione della giurisprudenza", il legislatore spagnolo ha istituito una funzione nomofilattica "preventiva" in occasione della presentazione del ricorso, ritenendo la sua ammissibilità subordinata (a giudizio insindacabile del Tribunale Supremo) alla meritevolezza di una pronuncia del Supremo Consesso in relazione all'obiettivo della evoluzione ed unificazione della giurisprudenza.

Quindi, non solo il Tribunale Supremo svolge la funzione di nomofilachia - come del resto tutte le Corti Supreme che perseguono tale fine - nel momento della decisione del ricorso, ma la capacità del ricorso di stimolare la stessa funzione nomofilattica diventa elemento imprescindibile per accedere al Tribunale Supremo e la sua valutazione diventa in qualche modo una anticipazione della funzione che andrà successivamente a svolgere.

Il legislatore del 2015 ha attribuito, per così dire, ad un "guardiano" (la Prima Sezione della Sala del contenzioso-amministrativo del Tribunale Supremo) il potere preliminare di valutare se una determinata controversia abbia probabilità di suscitare una pronuncia del Tribunale in funzione nomofilattica. Questo ad esempio perché non esiste giurisprudenza sul punto, o perché essa è contrastante, oppure in tutte le altre circostanze e presunzioni indicate nell'art. 88 della LJCA. Solo se il "guardiano" riterrà meritevole di tutela in prospettiva nomofilattica quel ricorso, aprirà le porte del Tribunale Supremo; altrimenti la controversia si arresterà alla precedente risoluzione giurisprudenziale. E questo a prescindere dalle irregolarità della sentenza impugnata, formali o sostanziali, dal momento che il Tribunale Supremo conoscerà solo dei ricorsi che, per rilevanza giuridica, economico o sociale, siano meritevoli di sua pronuncia.

¹¹⁶ Tale fine è espressamente indicato nel preambolo n. XII della legge n. 7/2015, che sancisce: *"la ley opta por reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho. (...) Con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica"*.

Se è vero che il Tribunale Supremo gode di ampia discrezionalità nell'identificare quale controversia potrebbe assumere interesse ad essere valutata ai fini della formazione della giurisprudenza, è pur vero che il legislatore spagnolo ha cercato di rendere questo “filtro” il più garantista possibile.

Innanzitutto, prevedendo una serie di circostanze e presunzioni dalla cui presenza dedurre tale interesse. L'aver optato per un elenco “aperto” e non esaustivo non necessariamente conferisce maggiore discrezionalità al Tribunale Supremo, ma, anzi, la possibilità di spaziare oltre le ipotesi individuate dal legislatore potrebbe andare a vantaggio del ricorrente ampliando sensibilmente la possibilità di ricorso al Supremo Consesso spagnolo.

In secondo luogo, la scelta del “guardiano” appare oculata: la sezione cosiddetta “filtro”, la Prima della Terza Sala del Tribunale Supremo, è composta da almeno un magistrato per ogni sezione, dalla seconda alla quinta, per garantire la più ampia partecipazione possibile dei componenti della Sala del contenzioso-amministrativo e arricchire l'apporto di esperienze nel rilevare l'interesse cassazionale oggettivo alla formazione della giurisprudenza in ciascun blocco di materie attribuite alle singole sezioni.

È significativo che la composizione mista sia stata espressamente disciplinata dalla legge, quasi a voler temperare la preminenza dello *ius constitutionis* con la garanzia di una decisione maggiormente ponderata e condivisa tra i rappresentanti di ciascuna sezione.

Anche in questa prospettiva si coglie una differenza con il nostro organo nomofilattico, composto dal “Presidente del Consiglio di Stato che la presiede e da dodici magistrati del Consiglio di Stato, assegnati alle sezioni giurisdizionali” (art. 6, comma 3 c.p.a.), senza ulteriori specificazioni, al contrario della disciplina previgente¹¹⁷ che imponeva la partecipazione paritaria tra i componenti delle sezioni giurisdizionali.

In terzo luogo, la pubblicazione, con cadenza semestrale, sul sito web del Potere Giudiziario spagnolo dell'elenco dei ricorsi per cassazione ammessi con l'indicazione concisa della norma o delle norme che saranno oggetto di interpretazione, come disciplinato dall'art. 90.7 LJCA, rende gli indirizzi selettivi del Tribunale Supremo trasparenti.

Lo *ius litigatoris*, seppur motore senza il quale questo meccanismo non potrebbe mai essere azionato, inevitabilmente assume una posizione secondaria rispetto allo *ius constitutionis*, che diventa espressamente filtro di accesso al ricorso per cassazione contenzioso-amministrativo. Appare evidente che il ricorso in cassazione così riformato sia finalizzato alla formazione della giurisprudenza e faciliti la sua unificazione, potenziando dunque la funzione nomofilattica del Tribunale Supremo. Questo, potrebbe dirsi, a scapito della tutela degli interessi delle parti e nella prospettiva di un sistema riservato a chi è portatore di tale

¹¹⁷ Art. 5 della legge 27 aprile 1982 n. 186, espressamente abrogato dall'art. 4, comma 1, n. 13, dell'allegato 4 al D.lgs. 2 luglio 2010 n. 104.

interesse. Infatti, la soluzione del caso concreto è rilevante e quindi il ricorso ammissibile, solamente se si riscontra un “interesse cassazionale oggettivo”, ossia se la soluzione della controversia appare utile alla formazione ed evoluzione della giurisprudenza. Nonostante ciò, non esistendo in Spagna un diritto costituzionalmente garantito alla doppia istanza, questo sistema non si pone in contrasto con il diritto alla tutela giudiziale effettiva.

Quanto sopra non solo non ha paragoni nel panorama italiano, ma l’Adunanza Plenaria ha la facoltà, disciplinata nel comma quinto dell’art. 99 c.p.a., di enunciare il principio di diritto nell’interesse della legge (e dunque, svolgere funzione nomofilattica) anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile ovvero l’estinzione del giudizio.

Se in Spagna la nomofilachia diventa essa stessa il filtro per l’ammissibilità all’esercizio della funzione nomofilattica, in Italia, al contrario, l’Adunanza Plenaria può svolgere tale funzione nonostante l’inammissibilità del ricorso.

L’esperienza spagnola potrebbe indurre a riflettere sull’opportunità dell’introduzione di un filtro all’accesso all’Adunanza Plenaria, per ridurre il carico di lavoro e consentire di meglio adempiere la funzione nomofilattica portando all’attenzione dell’organo solamente i contrasti giurisprudenziali attuali o potenziali e le questioni di massima di particolare importanza che possano effettivamente pregiudicare la certezza del diritto¹¹⁸.

La obiettiva differenza tra i due sistemi induce a ragionare con cautela.

Il Consiglio di Stato è giudice anche di merito, e il ricorso all’Adunanza Plenaria non costituisce un mezzo di impugnazione autonomo, ma si inserisce nel processo proposto innanzi al Consiglio di Stato.

L’introduzione di un filtro simile a quello spagnolo potrebbe risolvere in primo luogo le criticità connesse alla convivenza delle due anime del Consiglio di Stato, ove talvolta la funzione di giudice di secondo grado prevarica quella nomofilattica, sacrificando l’interesse pubblico alla corretta interpretazione e applicazione della legge. In secondo luogo, potrebbe decisamente rafforzare il vincolo del precedente, anche se ciò vorrebbe dire minare pericolosamente il doppio grado di giudizio con un *vulnus* alla tutela giudiziale effettiva.

A ben vedere, un tentativo analogo, seppur più sfumato rispetto all’ordinamento spagnolo, è stato effettuato dall’art. 47 della legge 18 giugno 2009 n. 69 che, come è noto, nell’introdurre l’art. 360 bis c.p.c.¹¹⁹ ha sostanzialmente creato un filtro all’accesso alla Corte di Cassazione disponendo

¹¹⁸ Così S. OGGIANU, *Il ruolo dell’Adunanza Plenaria nella riforma del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 2/2010, p. 866.

¹¹⁹ Sul punto, tra gli altri, P. BERTOLLINI, *Il “filtro” con funzione nomofilattica ex art. 360 bis, n. 1, c.p.c. tra “inammissibilità” e “manifesta infondatezza” del ricorso*, in *Corriere giuridico*, n.1/2017, pp. 90-99; M. FORNACIARI, *L’inammissibilità del ricorso per Cassazione ex art. 360 bis. c.p.c.*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n.2/2013, pp.

l'inammissibilità del ricorso “quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo uniforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa”.

Se anche si decidesse astrattamente di introdurre un filtro, molte sarebbero le scelte da fare per la sua regolazione: l'individuazione dei criteri, del soggetto cui attribuirne l'applicazione nonché l'eventualità di rimedi¹²⁰. Potrebbe optarsi per criteri quantitativi o per materia, oppure, sull'esempio spagnolo, per la vocazione “superindividuale” del ricorso proposto, o per l'idoneità della controversia a sollevare questioni che favoriscano l'evoluzione del diritto. Il soggetto incaricato di selezionare i ricorsi potrebbe essere il giudice *a quo* che ha emesso la sentenza o il giudice *ad quem* che conoscerà del ricorso ammesso o ancora una combinazione tra le due opzioni senza il vincolo del giudice *ad quem* alla valutazione effettuata dal giudice *a quo*. Considerazioni potrebbero poi svolgersi sull'opportunità di introdurre un rimedio contro la valutazione di inammissibilità di un ricorso, che renderebbe tuttavia vana l'essenza del filtro.

È possibile osservare, sempre in prospettiva comparata, che mentre in Spagna si è voluta potenziare la funzione nomofilattica del Tribunale Supremo attraverso l'introduzione di un filtro al suo accesso, tale obiettivo era stato già realizzato in Italia in diverso modo, senza che fosse necessario all'epoca – e forse tutt'ora - dover ricorrere a questo strumento.

A partire dal 2006, come è noto, è stato introdotto un vincolo (quanto meno procedurale) per le sezioni semplici della Corte di Cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte dei conti alle pronunce, rispettivamente, delle Sezioni Unite, dell'Adunanza Plenaria e delle Sezioni Riunite. Per quanto qui interessa, l'art. 99, comma 3, c.p.a. ha imposto alle sezioni semplici del Consiglio di Stato di rimettere con ordinanza motivata la decisione del ricorso all'Adunanza Plenaria, qualora ritengano di non condividere il principio di diritto enunciato da quest'ultima. Non solo: ulteriore rafforzamento di tale funzione si è avuto con la già citata possibilità per la Plenaria di pronunciare il principio di diritto nel solo interesse della legge.

Se l'obiettivo del potenziamento della funzione nomofilattica è stato il medesimo nelle recenti riforme legislative italiane e spagnole, diversi sono stati dunque gli strumenti per realizzarlo.

645-675; C. CONSOLO, *Dal filtro in Cassazione ad un temperato "stare decisis": la prima ordinanza sull'art. 360-bis*, in *Corriere giuridico*, n.11/2010, pp. 1405-1409

¹²⁰ Sulle criticità connesse all'introduzione di un filtro, seppur in Cassazione e con riferimento alla giurisdizione civile, si veda S. DALLA BONTÀ, *Limiti e filtri nei mezzi di impugnazione (II). Sull'accesso all'organo di vertice della giustizia civile*, in *Il giusto processo civile*, 2017, pp. 447-489.

Qualche riflessione può ancora essere svolta sull'inciso "formazione della giurisprudenza" quale fine che deve avere il ricorso per essere ammesso all'esame del Tribunale Supremo.

La legge n. 7/2015 riconosce dunque alle pronunce del Supremo Consesso spagnolo il valore di formante giurisprudenziale nel porre un principio di diritto in materie ancora non lambite da precedenti decisioni giurisdizionali, o nel risolvere contrasti giurisprudenziali o, ancora, nell'esaminare questioni già affrontate da prospettive diverse. Il custode delle leggi spagnolo attraverso le sue decisioni contribuisce alla formazione della giurisprudenza, assumendo le sue pronunce quasi un valore normativo¹²¹.

La questione è controversa nel nostro ordinamento: parte della dottrina sostiene che il concetto di "nomofilachia" abbia inglobato quello che tradizionalmente era il suo contrario, la "nomotesia": dalla difesa delle norme, alla loro integrazione e addirittura creazione, con l'assunzione di un ruolo normativo o para-normativo¹²². La giurisprudenza quale fonte del diritto è principio consolidato anche nelle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione Europea. L'art. 19 del Trattato sull'Unione Europea attribuisce alla Corte di giustizia il compito di interpretare il diritto dell'Unione europea e di assicurarne l'uniforme interpretazione all'interno dell'ordinamento europeo e all'interno degli ordinamenti degli Stati membri, ma non è presente nei trattati una norma che conferisca esplicitamente alla Corte di giustizia il potere di creare il diritto europeo attraverso l'emaneazione delle proprie sentenze. Nonostante ciò, è indubbio che la Corte di giustizia eserciti un'importante funzione creativa della giurisprudenza che si è attribuita *ab origine*, non solo attraverso l'interpretazione del diritto europeo, ma con l'affermazione di principi generali dell'ordinamento europeo non contemplati dai Trattati.

Si tratta dunque di un sistema che va oltre la nomofilachia¹²³, poiché la Corte non solo attraverso le sue sentenze applica ed interpreta il diritto con valore vincolante, ma pone essa stessa il diritto. Il potere del Tribunale Supremo spagnolo di "formare la giurisprudenza", seppur con una forzatura, potrebbe dunque essere paragonato a quello della Corte di Giustizia, con la differenza che è lo stesso il giudice sovranazionale ad attribuirsi *de facto* il potere di integrare e creare il diritto dell'Unione Europea, in via pretoria dunque, mentre nell'ordinamento spagnolo è il legislatore che riconosce al giudice custode delle leggi tale potere.

¹²¹ Sul carattere normativo della giurisprudenza spagnola, J. A. TARDÍO PATO, *La retroactividad de la jurisprudencia como peligro para la seguridad jurídica y la confianza legítima*, op. cit., pp. 143 ss.

¹²² Sul punto M. MENGOZZI, *Normatività delle decisioni giudiziarie: nomofilachia e Costituzione*, in *Osservatorio costituzionale*, 2015.

¹²³ Nomofilachia della Corte di giustizia che, peraltro, crea punti di rottura con quella del Consiglio di Stato. In dottrina S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme*, Napoli, 2011; id., *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *ius-publicum*, 2015; S. SPUNTARELLI, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alle CGUE nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 3/2018, pp. 985 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali*, in *federalismi.it*, n. 19/2017.