GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

Rinvio pregiudiziale ex art 363-*bis* c.p.c. e giudice amministrativo

Nota a Cass., SS. UU., 20 febbraio 2026, n. 3868

di **Marco Mazzamuto**

Brevi rilievi critici sulla statuita ammissibilità del rinvio pregiudiziale ex art. 363-*bis* c.p.c. da parte del giudice amministrativo

16 aprile 2026

Sommario: 1. **La questione e i precedenti** – 2. **La pronuncia in commento: l'applicazione diretta dell'art. 363-bis c.p.c. al giudice amministrativo** – 3. **Dubbi di costituzionalità per violazione della legge delega (o subordinatamente per genericità di quest'ultima)** – 4. **Profili sistematici** – 5. **Breve conclusione**

1. La questione e i precedenti

La questione è ormai nota. Si tratta di vagliare se il rinvio pregiudiziale ex art. 363-*bis* alla Cassazione possa essere esperito dal giudice amministrativo, pur limitatamente, nel rispetto dell'art. 111, u.c., cost., ai motivi di giurisdizione.

La Cassazione si era espressa già favorevolmente riguardo ai giudici tributari (Cass., SS.UU., n. 34851/2023). Riproposta la stessa questione per i giudici amministrativi, in sede *prima facie* di filtro presidenziale di ammissibilità (Primo Presidente, assegnazione del 6 maggio 2025), si era ritenuto parimenti, e ciò non tanto in ragione di una diretta riconducibilità del giudice amministrativo al "giudice di merito" di cui all'art. 363-*bis*, argomento lasciato in penombra e non sviluppato, quanto piuttosto in ragione dell'asserita efficienza, nel caso di specie, del rinvio esterno alla disciplina processualcivilistica contenuto nel codice del processo amministrativo.

A questo orientamento, prima della pronuncia oggi in commento, si erano *medio tempore* sollevate da parte di scrive svariate obiezioni. In estrema sintesi: la diretta applicabilità dell'art. 363-*bis* al giudice amministrativo sarebbe in contrasto con la legge delega; il rinvio esterno non sarebbe configurabile perché in contrasto col principio della *Kompetenz Kompetenz* cui è informato il codice del processo amministrativo; anzi, sempre alla luce di tale principio, derogabile solo con apposite previsioni espresse, sarebbe discutibile l'esperibilità del rinvio per le questioni di giurisdizione da parte dello stesso giudice civile, stante la genericità dell'art. 363-bis (si rimanda *funditus* a M. Mazzamuto, *Per l'inammissibilità del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 363-bis c.p.c. da parte del giudice amministrativo (a margine di Tar Liguria, sez. II, ord. 28 febbraio 2025 n. 230 e di Cass., Primo Presidente, assegnazione del 6 maggio 2025)*, in *giustamm.it*, 14 Gennaio 2026).

2. La pronuncia in commento: l'applicazione diretta dell'art. 363-bis c.p.c. al giudice amministrativo

La pronuncia in commento (Cass., SS. UU., 20 febbraio 2026, n. 3868) risolve la questione nel senso dell'ammissibilità del rinvio.

Non si scrutina l'assunto più radicale che mette in discussione l'esperibilità *tout court* del rinvio per le questioni di giurisdizione, dunque anche da parte del giudice civile, ma significativamente, per il giudice amministrativo, non è questa volta l'efficienza del rinvio esterno a mettersi in campo, anzi si evita di riprendere il punto e con esso l'irto ostacolo del principio della *Kompetenz Kompetenz*, puntando invece, in modo assorbente, alla "diretta" applicabilità dell'art. 363-*bis* al giudice amministrativo, all'argomento cioè nei precedenti messo del tutto in secondo piano.

Questa per puntualità e facilità di analisi la motivazione:

> «1.2.1.1. – l'interpretazione secondo cui anche il giudice amministrativo è legittimato a disporre il rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c. su questioni attinenti alla giurisdizione non appare contrastare con il criterio dettato dall'art. 1, comma 9, lettera g), della legge di delega 26 novembre 2021, n. 206, pur volta "al riassetto formale e sostanziale del processo civile, mediante novelle al codice di procedura civile e alle leggi processuali speciali, in funzione di obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile".
>
> Ove il rinvio pregiudiziale verte, come nel caso in esame, su questione inerente alla giurisdizione, con riferimento al riparto fra giudice ordinario e giudice amministrativo, l'interpretazione dell'art. 363-bis, comma primo, c.p.c. nel senso che sia consentito di rendersi rimettente altresì al giudice amministrativo costituisce un coerente sviluppo e un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante con la norma innanzi richiamata, che determinava l'oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla legge di delegazione con riguardo alla "possibilità per il giudice di merito …. di sottoporre direttamente la questione alla Corte di cassazione per la risoluzione del quesito posto".
>
> 1.2.1.2. – La diretta riferibilità al giudice amministrativo della legittimazione ad instaurare il subprocedimento ex art. 363-bis c.p.c. dinanzi alla Corte di cassazione priva, inoltre, di autonomo rilievo l'ulteriore argomento dell'applicabilità di tale disposizione all'interno del processo amministrativo nei limiti del rinvio esterno di cui all'art. 39, comma 1, c.p.a., ossia previo giudizio di compatibilità o di riconducibilità ai principi generali della disposizione innestata nel codice di procedura civile.»

È dunque su questo profilo, la "diretta riferibilità al giudice amministrativo", che, rispetto alla nostra precedente annotazione, occorre adesso spendere qualche suppletivo approfondimento.

3. Dubbi di costituzionalità per violazione della legge delega (o subordinatamente per genericità di quest'ultima)

La motivazione della pronuncia in commento, al fine di ricondurre direttamente il giudice amministrativo, quale giudice *a quo*, al "giudice di merito" di cui all'art. 363-*bis* cit., risolve la compatibilità di siffatta interpretazione con i limiti della legge delega n. 206/2021 in modo alquanto generico e insoddisfacente per gli standards che ci si aspetterebbe da una giurisdizione superiore.

In primo luogo, si relativizza *sic et simpliciter* il rilievo della lettera dell'art. 1 c.1 sull'oggetto della delega ("riassetto formale e sostanziale del processo civile, mediante novelle al codice di procedura civile e alle leggi processuali speciali, in funzione di obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile"), cui potrebbe invero aggiungersi la non meno significativa intitolazione della stessa legge ("Delega al Governo per l'efficienza del processo civile").

In secondo luogo, e nient'altro, si valorizza, in modo evidentemente ritenuto risolutivo, la direttiva di cui all'art. 1, c. 9, lett. g ("introdurre la possibilità per il giudice di merito, quando deve decidere una questione di diritto sulla quale ha preventivamente provocato il contraddittorio tra le parti, di sottoporre direttamente la questione alla Corte di cassazione per la risoluzione del quesito posto…."), rispetto alla quale l'interpretazione prospettata costituirebbe "un coerente sviluppo e un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante".

Sennonché, nell'evocata direttiva della legge delega, così come nel decreto attuativo, si ha soltanto l'indicazione del "giudice di merito", senza che (come sarebbe stato necessario specie per una legge riguardante il processo civile) si ravvisino e dunque si evochino contenuti aggiuntivi dai quali potere in ipotesi ricavare argomenti volti a far rientrare in tale nozione anche il giudice amministrativo. Né è certo di alcun ausilio per la sua pura genericità affermare che l'interpretazione prospettata "costituisce un coerente sviluppo e un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante". Anzi che si parli di un "completamento" del legislatore delegante, di cui non si ha traccia nel legislatore delegato, che si limita appunto a riprodurre la formula, ci offre un chiaro indizio dell'arbitrarietà dell'opzione messa in campo dalla Cassazione.

Alla pochezza degli assunti della Cassazione corrispondono invece molteplici indicazioni di segno contrario.

Come è noto, secondo la giurisprudenza costituzionale, "i confini del potere legislativo delegato risultano complessivamente dalla determinazione dell'oggetto e dei principi e criteri direttivi, unitariamente considerati.", in una "cornice unitaria – emergente dalla delega interpretata in chiave anche sistematica e teleologica" (di recente C. cost. n. 104/2017).

Il giudice delle leggi ha anche evidenziato che nel caso di deleghe per il riordino o il riassetto normativo, "l'introduzione di soluzioni sostanzialmente innovative rispetto al sistema legislativo previgente è (…) ammissibile soltanto nel caso in cui siano stabiliti principi e criteri direttivi idonei a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato", giacché quest'ultimo non può innovare "al di fuori di ogni vincolo alla propria discrezionalità esplicitamente individuato dalla

legge-delega" (C. cost n. 293/2010) e si impone "un'interpretazione restrittiva dei poteri innovativi del legislatore delegato, da intendersi in ogni caso strettamente orientati e funzionali alle finalità esplicitate dalla legge di delega" (C. cost. 162/2012; n. 80/2012).

Il caso deciso da C. cost. n. 162/2012 cit. è particolarmente significativo riguardando l'art. 44, commi 1 e 2, della legge delega n. 69/2009, che, come ricorda la Corte, "deve essere qualificata come una delega per il riordino e il riassetto normativo" e che "abilitava il legislatore delegato a intervenire, oltre che sul processo amministrativo, sulle azioni e le funzioni del giudice amministrativo **anche rispetto alle altre giurisdizioni**". Le doglianze di genericità della legge delega vennero rigettate, ma si sottopose il decreto ad uno stretto sindacato "nel momento in cui interveniva in modo **innovativo** sul riparto di giurisdizione tra giudici ordinari e giudici amministrativi", senza tenere conto della "giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori", mostrando con ciò l'autonomo rilievo del rapporto con le altre giurisdizioni come oggetto della delega.

Dall'analisi della legge delega n. 206/2021 si ricava:

- che l'oggetto è il processo civile; mentre non si fa alcuna menzione del processo amministrativo, né dei poteri del giudice amministrativo, come quello che gli sarebbe in ipotesi conferito quale giudice *a quo* del rinvio pregiudiziale, né del rapporto tra le giurisdizioni, come, a parti capovolte, era invece avvenuto nella citata legge delega del 2009;
- che il rinvio pregiudiziale è un istituto del tutto nuovo e dunque, come si è visto, occorre "un'interpretazione restrittiva dei poteri innovativi del legislatore delegato"; e se ciò vale per il legislatore delegato, a maggior ragione dovrà valere per una eccentrica interpretazione giurisdizionale;
- che la legge delega, in ordine al giudice *a quo*, fa soltanto riferimento alla nozione di "giudice di merito" e tale formula appare idonea a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato perché facilmente riferibile, nel quadro sistematico della legge, al giudice civile, tanto è vero, come si è visto, che il legislatore delegato si è limitato a riprodurla letteralmente senza dover introdurre alcuna specificazione al riguardo;
- che diversamente la stessa legge delega sarebbe inficiata da genericità consentendo arbitrarie estensioni dell'ambito di applicazione del nuovo istituto, come è appunto avvenuto con la pronuncia in commento.

Non sono poi di ausilio, nel senso indicato dalla Cassazione, la *ratio* e le finalità della legge delega. Gli "obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione" sono infatti espressamente riferiti al "processo civile", non anche al processo amministrativo, né in ogni caso la delega è finalizzata a regolare altresì, in funzione del riassetto del processo civile, i rapporti tra

le due giurisdizioni.

In definitiva, *in parte qua*, il decreto legislativo, se interpretato nei termini prospettati dalla Cassazione, suscita seri dubbi di costituzionalità per violazione dei limiti della legge delega. Subordinatamente, qualora si intenda riportare tale interpretazione direttamente alla legge delega, sarà allora quest'ultima a suscitare dubbi per genericità.

4. Profili sistematici

Invero non sfugge l'impressione di trovarci di fronte all'interpretazione disinvolta di un'ennesima forzatura della Cassazione, da qualche decennio tutta protesa a mettere il proprio cappello sopra la testa delle giurisdizioni speciali nel sogno avventuristico e incostituzionale di atteggiarsi ad unica giurisdizione superiore.

C'è da chiedersi se dovremo ancora a lungo confrontarci con questi continui colpi di mano nel delicato ganglio dei rapporti tra Cassazione e giurisdizioni speciali, questa volta, all'insegna del *divide et impera*, prendendo al balzo l'occasione di un'improvvida iniziativa di un Tar.

Quando è che il giudice della giurisdizione ritornerà a quel ragionevole *self-restraint* che nel passato ha tenuto in equilibrio l'ordinamento nel rispetto della insostituibile funzione di tutela della giustizia amministrativa o, più risolutivamente, quando è che il legislatore costituzionale ci libererà della tara ereditata dalla legge del 1877, accedendo ad un tribunale misto alla maniera francese? (M. Mazzamuto, *Riparto di giurisdizione: il riemergere dei fantasmi del passato,* in *giustamm.it*, 14 novembre 2025, eccezionalmente in open access).

Desta poi un vivo sconcerto la miopia sistematica del Tar che ha esperito il rinvio. Si pensi anche soltanto alla deriva che potrebbe derivare dall'utilizzo del rinvio per l'eccesso di potere giurisdizionale. Un giudice amministrativo che, invece di esercitare, quanto meno *prima facie*, il suo naturale dominio sull'elastico confine tra discrezionalità sindacabile e merito, chiede il previo ausilio della Cassazione. Già è alquanto discutibile, come ad es. riteneva Ludovico Mortara, che la Cassazione, con la sua ristretta mentalità civilistica, si ingerisca al riguardo *a posteriori*, ma consentire che lo faccia preventivamente sarebbe inaccettabile.

È noto che vi siano delle tensioni all'interno della giustizia amministrativa, tra Tribunali e Consiglio di Stato, che si tratti degli orientamenti giurisprudenziali o di questioni di carriera. Ma, come si suol dire, i panni sporchi si lavano in famiglia.

Quali che siano i punti di frizione non si mette così a repentaglio l'unità esterna del plesso giurisdizionale di appartenenza, e specialmente, se si ha anche un minimo di consapevolezza storico-sistematica, quando si tratti di una giustizia amministrativa che, nelle vicende del nostro ordinamento, ha dovuto confrontarsi con il mito della giurisdizione unica, di cui, purtroppo, la Cassazione, colta ogni tanto da una perdita di memoria, torna a farsi saltuariamente portatrice.

Invece di tenere alla giusta distanza la Cassazione a difesa dell'autonomia della giustizia amministrativa ci si va a braccetto all'insegna del "muoia Sansone con tutti i Filistei". Per un giudice amministrativo che rimanga e voglia rimanere tale una siffatta attitudine masochistica, in danno della tutela offerta ai cittadini, è francamente incomprensibile. Se invece si aspiri a divenire un giudice di merito affiliato alla Cassazione, allora sarebbe preferibile che si cambi mestiere.

Il Consiglio di Stato non è però privo di armi, ben potendo riformare in appello la pronuncia del Tar che si è uniformata all'indicazione pregiudiziale della Cassazione. È una possibilità che non riguarda soltanto, come è ovvio, il caso di altre cause dello stesso tipo, ma che appare configurabile anche per la stessa causa nella quale si è ricorso all'art. 363-bis. Uno dei misteri di questa disciplina è costituito infatti dalla portata del "vincolo" che deriverebbe dalla pronuncia della Cassazione (già A. Scarpa, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c.: una nuova «occasione» di nomofilachia?*, in *questa Rivista,* 2023, 13, parla di "una questione che davvero presenta gravi difficoltà interpretative e che non è stata ancora risolta da alcuno").

Quel che è sicuro è che, a differenza dell'esito di un regolamento preventivo di giurisdizione, tale pronuncia non determina alcun giudicato, come dimostra la stessa Cass. n. 34851/2023 cit., ove attribuisce rilievo a sopravvenienze normative o agli esiti degli approfondimenti istruttori del fatto (v. anche M. Cirulli, *Osservazioni sull'art. 363 bis c.p.c.*, in *Judicium*, 2024).

Non sembra dunque che, anche in tal caso, siano configurabili stringenze tali da impedire al Consiglio di Stato di ritenere ammissibile un eventuale appello e di accoglierlo in senso contrario all'indicazione della Cassazione, annullando con rinvio allo stesso Tar, qualora si affermi la giurisdizione del giudice amministrativo.

5. Breve conclusione

Vi è in definitiva da auspicare fortemente che il varco dell'art. 363-*bis* venga, in un modo o nell'altro, ben rinchiuso, potendo diventare soltanto alimento di nuovi conflitti, di cui non vi

sarebbe affatto bisogno, tra giudici amministrativi e tra Consiglio di Stato e Cassazione.

Ancor prima di una eventuale pronuncia di incostituzionalità o di un (improbabile) spontaneo *revirement* della Cassazione, vi è un modo assai semplice per tagliare la testa al toro, e cioè che i tribunali amministrativi non continuino a fare uso del rinvio, neutralizzandolo in concreto, e semmai, ove occorra e nel rispetto dei rapporti con la giurisdizione superiore del plesso di appartenenza, facciano valere le proprie ragioni all'interno e non all'esterno della giustizia amministrativa.