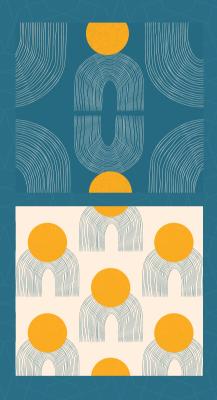
LIMITI ESTERNI DI GIURISDIZIONE E DIRITTO EUROPEO

A PROPOSITO DI CASS. SEZ. UN. N. 19598/2020



a cura di Antonio Carratta

33 gg L'Unità del Diritto





Università degli Studi Roma Tre Dipartimento di Giurisprudenza

Nella stessa Collana

- 1. P. CARNEVALE (a cura di), La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere, 2016
- 2. E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma, A. Massaro (a cura di), *Patrimonio culturale:* profili giuridici e tecniche di tutela, 2017
- 3. R. Benigni (a cura di), Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione, 2017
- 4. A. Massaro (a cura di), La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR, 2017, 2017
- 5. V. Zeno-Zencovich, Comparative Legal Systems. A Short Introduction, 2017 (I ed.) Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction, 2019 (II ed.)
- **6.** M. Gambacciani, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
- 7. A. MASSARO, M. SINISI (a cura di), Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione, 2017
- 8. A. D. DE SANTIS (a cura di), I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria, 2017
- 9. V. Viti, La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi, 2018
- 10. C. CARDIA, R. BENIGNI (a cura di), 50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia, 2018
- 11. G. Nuzzo, L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza, 2018
- 12. G. Grisi, C. Salvi (a cura di), A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017, 2018
- G. Maestri, L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria, 2018
- 14. G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, 2018
- 15. E. Poddighe, Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere, 2018
- 16. G. Grisi (a cura di), L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti, 2019
- 17. S. Anastasia, P. Gonnella (a cura di), I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta, 2019
- 18. S. Del Gatto, Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese, 2019

- 19. R. Benigni, B. Cortese (a cura di), La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica, 2019
- 20. M. Ruotolo (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019 (I ed.); M. Ruotolo, M. Caredda (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2020 (II ed.)
- 21. N. Posteraro, M. Sinisi (a cura di), Questioni di fine vita, 2020
- **22.** G. Resta (a cura di), L'Armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica, 2020
- 23. F. Lattanzi (a cura di), Genocidio. Conoscere e ricordare per prevenire, 2020
- 24. E. Toti, Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina, 2020
- **25.** B. Cortese, *La tutela in caso di vizio della* res empta *e della* res locata: *inadempimento rispondenza* ex fide bona, 2020
- **26.** M.S. Bonomi, La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali, 2020
- 27. G. GRISI, F. RASSU (a cura di), Perspectives nouvelles du droit. Thèmes, méthodes et historiographie en France et en Italie, 2020
- 28. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), Dialoghi di Diritto Amministrativo. Lavori del Laboratorio di Diritto Amministrativo 2019, 2020
- **29.** S Caldarelli, I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione, 2020
- 30. A. Massaro (a cura di), Connessioni di Diritto Penale, 2020
- **31.** R. Benigni (a cura di), Diritto e religione in Italia, 2021
- **32.** E. Calzolaio, R. Torino, L. Vagni (a cura di), Liber amicorum *Luigi Moccia*, 2021

Università degli Studi Roma Tre Dipartimento di Giurisprudenza

LIMITI ESTERNI DI GIURISDIZIONE E DIRITTO EUROPEO

A PROPOSITO DI CASS. SEZ. UN. N. 19598/2020

a cura di Antonio Carratta

23 L'Unità del Diritto
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza



La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma Tr*E-Press*, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:

Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro Roma TrE-Press

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:

American Typewriter condensed, Brandon Grotesque, Gotham rounded (copertina e frontespizio) Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

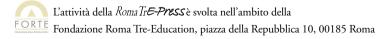
Edizioni: Roma TrE-Press ©

Roma, luglio 2021

ISBN: 979-12-5977-025-7

http://romatrepress.uniroma3.it

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza *L'unità del diritto*

La collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de L'unità del diritto – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma Tr*E-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza Università Roma Tre

Indice

| GIOVANNI AMOROSO, Questioni di giurisdizione (art. 41, primo comma, c.p.c.) e motivi attinenti alla giurisdizione (art. 362, primo comma, c.p.c.) | 11 |
|--|-----|
| Roberto Baratta, Le pregiudiziali Randstad sull'incensurabilità per cassazione della violazione di norme europee imputabile al giudice amministrativo | 27 |
| Antonio Carratta, Limiti esterni di giurisdizione e principio di effettività | 47 |
| Antonio Carratta, Giorgio Costantino, Giuseppe Ruffini, Limiti esterni di giurisdizione: il contrasto fra Sezioni unite e Corte costituzionale arriva alla Corte UE | 57 |
| Fabio Francario, Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione) | 79 |
| Andrea Proto Pisani, Attentato delle S.U. all'art. 111, ultimo comma della Costituzione? Su Cass. S.U. 19598/2020 | 111 |
| Maria Alessandra Sandulli, Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020 | 119 |
| Aldo Travi I motivi di giurisdizione nell'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598/2020, fra ruolo della Cassazione ed esigenze di riforma costituzionale dell'assetto delle giurisdizioni | 165 |
| Appendice | |
| Corte di Cassazione Sezioni Unite Civili, ordinanza 18 settembre 2020 n. 19598 | 177 |
| Corte Costituzionale Sentenza 18 febbraio 2018 n. 6 | 207 |

Giovanni Amoroso

Questioni di giurisdizione (art. 41, primo comma, c.p.c.) e motivi attinenti alla giurisdizione (art. 362, primo comma, c.p.c.)

Sommario: 1. Unitarietà e relatività della nozione di 'questione di giurisdizione' – 2. I 'motivi inerenti alla giurisdizione' – 3. L'affermazione della pregiudiziale amministrativa come mancato esercizio della giurisdizione – 4. Altre fattispecie di mancato esercizio della giurisdizione – 5. Eccezionali ipotesi di esercizio della giurisdizione eccedente dal suo ambito – 6. Giudizio incidentale di legittimità costituzionale e questione di giurisdizione – 7. Rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia e questione di giurisdizione.

1. Unitarietà e relatività della nozione di 'questione di giurisdizione'

Nel nostro ordinamento giuridico, che vede convivere diverse giurisdizioni – quella ordinaria di portata generale (art. 102, co. 1, Cost.) e quelle speciali di ambito settoriale, come la giustizia amministrativa (art. 103, co. 2, Cost.) e quella contabile (art. 103, co. 3, Cost.) – la nozione di giurisdizione è concettualmente unitaria, ma può relativizzarsi nella misura in cui essa costituisce presupposto rispettivamente del sindacato sulla giurisdizione, del controllo di costituzionalità e dell'interpretazione vincolante della normativa dell'Unione europea.

Il sindacato sulla giurisdizione, previsto come garanzia costituzionale dall'art. 111, co. 7 e 8, Cost., è attivato con ricorso per cassazione contro le pronunce dei giudici ordinari (art. 360, co. 1 c.p.c.) e speciali (art. 362, co. 1, c.p.c.) e, segnatamente per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, contro le pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti; le quali ultime non sono suscettibili di impugnazione per ogni altro diverso motivo riconducibile alla violazione di legge. L'ammissibilità del ricorso per cassazione avverso tali ultime pronunce (art. 111, co. 8, Cost.) è pertanto condizionata all'identificazione di un motivo inerente alla giurisdizione, demandato al sindacato della Corte di cassazione a Sezioni unite (art. 374, co. 1, c.p.c.). Occorre far riferimento alla giurisprudenza di tale corte per

dare contenuto alla nozione di 'motivi inerenti alla giurisdizione', di cui all'art. 111, co. 8, Cost. (o 'attinenti' ad essa *ex* art. 362, co. 1, c.p.c.) al fine del controllo sull'osservanza delle regole della giurisdizione da parte delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti¹.

La nozione di giurisdizione viene, poi, in rilievo nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale, che richiede innanzitutto, per la sua ammissibilità, che sia promosso, mediante ordinanza di rimessione, da una 'autorità giurisdizionale' (ex art. 23, legge n. 87/1953) – ossia da un 'giudice' che abbia 'giurisdizione' – in ordine alla questione sollevata². È la giurisprudenza della Corte costituzionale a definire, a tal fine, la nozione di giudice e di giurisdizione.

Anche in caso di rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia UE è quest'ultima che preliminarmente ne verifica l'ammissibilità riconoscendo, o no, che il rinvio sia stato operato da una 'giurisdizione nazionale' (*ex* art. 267 TFUE), ossia da un giudice, come tale fornito di giurisdizione³, il quale, se di ultima istanza secondo il diritto interno, è tenuto a rivolgersi a quella Corte.

Essendo diverse le Corti chiamate a pronunciarsi nei rispettivi procedimenti – principale il primo, incidentali gli altri – è possibile che non ci sia pieno allineamento quanto alla nozione di giurisdizione.

Per lungo tempo la Corte di cassazione ha ritenuto che le commissioni tributarie, anche prima della riforma del 1972 del contenzioso tributario, fossero giudici ed esercitassero la giurisdizione⁴, sicché ammissibile era il sindacato di legittimità di quella Corte. Invece la Corte costituzionale⁵ negava che nella loro attività fosse identificabile l'esercizio di giurisdizione e dichiarava inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dalle stesse sollevate (orientamento questo mutato dopo la riforma tributaria degli anni Settanta⁶).

¹ Sul ricorso per cassazione avverso le decisioni dei giudici speciali sia consentito richiamare G. Amoroso, *Il giudizio civile di cassazione*, Giuffrè, Milano 2019, p. 99 ss.

² In proposito, da ultimo, G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 2020, p. 63 ss.

³ B. NASCIMBENE, *Il giudice nazionale e il rinvio pregiudiziale alla corte di giustizia*, in «Riv. it. dir. pubbl. comunitario», 2009, p. 1675.

⁴ Ex plurimis, Cass., Sez. un., 21 giugno 1969 n. 2201, in «Giur. it.», 1970, I, p. 1114, con nota di G. Marongiu, Sulla affermata costituzionalità della sezione speciale per i tributi locali della giunta provinciale amministrativa.

⁵ Corte cost., 10 febbraio 1969 n. 10, in «Giur. it.», 1969, I, p. 580, con nota di C. MAGNANI, Brevi osservazioni sulla dichiarata natura amministrativa delle commissioni tributarie.

⁶ In particolare, Corte cost., 27 dicembre 1974 n. 287, in «Foro it.», 1975, I, c. 1, con nota di V. Andrioli, *Revirement sulla natura giuridica delle commissioni tributarie*, affer-

All'opposto la Corte di cassazione riteneva che gli arbitri rituali non esercitassero una giurisdizione⁷; mentre la Corte costituzionale⁸, a partire dal 2001, ha ritenuto ammissibili le questioni incidentali di legittimità costituzionale sollevate da arbitri rituali perché anch'essi esercitano una forma di giurisdizione. A questo nuovo corso si è allineata la giurisprudenza di legittimità⁹ che, rimeditando il proprio precedente orientamento, ha anch'essa riconosciuto la natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale.

Per altro verso la Corte di giustizia ha ritenuto ammissibile il rinvio pregiudiziale interpretativo promosso dal Consiglio di Stato in sede consultiva nel procedimento per ricorso straordinario al Capo dello Stato¹⁰. Invece la Corte costituzionale¹¹ ha negato che ci fosse esercizio di giurisdizione e quindi ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata in quella sede; orientamento anche questo poi mutato, riconoscendosi che il ricorso straordinario al Capo dello Stato è diventato un rimedio giustiziale, sostanzialmente assimilabile ad un giudizio ai fini della legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale¹².

2. I 'motivi inerenti alla giurisdizione'

Il codice di rito distingue tra le 'questioni di giurisdizione' ex art. 41,

mò che erano intervenuti fatti nuovi in sede legislativa – ossia il complesso delle nuove leggi sulla riforma tributaria ed in particolare le disposizioni della legge di delega (l. n. 825/1971) e quelle della legge delegata in materia di contenzioso tributario (d.P.R. n. 636/1972) – tali da doversi ritenere risolto normativamente quel contrasto nel senso della giurisdizionalità delle commissioni tributarie.

⁷ Cass., Sez. un., 14 novembre 2003 n. 17205, in «Foro it.», 2004, I, c. 319.

⁸ Corte cost., 28 novembre 2001 n. 376, in «Giur. it.», 2002, p. 689, con nota di G. Canale, *Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma*. Successivamente la natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale è stata ribadita dalla Corte e più non posta in discussione (cfr. Corte cost., 13 giugno 2018 n. 123, in «Foro it.», 2018, I, c. 2577).

⁹ Cass., Sez. un., 25 ottobre 2013 n. 24153, in «Foro it.», 2013, I, c. 3407, con nota di E. D'ALESSANDRO, *Le Sezioni unite mutano opinione sulla natura dell'eccezione di arbitrato estero*. ¹⁰ CGUE, 6 ottobre 1997, cause riunite C-69-79/96, in «Foro it.», 1997, IV, c. 401, ritenendo che: «il Consiglio di Stato, quando emette un parere nell'ambito di un ricorso straordinario, costituisce una giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del trattato» (ora art. 267 TFUE, già art. 234 TCE).

¹¹ Corte cost., 21 luglio 2004 n. 254, in «Foro it.», 2005, I, c. 1662.

¹² Corte cost., 2 aprile 2014 n. 73, in «Foro it.», 2014, I, c. 2402.

co. 1, c.p.c., al fine del ricorso per regolamento preventivo, e i 'motivi inerenti alla giurisdizione' *ex* art. 111, co. 8, Cost. (o 'motivi attinenti alla giurisdizione' *ex* art. 362, co. 1, c.p.c.) al fine del ricorso per cassazione avverso le decisioni dei giudici speciali e segnatamente quelle del Consiglio di Stato e della Corte dei conti.

Fino ad epoca recente si è ritenuto che tra queste due nozioni ci sia uno spazio, quantunque ristretto, nel quale, per opera della giurisprudenza della corte regolatrice della giurisdizione, si sono collocate particolari fattispecie di mancato esercizio della giurisdizione o, all'opposto, di suo sconfinamento in un'area che non le appartiene. Sono fattispecie eccezionali che segnano i limiti esterni (ed estremi) della giurisdizione e che si collocano proprio all'interno di questo spazio, tra questioni di giurisdizione in senso stretto e motivi inerenti alla giurisdizione.

Ha ricordato la Corte costituzionale, in una visione sostanzialistica del riparto di giurisdizione, che l'essenziale ragion d'essere dei giudici, ordinari e speciali, è quella di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi e «la loro pluralità non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale»¹³. Quindi non può non esserci una risposta di giustizia a una domanda di tutela, né può esserci soluzione di continuità tra le giurisdizioni in ragione, da ultimo, dalla *translatio iudicii* affermatasi dapprima in giurisprudenza¹⁴, poi oggetto di una pronuncia della Corte costituzionale¹⁵ e infine di un intervento del legislatore¹⁶.

Progressivamente nella giurisprudenza della Corte di cassazione – a partire dagli anni Novanta e fino alla sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale (di cui si dirà *infra*) – si è affermata un'interpretazione della nozione di questione di giurisdizione come non strettamente limitata alla identificazione del giudice, ordinario o speciale, dotato di *ius dicere*, ossia del potere di decidere il caso. Nel rigido paradigma binario di regola ed eccezione la giurisdizione – quando del giudice amministrativo – è derogatoria del canone generale dell'art. 102, co. 1, Cost., che prescrive che la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario, mentre il giudice amministrativo ha giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica

¹³ Corte cost., 12 marzo 2007 n. 77, in «Foro it.», 2007, I, c. 1009.

¹⁴ Cass., Sez. un., 22 febbraio 2007 n. 4109, in «Foro it.», 2007, I, c. 1009.

¹⁵ Corte cost., 12 marzo 2007 n. 77, cit.; R. Oriani, È possibile la «translatio iudicii» nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale, in «Foro it.», 2007, c. 1024 ss.

¹⁶ Art. 59, legge n. 69/2009; art. 11 c.p.a.; art. 17 c.g.c.

amministrazione degli interessi legittimi e, 'in particolari materie indicate dalla legge'¹⁷, anche dei diritti soggettivi (art. 103, co. 1, Cost.). E quando la giurisdizione speciale è del giudice contabile, l'eccezione fa riferimento alle materie di contabilità pubblica e alle altre specificate dalla legge (art. 103, co. 1, Cost.).

Si sono identificati, nella giurisprudenza della Corte di cassazione¹⁸, limiti esterni alla giurisdizione in senso stretto dei giudici speciali di cui all'art. 111, co. 8, Cost. (Consiglio di Stato e Corte dei conti), ricondotti a loro volta alle nozioni di diniego di giustizia e di eccesso di potere giurisdizionale. Ma queste non sono nozioni di carattere generale, bensì costituiscono classificazioni convenzionali di situazioni giuridiche molto particolari e specifiche, connotate da 'eccezionalità', non suscettibili di generalizzazione proprio perché collocate nel ristretto spazio tra le 'questioni di giurisdizione' (art. 41, co. 1, c.p.c.) e i 'motivi attinenti alla giurisdizione' (art. 362, co. 1, c.p.c.), all'estremo limite della nozione di giurisdizione.

C'è stata anche una più specifica ricaduta processuale di questa doppia perimetrazione a cerchi concentrici.

La questione di giurisdizione in senso stretto – *id est*: identificazione del giudice che ha il potere (giurisdizionale) di decidere la controversia – è quella suscettibile di preclusione processuale in ragione della dottrina del giudicato interno, anche implicito, affermata costantemente in giurisprudenza¹⁹ e codificata dall'art. 9 c.p.a. Quindi la parte è onerata di porre – e coltivare nel grado di impugnazione – la questione di giurisdizione se poi vuole censurare, con ricorso per cassazione, la sentenza del Consiglio di Stato o della Corte dei conti per motivi di giurisdizione (non diversamente da una pronuncia del giudice ordinario).

Invece il vizio di diniego di giustizia o di eccesso di potere giurisdizionale – non come categoria generale, ma come fattispecie particolare ed eccezionale – non è soggetto a tale preclusione processuale perché si manifesta proprio e solo con la decisione del giudice speciale, non certo prima. È ben possibile, ad esempio, che la parte, la quale non abbia affatto contestato la giurisdizione del giudice amministrativo, deduca per la prima volta nel giudizio di cassazione il vizio suddetto, come motivo attinente alla giurisdizione, così impugnando la sentenza del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti),

¹⁷ Corte cost., 6 luglio 2004 n. 204, in «Foro it.», 2004, I, c. 2594.

¹⁸ La categoria dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa è posta con chiarezza fin da Cass., Sez. un., 22 settembre 1997 n. 9344, in «Foro it.», 1998, I, c. 1566, con nota di B. Tonoletti, *Il sindacato della cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*.

¹⁹ A partire da Cass., Sez. un., 9 ottobre 2008 n. 24883, in «Foro it.», 2009, I, c. 806.

proprio perché il vizio si manifesta al momento della pronuncia stessa e nessun giudicato interno implicito può essersi formato per aver la parte accettato la giurisdizione di quel giudice sì da precludere la sua successiva censura, in sede di ricorso per cassazione *ex* art. 362, co.1, c.p.c. Da ciò consegue anche che non è configurabile (né denunciabile) l'eccesso di potere giurisdizionale del giudice in sede di regolamento di giurisdizione²⁰.

3. L'affermazione della pregiudiziale amministrativa come mancato esercizio della giurisdizione

Nel ripercorrere la giurisprudenza sui limiti esterni della giurisdizione non può non partirsi da quella che fu ritenuta essere una prima, emblematica, fattispecie eccezionale di mancato esercizio della giurisdizione, rilevante come diniego di giustizia. È la (tormentata) questione della pregiudiziale amministrativa insorta dopo la storica sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione²¹, che ha riconosciuto l'autonoma risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo, inizialmente devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario e in seguito, dopo la l. n. 205/2000 (ora art. 7 c.p.a.), a quella del giudice amministrativo. Rimaneva però l'affermato carattere autonomo della tutela risarcitoria, negato dal giudice amministrativo, ormai dominus del formante giurisprudenziale in riferimento a questa situazione giuridica: se operava, o no, la pregiudiziale amministrativa che era la negazione dell'autonoma azionabilità della pretesa risarcitoria per lesione dell'interesse legittimo.

Si è ingaggiato negli anni un acceso confronto in ordine a questo punto *sub specie* di identificabilità, o no, di una questione inerente alla giurisdizione del giudice amministrativo, affermata dalla Corte di cassazione e negata dal Consiglio di Stato. Alla fine, la Corte di cassazione, a Sezioni unite²², in quanto giudice regolatore della giurisdizione, ordinaria e speciale, ha riaffermato, la propria giurisprudenza in un giudizio che vedeva impugnata con ricorso per cassazione (*ex* art. 362, co. 1, c.p.c.) una sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che, nella sua massima istanza nomofilattica, aveva riaffermato, invece, la dottrina della pregiudiziale amministrativa. Si aveva quindi che il giudice amministrativo,

²⁰ Cass., Sez. un., 18 novembre 2015 n. 23542, in «Mass. Foro it.», 2015, 764.

²¹ Cass., Sez. un., 22 luglio 1999 n. 500, in «Foro it.», 1999, I, c. 2487.

²² Cass., Sez. un., 23 dicembre 2008 n. 30254, in «Foro it.», 2009, I, c. 731.

se avesse negato la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'asserita illegittimità dell'atto non era stata precedentemente dichiarata in sede di annullamento a seguito di tempestiva impugnazione del soggetto interessato, in realtà non avrebbe esercitato affatto la sua giurisdizione come era tenuto invece a fare. È questo un caso – secondo la giurisprudenza del giudice della giurisdizione – di 'denegata giustizia' che può essere ricondotto a motivo inerente (o attinente) alla giurisdizione.

La questione della pregiudiziale amministrativa è stata superata, di lì a poco, con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, il cui art. 30, prevede che l'azione di condanna al risarcimento del danno ingiusto, derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria, sia proponibile (in via autonoma quindi) entro il termine decadenziale di centoventi giorni, decorrenti dal giorno in cui il fatto si è verificato, ovvero dalla conoscenza del provvedimento, se il danno deriva direttamente da questo. La norma sancisce una sorta di soluzione compromissoria perché da una parte viene normato il principio giurisprudenziale (espresso dalla Corte di cassazione) che predicava l'autonomia dell'azione risarcitoria e negava la pregiudiziale amministrativa; d'altra parte esso viene fortemente ridimensionato in ragione sia dell'introduzione di un breve termine di decadenza (di 120 giorni), in luogo di quello ordinario prescrizionale (di cinque anni) per l'azionabilità della pretesa risarcitoria, sia della previsione, contenuta sempre nell'art. 30, secondo cui il giudice esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti (quale certamente è l'azione di annullamento). Quindi è stato reintrodotto un termine di decadenza, seppur meno breve (120 giorni in luogo di 60 giorni) di quello predicato in passato dalla giurisprudenza affermativa della pregiudiziale amministrativa e inoltre, ove anche questo sia rispettato, è stato previsto un onere di diligenza della parte per cui sotto questo diverso profilo – di merito, certamente non più riconducibile a un motivo inerente alla giurisdizione – potrebbe rilevare, tuttora, la mancata tempestiva impugnazione dell'atto amministrativo.

La Corte costituzionale ha poi sancito la legittimità di questo assetto derogatorio rispetto all'ordinaria disciplina dell'azionabilità della pretesa risarcitoria del danno patito²³.

²³ Corte cost., 4 maggio 2017 n. 94, in «Foro it.», 2017, I, c. 2952.

4. Altre fattispecie di mancato esercizio della giurisdizione

Negli anni successivi un'altra fattispecie di motivo inerente alla giurisdizione *sub specie* di diniego di giustizia, ritenuta dalla giurisprudenza²⁴, è quella del mancato esame del ricorso principale in ragione dell'accoglimento del ricorso incidentale in una controversia che veda contrapposti due soli partecipanti ad una procedura di gara che propongano reciprocamente censure escludenti, attinenti entrambe alla medesima fase procedimentale²⁵; ciò in violazione del diritto europeo in materia di gare di appalti pubblici, come interpretato dalla Corte di giustizia²⁶.

In precedenza, invece, non si era ravvisato un diniego di giurisdizione nella mancata pronuncia sul ricorso principale in caso di ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara di affidamento di appalti pubblici²⁷. Ma poi la giurisprudenza del Consiglio di Stato²⁸ è mutata e ciò non è stato senza rilievo nel consentire alla Corte di cassazione di spingersi ad identificare un'eccezionale fattispecie di diniego di giustizia nel mancato esame, da parte di una precedente pronuncia del Consiglio di Stato, del ricorso principale in ragione dell'accoglimento del ricorso incidentale escludente²⁹.

Un'ipotesi di violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa è stata ritenuta anche quando la pronuncia del Consiglio di Stato era stata resa in sede di giudizio di ottemperanza³⁰.

La giurisprudenza ha poi precisato che una fattispecie 'estrema', in cui è configurabile il superamento del limite esterno della giurisdizione, si potrebbe avere solo quando l'errore si sia tradotto in una interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla Corte di giustizia UE, sì da precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale

²⁴ Cass., Sez. un., 6 febbraio 2015 n. 2242, in «Foro it.», 2016, I, c. 327.

²⁵ In tal senso era all'epoca la giurisprudenza del Consiglio di Stato in contrapposizione a quella della Corte di giustizia (Cons. St., Ad. Plen., 7 aprile 2011 n. 4, in «Foro it.», 2011, III, c. 306).

²⁶ CGUE, 4 luglio 2013, Fastweb, C-100/12, in «Foro it.», 2014, IV, c. 395.

²⁷ Cass., Sez. un., 21 giugno 2012 n. 10294, in «Giur. it.», 2012, p. 2161, con nota di G. Scoca, Censure penalizzanti incrociate: è sufficiente esaminarne una o è necessario esaminarle tutte?.

²⁸ Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014 n. 9, in «Foro it.», 2014, III, c. 429.

²⁹ Cass., Sez. un., 6 febbraio 2015 n. 2242, cit.

³⁰ Cass., Sez. un., 1 febbraio 2016 n. 1836.

dinanzi al giudice amministrativo³¹.

Più recentemente, però, la giurisprudenza sembra attestarsi su posizioni di maggior rigore che limitano – pur senza escluderla del tutto³² – questa ipotesi 'estrema', avvicinando i motivi inerenti alla giurisdizione alle sole questioni di giurisdizione in senso stretto³³.

5. Eccezionali ipotesi di esercizio della giurisdizione eccedente dal suo ambito

Negli stessi anni la giurisprudenza ha individuato, parallelamente, alcune fattispecie, parimenti eccezionali, di eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo (o contabile) per sconfinamento nell'area dell'azione amministrativa o del potere legislativo. Tale è stata quella presa in considerazione da quella giurisprudenza³⁴, che ha rilevato che il giudice amministrativo, nel sindacare la legittimità di una procedura concorsuale, aveva debordato entrando vistosamente nel merito della discrezionalità, in quel caso, amministrativa.

Si è altresì ritenuto che l'eccesso di potere giurisdizionale potesse profilarsi in termini di invasione della sfera riservata al C.S.M.

In particolare la giurisprudenza³⁵ ha affermato che la sentenza con cui il Consiglio di Stato – pronunciando su un ricorso per l'ottemperanza di un giudicato avente ad oggetto l'annullamento del conferimento di funzioni a seguito di una procedura concorsuale non più ormai ripetibile (nella specie, per l'avvenuto pensionamento dei candidati concorrenti) ordina al C.S.M. di provvedere ugualmente a rinnovare il procedimento 'ora per allora' – eccede i limiti entro i quali è consentito al giudice amministrativo l'esercizio della speciale giurisdizione di ottemperanza ed è soggetta, pertanto, al sindacato della Corte di cassazione in punto di giurisdizione.

Gass., Sez. un., 29 dicembre 2017 n. 31226, in «Foro it.», 2018, I, c. 1709, con nota di G. Sigismondi, Questioni di giurisdizione in senso dinamico e nuovi limiti all'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato con ricorso per cassazione: una via percorribile?.

³² Cfr. Cass., Sez. un., 10 maggio 2019 n. 12586 che comunque parla ancora di ipotesi 'estrema', in cui l'errore si sia tradotto in una interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla Corte di giustizia, sì da precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo.

³³ Cass., Sez. un., 16 maggio 2019 n. 13243.

³⁴ Cass., Sez. un., 17 febbraio 2012 n. 2312, in «Foro it.», 2014, I, c. 568.

³⁵ Cass., Sez. un., 9 novembre 2011 n. 23302, in «Foro amm.-Cons. Stato», 2011, p. 3628.

Parimenti la giurisprudenza³⁶ ha ritenuto che, in caso di concorso bandito dal C.S.M. per l'attribuzione di un incarico giudiziario, il Consiglio di Stato, pronunciandosi in sede di legittimità, travalica i limiti esterni della giurisdizione qualora, nel giudizio avente ad oggetto la legittimità della corrispondente delibera del primo, operi direttamente una valutazione di merito del contenuto del provvedimento e ne apprezzi la ragionevolezza – così sovrapponendosi all'esercizio della discrezionalità del C.S.M., espressione del potere, garantito dall'art. 105 Cost., di autogoverno della magistratura – piuttosto che limitarsi a sindacarne la legittimità, anche a mezzo del vizio dell'eccesso di potere.

Anche con riferimento all'atto politico può cogliersi la distinzione tra questione di giurisdizione in senso stretto (*i.e.* individuazione del giudice che può pronunciarsi sull'impugnativa dell'atto) e motivi inerenti alla giurisdizione (*i.e.* margine di censurabilità dell'esattezza, o no, dell'identificazione dell'atto politico).

L'art. 7, co. 1, c.p.a. prevede che non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico; prescrizione collocata nella norma generale che definisce l'ambito della giurisdizione amministrativa. Nei confronti dell'atto emanato nell'esercizio del potere politico non sono configurabili posizioni di interesse legittimo, che attengono alla legittimità dell'esercizio di quel potere sotto il profilo dei tipici vizi del provvedimento amministrativo. Rientra nella giurisdizione amministrativa l'identificazione dell'atto politico, che esclude che possano essere ravvisabili posizioni di interesse legittimo o situazioni giuridiche tutelate.

La giurisprudenza amministrativa, in proposito, è molto rigorosa, ma ove in ipotesi ecceda, ritenendo sindacabile un atto politico che invece, in quanto tale, non lo sia, è possibile dedurre ciò come motivo inerente alla giurisdizione con ricorso avverso la sentenza della Consiglio di Stato. Ciò emerge dalla sentenza della Corte costituzionale³⁷ che ha annullato una pronuncia della Corte di cassazione, la quale aveva escluso il vizio di eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo affermando che correttamente il Consiglio di Stato aveva ritenuto la sindacabilità di un atto, di cui il governo ricorrente assumeva invece la natura di atto

³⁶ Cass., Sez. un., 5 ottobre 2015 n. 19787, in «Foro it.», 2015, I, c. 3440. Sul punto cfr. A. Travi, *Consiglio superiore della magistratura e legittimità amministrativa: un binomio in crisi*, in «Foro it.», 2014, III, c. 757.

³⁷ Corte cost., 10 marzo 2016 n. 52, in «Foro it.», 2016, I, c. 1940, con nota di G. Amoroso, *Le pronunce della Corte di cassazione oggetto di conflitto di attribuzione innanzi alla Corte costituzionale*. Cfr., in precedenza, anche Corte cost., 5 aprile 2012 n. 81, in «Foro it.», 2012, I, c. 1285.

politico. Mentre – si desume *a contrario* – la Corte di cassazione avrebbe dovuto rilevare che si trattava di atto politico e che quindi il Consiglio di Stato, ritenendo invece la censurabilità (e l'annullabilità) dell'atto, non riconducibile, a suo avviso, alla categoria dell'atto politico, aveva ecceduto dal suo potere giurisdizionale.

6. Giudizio incidentale di legittimità costituzionale e questione di giurisdizione

La giurisprudenza³⁸ ha ripetutamente ritenuto che l'eventuale decisione, espressa o implicita, di non sollevare una questione incidentale di legittimità costituzionale da parte del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti) – o di rigettare la relativa eccezione sollevata dalla parte – non è sindacabile come motivo di giurisdizione. Né la Corte di cassazione può porre una questione di legittimità costituzionale, non sollevata dal Consiglio di Stato (o dalla Corte dei conti), avente ad oggetto norme *in procedendo* o *in iudicando*, applicate nel giudizio in cui sia stata pronunciata la sentenza impugnata con ricorso *ex* art. 362, co. 1, c.p.c.

Ciò è stato recentemente affermato con forza dalla Corte costituzionale³⁹ che ha ribadito che «non è consentita la censura di sentenze con le quali il giudice amministrativo o contabile adotti una interpretazione di una norma processuale o sostanziale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda»; ciò perché la «tesi che il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, previsto dall'8° comma dell'art. 111 Cost. avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, comprenda anche il sindacato su *errores in procedendo* o *in iudicando* non può qualificarsi come una interpretazione evolutiva, poiché non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale».

Quindi gli *errores in procedendo*, al pari di quelli *in iudicando*, non sono deducibili come motivo di ricorso inerente alla giurisdizione ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost. E ciò vale anche se il giudice speciale non abbia sollevato una questione di legittimità costituzionale che in ipotesi avrebbe potuto fare o era stato sollecitato a fare a seguito di eccezione della parte interessata.

Il caso è emblematico. La Corte di cassazione era stata investita del ricorso per motivi di giurisdizione avverso una pronuncia del Consiglio di Stato⁴⁰

³⁸ Ex plurimis, Cass., Sez. un., 29 dicembre 2017 n. 31225.

³⁹ Corte cost., 18 gennaio 2018 n. 6, in «Foro it.», 2018, I, c. 373.

⁴⁰ Cons. St., 30 luglio 2013 n. 4001.

che aveva dichiarato inammissibile il ricorso di alcuni dipendenti pubblici proposto dopo il termine stabilito dall'art. 69, co. 7, d.lgs. 165/2001, ritenendo esser maturata una decadenza che precludeva la risposta di merito richiesta dai ricorrenti (non essendo stato il ricorso proposto entro il 15 settembre 2000). Questo denegato esame nel merito del ricorso proposto al giudice amministrativo non avrebbe potuto essere dedotto come eccesso di potere giurisdizionale perché chiaramente atteneva all'interpretazione di una norma che regolava la tempestività dell'impugnativa e non già la giurisdizione.

Quando in passato la (contestata) interpretazione dell'art. 69, co. 7, cit., è stata prospettata come questione di giurisdizione, la giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione⁴¹ è stata costante nel ritenere inammissibile la censura, affermando che il previsto termine di decadenza atteneva alla proponibilità della domanda giudiziale e l'interpretazione che di essa ne dava il Consiglio di Stato riguardava i limiti interni della giurisdizione, non deducibili con ricorso per cassazione *ex* art. 362, co. 1, c.p.c.

Nella specie, però, dopo la pronuncia del Consiglio di Stato, poi impugnata con ricorso per cassazione per eccesso di potere giurisdizionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo con due pronunce⁴², aveva ravvisato una violazione dell'art. 6 CEDU (oltre che dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale) per il fatto che le ambiguità e le oscillazioni degli orientamenti giurisprudenziali maturati sulla qualificazione del tipo di rapporto prestato a favore della pubblica amministrazione (si trattava della vicenda dei medici c.d. "a gettone") e sull'interpretazione della norma in questione (che individuava nel 15 settembre 2000 la data di decadenza dall'azione) avevano privato i ricorrenti della possibilità di ottenere una pronuncia sul merito delle proprie pretese.

In questa situazione particolare, le Sezioni unite della Corte di cassazione ⁴³ avevano sollevato la questione incidentale di legittimità costituzionale, ritenendo che la pronuncia del Consiglio di Stato di inammissibilità del ricorso in ragione della suddetta decadenza, quand'anche rispettosa del diritto vivente dell'epoca della sua adozione (e quindi, ovviamente, ignara dei futuri sviluppi della giurisprudenza europea), fosse tale da implicare un diniego di giustizia nella misura in cui fosse stato rimosso, con dichiarazione di illegittimità costituzionale, l'ostacolo della previsione normativa della decadenza suddetta.

⁴¹ Cass., Sez. un., 8 maggio 2007 n. 10371, in «Mass. Foro it.», 2007, 826.

⁴² Corte eur. dir. uomo, 4 febbraio 2014, Mottola e altri c. Italia.

⁴³ Cass., Sez. un., 8 aprile 2016 n. 6891, in «Foro it.», 2016, I, c. 1667.

In tal modo il denunciato vizio di eccesso di potere giurisdizionale era mediato dalla ipotizzata fondatezza della questione di costituzionalità, che, solo se accolta, avrebbe comportato che il giudice amministrativo aveva negato l'esame nel merito della pretesa retributiva dei medici ricorrenti in ragione di una inesistente (perché in ipotesi incostituzionale) decadenza. Ma – come si deduce dalla citata pronuncia della Corte costituzionale – la Corte di cassazione non poteva fare questo salto logico sollevando essa quella questione di costituzionalità che non aveva sollevato il Consiglio di Stato, a nulla rilevando – se non come mero inconveniente di fatto – che quest'ultimo non poteva conoscere la giurisprudenza della Corte EDU che sarebbe intervenuta solo l'anno dopo.

La pronuncia della Corte costituzionale è importante anche per quanto afferma al di là delle condizioni di ammissibilità dell'incidente di costituzionalità sollevato dalla Corte di cassazione in un giudizio che abbia ad oggetto l'impugnazione di una sentenza del Consiglio di Stato con ricorso ex art. 362, co. 1, c.p.c. In essa infatti si puntualizza, più in generale, che l'eccesso di potere giudiziario, denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost., va riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale; nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici.

A tale pronuncia ha dato seguito, conformandosi, la giurisprudenza della Corte di cassazione che ha rimeditato il proprio precedente orientamento, adottando criteri di maggior rigore nella configurazione dei 'motivi attinenti alla giurisdizione' *ex* art. 362, co. 1, c.p.c.⁴⁴.

⁴⁴ Cfr. in particolare Cass., Sez. un., 16 maggio 2019 n. 13243, cit. che afferma che la citata pronuncia della Corte costituzionale impone di rimeditare, in chiave restrittiva, l'orientamento giurisprudenziale sui limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo.

7. Rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia e questione di giurisdizione

Anche il mancato rinvio pregiudiziale da parte del giudice speciale di ultima istanza (Consiglio di Stato e Corte dei conti) alla Corte di giustizia non configura una questione attinente allo sconfinamento dalla giurisdizione del giudice speciale sicché è inammissibile il ricorso per cassazione *ex* art. 362, co. 1, avverso la decisione di detto giudice speciale⁴⁵ censurata per tale motivo.

Si è altresì ritenuto che difetti di rilevanza la richiesta di sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, relativamente al mancato assoggettamento al sindacato della Corte di cassazione delle decisioni rese dal giudice amministrativo in applicazione delle norme che disciplinano il risarcimento del danno da atti illegittimi della P.A. 46.

Comunque si faceva salva l'ipotesi 'estrema', in cui l'errore si fosse tradotto in una interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quella fornita dalla Corte di giustizia, sì da precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo⁴⁷.

Più recentemente, invece, la giurisprudenza – proprio tenendo conto delle puntualizzazioni contenute nella cit. sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale – ha seguito un criterio di maggior rigore escludendo che il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, omesso dal Consiglio di Stato, possa essere disposto, sulla medesima questione, dalle Sezioni unite della Corte di cassazione⁴⁸.

Da ultimo, però, la Corte di cassazione⁴⁹ – in un giudizio promosso con ricorso *ex* art. 362, co. 1, c.p.c. avverso una pronuncia del Consiglio di Stato⁵⁰ che aveva ritenuto che, una volta rigettato il motivo di ricorso di una società, che censurava la sua esclusione dalla partecipazione a una gara di appalto, la stessa non era legittimata, perché carente di interesse, a contestare, con altro motivo di ricorso, l'esito della gara e l'avvenuta aggiudicazione in

⁴⁵ Cass., Sez. un., 1 marzo 2012 n. 3236, che ha ribadito Cass., Sez. un., 2 dicembre 2005 n. 26228; Id., 5 luglio 2013 n. 16886; Id., 4 febbraio 2014 n. 2403.

⁴⁶ Cass., Sez. un., 10 febbraio 2014 n. 2910.

⁴⁷ Cass., Sez. un., 6 febbraio 2015 n. 2242, in «Foro it.», 2016, I, c. 327; Id., 29 febbraio 2016 n. 3915.

⁴⁸ Cass., Sez. un., 6 marzo 2020 n. 6460.

⁴⁹ Cass., Sez. un., 18 settembre 2020 n. 19598, in «Foro it.», 2020, I, c. 3451, con nota di A. Travi, *I motivi inerenti alla giurisdizione e il diritto dell'Unione europea in una recente ordinanza delle Sezioni Unite*.

⁵⁰ Cons. St., 7 agosto 2019 n. 5606.

favore di altra società – ha operato un rinvio pregiudiziale interpretativo ai sensi dell'art. 267 TFUE per conoscere, rispettivamente, la compatibilità con la normativa europea della giurisprudenza nazionale in ordine alla nozione di 'difetto di potere giurisdizionale', quale motivo di impugnazione di una sentenza del Consiglio di Stato, allorché questa risulti in contrasto con pronunce della Corte di giustizia in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea, come, nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici (primo quesito) ovvero quando ometta immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in assenza delle condizioni che esonerano il giudice nazionale dal suddetto obbligo (secondo quesito) o, infine, quando, in contrasto con i principi affermati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁵¹, dichiari che l'impresa che sia stata esclusa da una gara di appalto non sarebbe legittimata a proporre censure miranti a contestare l'aggiudicazione all'impresa concorrente, anche mediante la caducazione della procedura di gara (terzo quesito).

In particolare, si sottolinea l'esigenza di scongiurare una violazione del diritto dell'Unione europea da parte del Consiglio di Stato, che esporrebbe lo Stato (e gli organi giurisdizionali) a responsabilità. Non vi è, infatti, un rimedio revocatorio per rimuovere una pronuncia contrastante con il diritto europeo, e segnatamente con una decisione della Corte di giustizia, poiché il principio della responsabilità dello Stato per la violazione dell'ordinamento giuridico comunitario (ora eurounitario) impone il risarcimento del pregiudizio arrecato, ma non la revisione della decisione giurisdizionale che lo ha causato⁵². Anche recentemente la Corte di giustizia⁵³ ha ribadito che il diritto dell'Unione non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme di procedura interne che riconoscono autorità di cosa giudicata a una pronuncia di un organo giurisdizionale, anche qualora ciò consenta di porre rimedio a una violazione di una disposizione del diritto dell'Unione, ferma restando la responsabilità dello Stato per i danni causati ai privati da violazioni del diritto dell'Unione ad esso imputabili⁵⁴.

In tal senso è anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato⁵⁵ con

⁵¹ CGUE, 5 settembre 2019, *Lombardi*, C-333/18, in «Foro it.», 2020, IV, c. 55; Id., 5 aprile 2016, *Puligienica*, C-689/13, *ibid.*, 2016, IV, p. 324; Id., 4 luglio 2013, *Fastweb*, C-100/12, *ibid.*, 2014, IV, c. 395.

⁵² Cass., 30 ottobre 2018 n. 27690.

⁵³ CGUE, 4 marzo 2020, *Telecom*, C-34/19.

⁵⁴ CGUE, 30 settembre 2003, *Köbler*, C-224/01.

⁵⁵ Cons. St., Ad. Plen., 20 dicembre 2017 n. 12, in «Foro it.», 2018, III, c. 73. La questione di legittimità costituzionale degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c., sollevata, in precedenza, dalla stessa adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Cons. St., Ad. Plen., 4 marzo 2015)

riferimento alle pronunce della Corte EDU, diversamente dal settore penale dove è, invece, azionabile la c.d. revisione europea⁵⁶.

Non resta che attendere la pronuncia della Corte di giustizia adita, con rinvio pregiudiziale, dalla Corte di cassazione con la cit. ordinanza n. 19598 del 2019.

n. 2, in «Foro amm.», 2015, p. 690) in relazione agli art. 117, co. 1, 111 e 24 Cost. – nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 par. 1, della CEDU per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte EDU – è stata dichiarata non fondata (Corte cost., 26 maggio 2017 n. 123, in «Foro it.», 2017, I, c. 2180).

⁵⁶ Corte cost., 7 aprile 2011 n. 113, in «Foro it.», 2013, I, c. 802.

Roberto Baratta

Le pregiudiziali Randstad sull'incensurabilità per cassazione della violazione di norme europee imputabile al giudice amministrativo*

Sommario: 1. Premessa – 2. Sintesi della vicenda processuale – 3. Cenni sulla frizione tra Corte di Cassazione e Giudice delle leggi – 4. I tre quesiti pregiudiziali – 5. La sottostante questione istituzionale – 6. Approccio minimalista o più invasivo della Corte di giustizia? – 7. *Locus standi* nella direttiva procedure – 8. L'ipotesi di una risposta *light touch* della Corte di giustizia.

1. Premessa

L'ordinanza relativa al caso *Randstad* va oltre la questione, concernente la legittimazione ad agire in Cassazione dell'offerente estromesso da una gara pubblica, da cui la vicenda trae origine¹. In effetti, dai quesiti pregiudiziali emergono distonie tra organi apicali del potere giurisdizionale circa la configurabilità di limiti esterni all'esercizio della *iurisdictio* statale imposti dal rispetto del diritto dell'Unione (e, come si accennerà, anche della Convenzione europea dei diritti dell'uomo²).

^{*} Lo scritto riproduce la relazione svolta nel corso del Convegno organizzato dall'Istituto Grandi Infrastrutture "Appalti pubblici: la certezza del diritto alla ricerca del conforto dei giudici superiori" (Roma, 2 dicembre 2020).

¹ L'ordinanza è stata resa dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione il 18 settembre 2020, n. 19598.

² Giova sottolineare che la sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018 (di cui *infra*), che è all'origine del dissidio con le Sezioni Unite della Corte di cassazione, riguardava l'ipotesi della violazione dell'art. 117 Cost. da parte di una legge che riservava alla giurisdizione del giudice amministrativo talune controversie in materia di pubblico impiego a condizione che la domanda fosse stata proposta entro un certo termine a pena di decadenza, risolvendosi tale limitazione temporale, secondo la Cassazione, in una violazione dell'art. 6 CEDU come accertata dalla Corte di Strasburgo nelle sentenze *Mottola* e *Staibano*. In breve, nel sollevare la questione di costituzionalità, la Cassazione intendeva ricondurre ad armonia l'ordinamento interno con gli obblighi internazionali dello Stato. La Corte costituzionale dichiarò tuttavia la questione inammissibile perché il sindacato esercitato dalla Corte

Suscita certamente interesse o, in taluni, avversità che la Corte di giustizia sia chiamata a pronunciarsi, secondo il diritto dell'Unione europea, sulle divergenze tra la Cassazione cui è riservato il compito di garantire la nomofilachia e con essa l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale, da un lato, e il Giudice delle leggi e il supremo organo giurisdizionale amministrativo, dall'altro³.

Un simile intervento esterno sorprende forse meno gli studiosi del diritto internazionale e dei rapporti tra ordinamenti poiché essi sono avvezzi alle conflittualità originate dal pluralismo ordinamentale. La nota divergenza tra la Corte costituzionale e la Corte internazionale di giustizia riguardo all'immunità dalla giurisdizione italiana per crimini di guerra commessi da truppe tedesche all'epoca dell'occupazione⁴, è un esempio. Lo sono anche i contrasti tra alcune Corti supreme europee e la Corte di giustizia quando le prime contestano in chiave di nazionalistica il primato del diritto dell'Unione a fronte di orientamenti della seconda ritenuti invasivi delle sovranità interne⁵, ponendosi così il problema, più generale, della strutturale integrazione dell'ordinamento interno in quello sovranazionale e, con essa,

di cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato è circoscritto, *ex* art. 111, co. 8, Cost., al difetto assoluto del potere giurisdizionale e non include gli errori eventualmente compiuti dal giudice amministrativo nell'applicazione di norme internazionali ed europee.

³ Per un primo commento all'ordinanza v. G. Costantino, A. Carratta, G. Ruffini, Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598, in , 19 ottobre 2020; S. Barbareschi, L.A. Caruso, La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione "fuori contesto": considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598, in https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=44383>, 4 novembre 2020, p. 1 ss.; G. Greco, La violazione del diritto dell'Unione come possibile difetto di giurisdizione?, in https://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/G.-Greco-2.11.20201.pdf>, 2 novembre 2020, p. 73 ss.; M.A. Sandulli, Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020, in <a href="https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1422-guida-alla-lettura-dell-ordinanza-delle-sezioni-unite-della-corte-di-cassazione-n-19598-del-2020>>, 29 novembre 2020.

⁴ V. la sentenza Corte cost., 22 ottobre 2014 n. 238, che reca il riferimento alla nota sentenza della Corte internazionale di giustizia del 2012, avverso la quale il Giudice delle leggi ha opposto la dottrina dei controlimiti.

⁵ Cfr. da ultimo M. Douglas, *General Report. National Courts and the Enforcement of EU Law*, in «National Courts and the Enforcement of EU Law: The Pivotal Role of National Courts in the EU Legal Order», (The XXIX FIDE Congress in The Hague, 2020 Congress Publicationsa) a cura di M. Botman e J. Langer, The Hague 2020, p. 39 ss., e con riguardo al rapporto italiano, R. Baratta, p. 285 ss.

dell'inserimento del potere giurisdizionale statale nella cornice giudiziaria unitaria o monistica disegnata nel tempo dalla Corte di Lussemburgo (di cui si dirà *infra* par. 4). Si pensi infine, per restare su temi contigui alla vicenda *Randstad*, a taluni precedenti che pur evocano frizioni tra giudici italiani sull'applicazione di norme europee, deferite alla Corte di giustizia. Ad esempio, in *Puligienica* (C-689/13)⁶ il giudice del rinvio aveva *inter alia* attirato l'attenzione sulla regola sancita all'art. 99, co. 3, c.p.a., secondo cui la sezione del Consiglio di Stato che intenda discostarsi dall'orientamento giurisprudenziale definito dall'Adunanza plenaria, è obbligata a rimettere la questione alla stessa Adunanza⁷; ancora, in *Vitali* il TAR. Lombardia aveva evidenziato il suo dissenso rispetto a un filone giurisprudenziale del Consiglio di Stato in tema di subappalto⁸.

2. Sintesi della vicenda processuale

Comunque sia, in estrema sintesi la vicenda *Randstad* concerne la condizione giuridica del partecipante a una procedura a evidenza pubblica (di appalto) estromesso dalla Commissione giudicatrice per il mancato superamento di una prestabilita soglia di sbarramento prevista dal bando. Impugnata l'esclusione al fine di ottenere la riammissione alla gara, l'offerente si vede (correttamente, *prima facie*) rigettare in primo grado le censure non solo in punto di legittimazione ad agire, ma anche nel merito. Per contro, l'appello dinanzi al Consiglio di Stato, pur confermando il rigetto delle doglianze di *Randstad*, si conclude con la riforma della pronuncia del TAR. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, una volta che siano state respinte le contestazioni relative alla soglia di sbarramento, il ricorso principale è sic et simpliciter inammissibile in punto di rito. La ricorrente è dunque priva di legittimazione in quanto incorsa in violazione di doveri sanzionati a pena di inammissibilità, di decadenza e, in ogni caso, di esclusione dalla gara, tali da impedire la pronuncia sul merito. L'inammissibilità del ricorso consegue alle eccezioni dedotte dal ricorso incidentale escludente presentato dal controinteressato aggiudicatario9. In altri termini, sulle orme

rimettere «a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

⁶ CGUE, 5 aprile 2016, *Puligienica*, C-689/13, punto 20 (prima parte del secondo quesito).

⁷ A norma del quale «[...] la sezione cui è assegnato il ricorso» che ritenga «di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria» è obbligata a

⁸ Cfr. CGUE, 26 settembre 2019, *Vitali*, C-63/18, punto 16.

⁹ Come rilevato dal Consiglio di Stato nella sentenza del 25 febbraio 2014 dell'Adunanza

di una consolidata linea giurisprudenziale dell'Adunanza plenaria, fondata *inter alia* sul principio di economia del giudizio, la ricorrente è soltanto portatrice di un interesse di mero fatto, non molto diverso da quello di qualunque altro operatore economico del settore che abbia deciso di non partecipare alla gara¹⁰.

Avverso la sentenza del Consiglio di Stato, nel gravame per cassazione l'offerente escluso (*Randstad*) sottolinea varie incoerenze di tale giurisprudenza con il diritto dell'Unione. Con l'ordinanza n. 19598/2020, le Sezioni unite della Corte di Cassazione sospendono il procedimento e chiedono in via pregiudiziale ai giudici di Lussemburgo di pronunciarsi in sostanza sulla compatibilità, con gli obblighi imposti dal processo di integrazione europea, di un recente indirizzo della Corte Costituzionale (di cui al paragrafo successivo) che esclude la competenza della stessa Corte di cassazione a giudicare sulle eventuali violazioni del diritto dell'Unione imputabili al giudice amministrativo. Più precisamente, le Sezioni unite, accantonato l'atteggiamento prudente che in passato ha caratterizzato il controllo sulla giurisdizione amministrativa¹¹, hanno rivolto tre quesiti pregiudiziali corredati da numerose e pertinenti argomentazioni fondate sul diritto dell'Unione e sulla giurisprudenza del suo giudice naturale, la Corte di giustizia.

plenaria: «qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale e la sua accertata fondatezza preclude, al giudice, l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente principale».

¹⁰ V. in particolare la sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 25 febbraio 2014 n. 9, che ripercorre e precisa la precedente giurisprudenza (in specie la sentenza n. 4/2011) dopo che una sezione del Consiglio aveva sollecitato un revirement in tema di regolarizzazione degli atti di partecipazione a gare pubbliche tramite strumenti (il c.d. soccorso istruttorio ex art. 46 del codice dei contratti pubblici ovvero il diverso istituto, di carattere generale del procedimento amministrativo, del 'potere di soccorso' ex art. 6, co. 1, lett. b), l. n. 241 del 1990) di correzione dell'eccessivo rigore delle forme, così da privilegiare il dato sostanziale su quello meramente formale qualora non fosse in discussione la sussistenza dei requisiti di partecipazione e la capacità tecnica ed economica dell'impresa.
¹¹ SANDULLI, Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020, cit., p. 3 ss., che parla anche di attitudine 'eccessivamente prudenziale' e di 'estrema cautela' delle Sezioni unite.

3. Cenni sulla frizione tra Corte di Cassazione e Giudice delle leggi

Come è noto, l'accennato filone giurisprudenziale del supremo giudice amministrativo è stato inizialmente, e a più riprese, disatteso dalla Corte di cassazione, la quale ha affermato che la nozione di 'motivi inerenti alla giurisdizione' (di cui all'art. 111, co. 8, Cost. 12, e agli articoli 91 e 110 c.p.a. che utilizzano la medesima formulazione letterale) include *inter alia* le censure volte a contestare l'erronea applicazione del diritto dell'Unione.

Invero, secondo una concezione estensiva prefigurata dalla Corte di cassazione in alcuni, peraltro circoscritti, suoi precedenti¹³, l'eccesso di potere giudiziario o, altrimenti detto, il difetto di giurisdizione sussiste *inter* alia qualora il giudice amministrativo abbia esercitato poteri di cui è in realtà privo, oltrepassando i limiti delle proprie attribuzioni a detrimento – per quel che qui interessa – delle competenze che i Trattati riservano alla Corte di giustizia. Il superamento dei limiti esterni alla iurisdictio dei giudici amministrativi è cioè considerato un vizio censurabile in cassazione in quanto motivo inerente all'esercizio della stessa iurisdictio¹⁴. Così facendo, il giudice di legittimità persegue in ultima analisi lo scopo, in sé meritevole di apprezzamento, di porre un argine alla formazione di giudicati viziati da eventuali errores in iudicando o in procedendo commessi dal giudice amministrativo a scapito della corretta applicazione dell'*acquis* dell'Unione (e della CEDU): apprezzabile in quanto è ragionevole attendersi che un organo nazionale si adoperi per evitare che lo Stato incorra in forme di responsabilità per violazione di obblighi europei (e internazionali).

La successiva sentenza n. 6/2018 della Corte costituzionale si pone in senso decisamente contrario all'indirizzo della Corte di cassazione: il ricorso, appunto per cassazione, è inammissibile perché la violazione dell'*acquis* – e, va sottolineato *per incidens* non senza inquietudine, anche della CEDU¹⁵ – non è riconducibile alla nozione di 'motivi inerenti alla

¹² Come è ben noto, ai sensi dell'articolo 111, co. 8, Cost., «contro le decisioni del Consiglio di Stato [...] il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione».

¹³ La natura riduttiva dell'orientamento complessivo della Corte di cassazione è sottolineata da SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, cit., p. 9 ss.

¹⁴ Cfr. Cass., Sez. un., 6 febbraio 2015 n. 2242, in «Foro it.», 2016, I, p. 327; Id., 29 dicembre 2017 n. 31226, in «Foro it.», 2018, I, p. 1709.

¹⁵ La questione non può essere qui affrontata neppure per sommi capi: v. da ultimo il dibattito tra giudici e studiosi in A. RUGGERI, *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, Atti del XXIV Convegno SIDI (Roma 5-6 giugno 2019) a cura di G. Palmisano,

giurisdizione', trattandosi piuttosto di violazione di legge di cui all'art. 111, co. 7, Cost., non censurabile quindi in cassazione ai sensi del comma successivo¹⁶. Di conseguenza, se ne dovrebbe desumere che, qualora il giudice amministrativo abbia erroneamente interpretato e applicato il diritto dell'Unione, omettendo, se del caso, di procedere al necessario rinvio pregiudiziale per risolvere correttamente questioni relative all'*acquis*, l'interessato fruirebbe dell'unico e indiretto rimedio del risarcimento del danno, purché, ovviamente, si accerti *ex post*, con giudizio separato, la violazione del diritto dell'Unione da parte dei giudici amministrativi secondo le condizioni restrittive previste dalla giurisprudenza *Francovich* e i relativi seguiti¹⁷.

4. I tre quesiti pregiudiziali

Nei tre quesiti pregiudiziali, l'ordinanza di rinvio n. 19598/2020 solleva numerose e complesse questioni di coerenza con il diritto dell'Unione del suddetto indirizzo giurisprudenziale del Consiglio di Stato, come avallato dal Giudice delle leggi. Nel prosieguo non sono affrontate le varie tematiche di ordine più strettamente interno, sottostanti alla stessa ordinanza, e in particolare quella secondo cui il modello costituzionale di interesse legittimo non sarebbe connesso alla garanzia di legalità 'in sé dell'azione amministrativa'¹⁸ o quella relativa alla scelta di fondo dei Costituenti sull'assetto pluralistico delle giurisdizioni. Mi limito a osservare che a mio avviso, qualunque sarà l'orientamento della Corte di giustizia, la sua sentenza non eroderà i capisaldi del sistema giudiziario interno, non rientrando evidentemente nei suoi compiti farlo.

Due profili di rilievo sovranazionale meritano di essere segnalati: uno è di natura istituzionale, l'altro è anzitutto attinente all'interpretazione della

Napoli, Esi 2020, p. 445 ss.

¹⁶ Corte cost., 18 gennaio 2018 n. 6, punti 11 ss. (parte 'in diritto').

¹⁷ La Corte costituzionale si limita a rilevare che in caso di 'violazione di norme dell'Unione o della CEDU', il problema «deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 cod. proc. civ.» (sent. n. 6/2018, punto 14.1, parte 'in diritto').

¹⁸ G. Tropea, *Il Golem europeo e i "motivi inerenti alla giurisdizione" (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1315-il-golem-europeo-e-i-motivi-inerenti-alla-giurisdizione-nota-a-cass-sez-un-ord-18-settembre-2020-n-19598, 7 ottobre 2020.

c.d. direttiva procedure (o ricorsi) in punto di legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo e sarà esaminato in seguito (*infra*, par. 7).

La questione di rilievo istituzionale – che maggiormente interessa in questa sede – emerge in vario modo nei tre quesiti pregiudiziali. I primi due chiedono se il diritto dell'Unione 'osti' alla 'prassi interpretativa' del giudice costituzionale da cui si desume che le eventuali violazioni dell'acquis non sono (o non sono più) censurabili per cassazione anche quando il giudice amministrativo: i) abbia adottato indirizzi contrastanti con la giurisprudenza della Corte di giustizia, nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici (primo quesito); ovvero ii) abbia 'immotivatamente' omesso di 'effettuare il rinvio pregiudiziale', pur ricorrendo le condizioni di cui alla giurisprudenza Cilfit, 'con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario' (secondo quesito). In relazione a entrambi i quesiti assume rilievo la circostanza, sottolineata dalla Corte di cassazione, per cui la sentenza n. 6/2018 rende 'irrimediabile' il contrasto tra la disposizione sovranazionale e la condotta erronea del giudice amministrativo, così da pregiudicare l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive garantite dal diritto dell'Unione. Quest'ultimo profilo emerge più direttamente nel terzo quesito pregiudiziale (di cui si dirà infra par. 7).

Rilevo infine in via incidentale che la violazione del meccanismo di rinvio pregiudiziale da parte di un giudice nazionale (e dunque anche del giudice amministrativo) è suscettibile di generare l'infrazione dell'art. 6 CEDU quando la richiesta di rinvio sia stata respinta senza adeguata motivazione¹⁹; e verosimilmente anche dell'art. 13 CEDU.

5. La sottostante questione istituzionale

Il problema sottostante non è di poco momento perché ruota intorno al ruolo di supremo custode del diritto comune, riservato alla Corte di giustizia, alla quale il diritto primario richiede, sin dalle origini del processo di integrazione europea, di vegliare sul «rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati» (art. 19, par. 1, co. 1, TUE), nella specie

¹⁹ Rinvio, per brevità, per la ricostruzione della questione e per i necessari riferimenti alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, a R. Baratta, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea*, Wolters Kluver, Milano 2020, p. 304 ss.

delle norme europee in materia di contratti pubblici. L'esigenza che 'the law is observed' (versione inglese della stessa disposizione) è di primaria importanza nell'assetto istituzionale dell'Unione che si caratterizza per un fattore – l'uniformità di interpretazione e applicazione – che spesso difetta in altre forme di cooperazione interstatuale. L'unità dell'ordinamento giuridico dell'Unione e la certezza del suo diritto sono principi di sistema dell'ordinamento stesso²⁰, indipendentemente dal fatto che nella sua giurisprudenza la Corte di giustizia vi si sia conformata in assoluto.

Strettamente connesso a tale fattore è il meccanismo del rinvio pregiudiziale che – si sa – ha stabilito una procedura di dialogo tra Corte di Lussemburgo e giudici nazionali. Si tratta di uno strumento valorizzato al punto che le relative competenze sono state espressamente definite, dalla stessa Corte, come la 'chiave di volta' del sistema giurisdizionale dell'Unione. Si è così prefigurato un modello giurisdizionale di tutela dei diritti che poggia sull'essenziale ruolo assegnato ai giudici nazionali – definiti i giudici del diritto comune – che applicano quotidianamente le norme europee come uniformemente interpretate dalla Corte di giustizia: solo così la loro effettività è garantita nel territorio dell'Unione²¹.

Tale costruzione unitaria del sistema giurisdizionale – riconducibile all'accettazione dei Trattati e dunque al consenso originario degli Stati membri, pur nei termini in cui esso è stato tradotto dalla Corte di giustizia nella sua pluridecennale giurisprudenza – postula inevitabilmente un rapporto di essenziale complementarietà tra giudice dell'Unione e giudice nazionale a tutela dei diritti attribuiti dalle norme comuni: alla Corte di giustizia è affidata la funzione nomofilattica, mentre al secondo è attribuito il compito di applicare uniformemente il diritto.

Coerente con tale costruzione pretoria si pone l'ulteriore vincolo inserito ex novo nei Trattati dalla riforma di Lisbona, peraltro spesso trascurato in dottrina. Si allude all'obbligo degli Stati membri di 'assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione', dovendo essi stabilire, nei rispettivi ordinamenti interni, «i rimedi

²⁰ Basti ricordare che la Corte di giustizia – con un comunicato stampa, senza precedenti nella sua storia, posto che «i servizi dell'istituzione non commentano mai una sentenza di un organo giurisdizionale nazionale» – ha reagito alla sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sul programma PSPP della Banca centrale europea, ricordando che ad essa soltanto spetta il compito di garantire l' «applicazione uniforme del diritto dell'Unione» (comunicato stampa a seguito della sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020, n. 58/20, Lussemburgo, 8 maggio 2020, in *www.curia.europa.eu.*).

²¹ Per brevità rinvio, anche per i necessari riferimenti giurisprudenziali, a Baratta, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea*, cit., p. 9 ss. e 229 ss.

giurisdizionali necessari» (art. 19, par. 1, co. 2, TUE). Al riguardo, la Corte di giustizia non ha mancato recentemente di evidenziare che la novella va letta congiuntamente al principio di leale cooperazione²².

Dinanzi a un simile quadro normativo di riferimento, riassunto per sommi capi, la Corte di giustizia, nel rispondere al rinvio *Randstad*, potrebbe percorrere almeno due strade, e forse una terza via intermedia, di seguito illustrate.

6. Approccio minimalista o più invasivo della Corte di giustizia?

Nella prima, per così dire, minimalista, la Corte potrebbe decidere di non risolvere il dissidio tra i nostri organi apicali, ritenendolo sostanzialmente interno al sistema giudiziario nazionale²³, e quindi coperto dal principio dell'autonomia dei rimedi giurisdizionali interni nell'applicazione del diritto comune. Se l'Unione – si potrebbe sostenere – presuppone gli ordinamenti giudiziari statali e, con essi, le rispettive diversità di sistema, spetta agli Stati membri, che fruiscono di un'ampia sfera di discrezionalità in materia, predisporre i mezzi processuali a garanzia del diritto comune. Ciò a condizione che le modalità procedurali interne, da un lato, non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi previsti per la tutela dei diritti derivanti dalle norme interne (criterio dell'equivalenza) e, dall'altro, non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'*acquis* (criterio dell'effettività)²⁴; e fermo restando che – con specifico riguardo all'applicazione delle norme europee in materia di contratti pubblici sottese alla vicenda *Randstad* – le modalità

²² V. CGUE, par. 1/09 dell'8 marzo 2011, punti 68 e 69; e le sentenze CGUE, 3 ottobre 2013, *Inuit*, C-583/11, punti 99-101; Id., 27 settembre 2017, *Puškár*, C-73/16, punto 57; Id., 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, punti 33 e 34; Id., ordinanza 8 aprile 2020, *Commissione* c. *Polonia*, C-791719 R, punto 30.

²³ B. Caravita, *La Cassazione pone la Costituzione davanti al diritto europeo? Postilla*, in https://www.federazioni-a-primalettura-di-ord.-Cass.-SS.UU_.-18-settembre-2020-n.-19598.pdf,, 4 novembre 2020, p. 21; R. Bin, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione*, in https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=44450, 18 novembre 2020.

²⁴ Cfr. CGUE, 30 settembre 2010, *Strabag e a.*, C-314/09, punto 34; Id., 6 ottobre 2015, *Orizzonte Salute*, C-61/14, punto 46; Id., 26 novembre 2015, *MedEval*, C-166/14, punti 32, 35 e 37.

procedurali interne relative ai diritti conferiti dal diritto dell'Unione ai candidati ed agli offerenti lesi da decisioni delle autorità aggiudicatrici non mettano in pericolo l'effetto utile della c.d. direttiva procedure (di cui si dirà *infra*)²⁵.

In altri termini, la Corte di giustizia potrebbe spogliarsi della questione per rimetterla all'assetto ordinamentale interno, giudicandola di *domestic jurisdiction*, di *internal judiciary*, ove, s'intende, ritenesse che il sistema processuale italiano soddisfa criteri e condizioni anzidetti.

Tuttavia, non può a priori escludersi che la Corte di giustizia intraprenda un cammino opposto. Per un verso, è lo stesso giudice del rinvio a rilevare che il requisito dell'equivalenza non è soddisfatto perché i ricorsi in Cassazione per violazione del diritto nazionale sono ammissibili ove si imputi al Consiglio di Stato un'attività invasiva del legislatore nazionale, mentre l'identico risultato è escluso, in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018, quando sia in gioco la non corretta applicazione del diritto dell'Unione²⁶. Per altro verso, anche il rispetto del requisito dell'effettività è dubbio per vari motivi. *In primis*, la disposizione nazionale, così come interpretata dal Giudice delle leggi, non permette di correggere né l'erronea applicazione della normativa europea sui contratti pubblici in cui sia eventualmente incorso il giudice amministrativo (primo quesito), né il mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia pur ricorrendone i presupposti (secondo quesito), pregiudicando in tali circostanze il disegno unitario del sistema giurisdizionale di cui si è detto in precedenza. In secondo luogo, anticipando un elemento normativo di cui si dirà più oltre, conviene sottolineare che, per il settore dei contratti pubblici, l'art. 1 della direttiva 89/665 (c.d. direttiva procedure), impone agli Stati membri di predisporre procedure di 'ricorso efficac[i]' in caso di 'presunta violazione' (si noti, presunta, non effettiva) delle norme europee o delle norme nazionali di recepimento. L'effetto utile di queste ultime potrebbe dunque non essere garantito nell'ordinamento italiano²⁷.

In definitiva, i dubbi sul rispetto dei criteri di equivalenza e di effettività

²⁵ Cfr. CGUE, 3 marzo 2005, *Fabricom*, C-21/03 e C-34/03, punto 42; Id., 6 ottobre 2015, *Orizzonte Salute*, cit., punto 47; Id., 15 settembre 2016, *Star Storage e a.*, C-439/14 e C-488/14, punto 43.

²⁶ V. Cass., 18 settembre 2020 n. 19598, cit., punto 41.1.

²⁷ Favorevoli all'ordinanza della Corte di cassazione sono i commenti di B. NASCIMBENE e P. PIVA, *Il rinvio della Corte di cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in , 24 novembre 2020.

(soprattutto di quest'ultimo, che è reso esplicito dalla legislazione europea sui contratti pubblici) potrebbero indurre la Corte di giustizia a respingere la tesi che considera la disciplina dei quesiti pregiudiziali quale questione interna in virtù del principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri; tanto più che, quand'anche sia vero che l'organizzazione della giustizia ricade nella loro competenza, non è meno vero che essi sono tenuti a rispettare gli obblighi imposti dal diritto comune e ad assicurare l'effettività dei rimedi giurisdizionali²⁸.

Se si ponesse nella prospettiva appena descritta, la Corte potrebbe assumere una postura, per così dire, maggiormente invasiva del sistema giuridico nazionale: come si vedrà, i precedenti non mancano. Così facendo, la Corte di Lussemburgo potrebbe muovere dalle disposizioni di cui all'art. 19, par. 1 e 3, TUE, e ribadire la rilevanza del meccanismo del rinvio pregiudiziale nella logica monistico-complementare del sistema giurisdizionale dell'Unione poc'anzi descritta. In questa prospettiva i rimedi giurisdizionali interni, considerati funzionali al rispetto del diritto dell'Unione, possono, *rectius* debbono, essere interpretati in chiave di maggiore garanzia di effettività del diritto dell'Unione.

Assumerebbe così rilievo, in questo ipotetico *iter* logico, il filone giurisprudenziale concernente l'obbligo di interpretazione conforme del diritto interno che si presta a essere ricostruito come un vincolo di *due diligence*, inerente ai Trattati e rivolto ai giudici nazionali, che contribuisce ad assicurare la piena efficacia del diritto dell'Unione²⁹. Il principio dell'interpretazione conciliatrice esige che i giudici nazionali, nei limiti dei rispettivi poteri e nella sfera di applicazione delle norme europee, considerino l'insieme del diritto interno in una visione unitaria e sistematica; e orientino i metodi di interpretazione verso il fine della piena efficacia del diritto dell'Unione, sì da pervenire a una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultimo³⁰. In caso contrario, il giudice nazionale non potrebbe che

²⁸ Cfr. CGUE, 8 aprile 2020, *Commissione c. Polonia*, cit., punto 29.

²⁹ V. le sentenze CGUE, *Pfeiffer e a.*, C-397/01 a C-403/01, punto 114; Id., 19 gennaio 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, punto 48; Id., 24 gennaio 2012, *Dominguez*, C-282/10, punto 24; Id., 24 maggio 2012, *Amia*, C-97/11, punto 28. Secondo una giurisprudenza costante, il giudice nazionale chiamato a interpretare il proprio diritto nazionale è tenuto a farlo per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva, onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima: si vedano gli storici precedenti CGUE, 10 aprile 1984, *von Colson e Kamann*, C-14/83, punto 26, e CGUE, 13 novembre 1990, *Marleasing*, C-106/89, punto 8.

³⁰ Sul punto si rinvia per una ricostruzione più dettagliata a R. BARATTA, *Il telos dell'interpretazione conforme all'acquis dell'Unione*, in «Rivista dir. internaz.», 2015, p. 28 ss. con riguardo in particolare alla direttiva ricorsi, le sentenze Dominguez, cit., punto 27, e

disapplicare il diritto interno³¹, in forza del primato del diritto dell'Unione che, secondo la Corte di giustizia, è destinato a prevalere anche sull'assetto costituzionale, come riaffermato ad esempio in *Kücükdeveci*³². In altre parole, i giudici nazionali, nell'ambito delle rispettive competenze, sono tenuti a garantire la piena efficacia delle norme europee³³: in caso contrario, sarebbe arduo garantire l'uguaglianza tra Stati membri nel trattamento degli operatori economici e, più in generale, dei destinatari delle stesse norme.

In questo *iter* ricostruttivo, non sarebbe decisivo – mi sembra – argomentare che in Randstad la Corte di cassazione non è giudice di ultimo grado ai sensi dell'art. 267 TFUE perché tale sarebbe unicamente il Consiglio di Stato in quanto «organo di ultimo grado della giurisdizione amministrativa» (art. 6, co. 2, c.p.a.). Si potrebbe infatti replicare che tale disposizione debba di per sé essere oggetto di interpretazione conforme affinché si garantisca la massima efficacia al diritto dell'Unione, e debba quindi essere intesa attribuendo alla Cassazione il ruolo di organo di ultima istanza, seppure nei limiti del controllo sui 'motivi inerenti alla giurisdizione'. È questo un possibile indirizzo interpretativo delineato da un giudice apicale interno, le Sezioni unite, ancorché tale indirizzo non sia condiviso dal Consiglio di Stato e, in specie, dal Giudice delle leggi. Certo, l'ordinamento dell'Unione non impone un terzo grado di giudizio³⁴. Peraltro, non è meno vero che, nella misura in cui sia previsto dal diritto interno, il rimedio in questione debba essere accessibile a garanzia delle

Amia, cit., punto 29.

³¹ Cfr. ad esempio, a proposito nuovamente della direttiva ricorsi, CGUE, 28 gennaio 2010, *Uniplex*, C-406/08, punto 49, in cui la Corte ha decisamente affermato che «in ogni caso, qualora le disposizioni nazionali relative ai termini di ricorso non si dovessero prestare ad un'interpretazione conforme alla direttiva 89/665, il giudice nazionale sarebbe tenuto a disapplicarle al fine di applicare integralmente il diritto comunitario e di proteggere i diritti che questo attribuisce ai singoli» (con ulteriori riferimenti alla giurisprudenza precedente). L'obbligo di disapplicazione del diritto interno (riconducibile alla celebre sentenza CGUE, 9 marzo 1978, *Simmenthal*, C-106/77, punti 21 e 24, ribadita ad esempio nella sentenza CGUE, 11 settembre 2014, *A*, C-112/13, punto 36) è costante nel tempo allorché non sia possibile alcuna interpretazione conforme della disposizione nazionale (cfr. a titolo esemplificativo, con ulteriori riferimenti giurisprudenziali, le sentenze *Dominguez*, cit., punti 23 e 24; *Ami*a, cit., punti 27-30; Id., 10 ottobre 2013, *Spedition Welter*, C-306/12, punti 28-30); Id., 4 ottobre 2018, *Link Logistic*, C-384/17, punto 61.

³² V., in tal senso, la sentenza *Kücükdeveci*, cit., punto 54, con riferimenti alla giurisprudenza precedente.

³³ CGUE, 4 luglio 2006, Adeneler, C-212/04, punti 117 e 122.

³⁴ NASCIMBENE, PIVA, Il rinvio della Corte di cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?, cit.

posizioni giuridiche soggettive conferite dal diritto dell'Unione.

Più insidioso potrebbe essere invece il limite all'interpretazione conforme costituito dalla impossibilità di interpretare *contra legem* il diritto nazionale³⁵, ove, s'intende, l'impedimento sancito nella sentenza n. 6/2018 della Corte costituzionale, in qualità di Giudice delle leggi, non fosse assimilabile a una mera operazione ermeneutica, avuto riguardo ai compiti alti che esso assolve nell'ordinamento italiano. Tuttavia, resta fermo che nell'ottica di un consolidato orientamento della Corte di Lussemburgo, fondato sul principio di leale cooperazione e sull'effetto utile della procedura pregiudiziale, il giudice del rinvio è tenuto a garantire la tenuta in giudizio dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comuni³⁶. E ciò include, inevitabilmente, anche l'obbligo di disattendere una consolidata giurisprudenza nazionale, ancorché proveniente da un'autorità giurisdizionale superiore al giudice del rinvio – se del caso anche quella della Corte costituzionale – ove tale giurisprudenza conduca a esiti in contrasto con il diritto dell'Unione³⁷. Del resto, la dottrina ha mostrato come la

³⁵ Sulle ragioni del limite dell'insanabile contrarietà del diritto interno delineate dalla giurisprudenza si rinvia per brevità a BARATTA, *Il telos dell'interpretazione conforme*, cit., p. 42 ss. Cfr. di recente le sentenze CGUE, 8 novembre 2016, *Atanas Ognyanov*, C-554/14, punto 66; Id., 29 giugno 2017, *Poplawski*, C-579/15, punto 33.

³⁶ Cfr. in tal senso le sentenze CGUE,16 dicembre 1976, *Rewe*, C-33/76, punto 5; Id.,16 dicembre 1976, *Comet*, C-45/76, punto 12; Id., 9 marzo 1978, *Simmenthal*, cit., punti 21 e 22; Id., 19 giugno 1990, *Factortame*, C-213/89, punto 19; Id., 14 dicembre 1995, *Peterbroeck*, C-312/93, punto 12. Il giudice del rinvio deve inoltre disapplicare, anche di propria iniziativa, qualsiasi disposizione nazionale contraria, senza doverne attendere la previa soppressione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (cfr. le sentenze CGUE 20 ottobre 2011, *Interedil*, C-396/09, punto 38; Id., 4 giugno 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, C-5/14; Id., 5 aprile 2016, *PFE*, C-689/13, punto 40).

³⁷ Sentenze CGUE, 5 ottobre 2010, *Elchinov*, C-173/09, punto 30; Id., 15 gennaio 2013, *Križan*, C-416/10, punto 69; Id., 19 aprile 2016, C-441/14, punti 33 e 34; Id., 5 luglio 2016, *Atanas Ognyanov*, cit., punto 36. Dal punto di vista dei giudici di Lussemburgo (con il *caveat* della dottrina dei controlimiti, peraltro da essi non condivisa), detto obbligo sussiste anche nei confronti del giudice del rinvio per quanto riguarda la valutazione in diritto espressa da un giudice costituzionale, dal momento che, secondo una giurisprudenza consolidata, è inammissibile che norme di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, possano pregiudicare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione (CGUE, 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, punto 3; Id., 8 settembre 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, punto 61). Non direi che la sentenza CGUE, 24 giugno 2019, *Poplawsky*, C-573/17, punti 53 ss., metta in discussione il (consolidato) principio del primato quando la norma dell'unione è inidonea a produrre effetti diretti, dato che la vicenda riguardava la responsabilità penale di un individuo e la questione dell'obbligo di disapplicare la disposizione nazionale incompatibile con la decisione quadro sul mandato di arresto, tanto più che – come è noto – una direttiva non può in sé produrre effetti negativi

nozione di 'motivi inerenti alla giurisdizione' possa accostarsi al significato costituzionale di giurisdizione (*ex* art. 111, co. 1 e 2, Cost.) e ai principi supremi del giusto processo³⁸, superandosi così le ristrettezze interpretative affermate dal Giudice delle leggi nella sentenza n. 6/2018.

Certamente, solcando un terreno peraltro non condiviso dalla Corte di giustizia, si staglia sullo sfondo il tema dei controlimiti, come più volte delineati dalla Corte costituzionale³⁹. Tuttavia, a differenza di quanto avveniva nel caso Taricco, non è qui in gioco una cessione di sovranità verso l'Unione a detrimento di un diritto fondamentale pregiudicato dall'osservanza di norme europee. Al contrario, il diniego di accesso alla Corte di cassazione per violazione dell'*acquis* imputabile al giudice amministrativo è riconducibile alla giurisprudenza della Corte costituzionale⁴⁰.

Si potrebbe sostenere che l'esito del rinvio pregiudiziale sia comunque destinato a essere scarsamente effettivo perché la Corte costituzionale è l'interprete ultimo della nozione di motivi di giurisdizione in ragione del suo essenziale legame con l'ordine costituzionale interno: il giudice dell'Unione non potrebbe interferire (perché ultra vires) su scelte che attengono al sistema giudiziario nazionale e che sono riservate allo Stato. Si aprirebbe così uno scenario di attriti (di non semplice soluzione) con la Corte di giustizia perché, in tali circostanze, si potrebbe replicare che così facendo il dovere della Corte di cassazione, ex art. 267, co. 3, TFUE, di sollevare quesiti pregiudiziali finirebbe per avere scarsa ragione di essere. È noto poi che i giudici di Lussemburgo hanno avuto modo di precisare che i principi poc'anzi richiamati si applicano nei rapporti tra un giudice costituzionale e qualsiasi altro giudice nazionale⁴¹. Rilevo altresì che nella giurisprudenza originatasi dalla vicenda Taricco non è prospettabile che la Corte di giustizia abbia seguito la tesi del primato invertito (e dell'autolimitazione del diritto dell'Unione) sostenuta dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 24/2017 e nella sentenza n. 115/2018.

nella sfera giuridica individuale.

³⁸ COSTANTINO, CARRATTA, RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, cit.

³⁹ Tropea, *op. cit.*, par. 4.; Bin, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁰ NASCIMBENE, PIVA, *Il rinvio della Corte di cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?* cit., sottolineano come nella specie sia negato il diritto al giudice.

⁴¹ Cfr. sentenze CGUE, 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, punti 41-45 e CGUE, 7 maggio 2013, Åkerberg *Fransson*, C-617/10, punto 45.

Comunque sia, proseguendo nell'*iter* di un eventuale approccio invasivo da parte della Corte di giustizia, si può ritenere che, là dove l'indirizzo della Corte costituzionale, affermato nella sentenza n. 6/2018, precluda alla Corte di cassazione di apprestare le necessarie correzioni a esiti giudiziali in contrasto con le norme europee, si determini un vulnus all'obbligo, imposto dalle norme europee ai giudici nazionali, di garantire le situazioni soggettive previste dal diritto dell'Unione; senza contare che il dovere di rinvio pregiudiziale sarebbe vanificato⁴². Si potrebbe cioè argomentare che in caso di violazione dei diritti individuali garantiti dall'ordinamento sovranazionale per un errore (in ipotesi) imputabile al giudice amministrativo, il non accesso alla Corte di cassazione ex art. 111, co. 8, Cost. equivalga a una compressione della giurisdizione – dovuta all'interpretazione restrittiva della nozione di vizio inerente alla giurisdizione – tale da negare, almeno in parte e in certe circostanze, la piena giustiziabilità del diritto dell'Unione. In definitiva, si sarebbe indotti a ritenere che, in assenza di censurabilità per cassazione, l'effettività del diritto dell'Unione (in tesi trasgredito dalla condotta del giudice amministrativo) si ridurrebbe in misura eccessiva.

Se così fosse, le risposte ai quesiti pregiudiziali non sarebbero prive di riflessi sul diritto interno. Non sembra irragionevole, infatti, qualificare come norma sul corretto esercizio della giurisdizione amministrativa anche quella, in sé di origine esterna, che sottrae il potere ultimo di interpretare il diritto comune ai giudici nazionali affinché esso sia applicato e osservato uniformemente nel territorio dell'Unione (art. 19 TUE), per riservarlo invece al suo giudice naturale, la Corte di giustizia (e – sia detto *per incidens*, ma la questione meriterebbe riflessioni ulteriori – per garantire il rispetto degli obblighi internazionali dello Stato imposti da giudicati della Corte europea dei diritti dell'uomo).

7. Locus standi nella direttiva procedure

Il secondo profilo, racchiuso nel terzo quesito pregiudiziale posto dall'ordinanza della Corte di cassazione, riguarda il limite all'esercizio della *iurisdictio* derivante, come si è visto in precedenza, dalla concezione, accolta dal giudice delle leggi, che nega in definitiva legittimazione processuale

⁴² Il punto è messo in evidenza da Costantino, Carratta, Ruffini, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, cit., par. 6.

al partecipante alla gara pubblica che sia stato escluso dalla Commissione giudicatrice in difetto di certi requisiti previsti dalla *lex specialis*.

Ricordato che le Sezioni unite della Corte di cassazione si erano inizialmente allineate alla pronuncia della Corte costituzionale n. 6/2018⁴³, occorre anzitutto rilevare che la disciplina europea applicabile è contenuta nell'art. 1 della direttiva 89/665 (c.d. direttiva procedure o ricorsi), a norma del quale gli Stati membri sono tenuti a garantire l'accesso a una procedura di 'ricorso efficace', avverso l'amministrazione aggiudicatrice, a 'chiunque' abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di una gara pubblica e sia stato o rischi di essere leso a causa di una 'presunta violazione' dell'acquis in materia di contratti pubblici o delle corrispondenti norme nazionali di recepimento⁴⁴. Si tratta di disposizione considerata produttiva di effetto diretto perché incondizionata e sufficientemente precisa a fondare un diritto a favore di un singolo, il quale può conseguentemente farlo valere nei confronti di un'amministrazione aggiudicatrice⁴⁵.

La relativa giurisprudenza della Corte di giustizia – in linea con il dato testuale e la *ratio* della direttiva procedure – ha delineato una nozione ampia di operatore economico che deve poter accedere a un rimedio 'efficace'. La nozione è fondata sulla sussistenza di un duplice requisito: *i*) l'interesse a ottenere l'aggiudicazione di una determinata gara, anche tramite annullamento della procedura e conseguente rinnovazione della stessa; e *ii*) la violazione reale o soltanto potenziale della normativa europea applicabile o delle corrispondenti norme interne di attuazione⁴⁶. Ciò è in linea con le finalità della direttiva procedure che ha inteso rafforzare i meccanismi interni a garanzia dell'applicazione effettiva del diritto comune in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare qualora le violazioni dello stesso diritto possano essere corrette per via giudiziaria⁴⁷.

La *ratio* sottostante a una nozione così estesa di titolarità dell'azione risiede essenzialmente nel ravvisare l'utilità dell'azione stessa fintanto

⁴³ Cfr. inter alia l'ordinanza Cass., Sez. un., 16 maggio 2019 n. 13243, in «Rep. Foro it.», 2019, voce Giustizia amministrativa, n. 161.

⁴⁴ Così il congiunto disposto dell'art. 1, par. 1, co. 3, e dell'art. 1, par. 3 della direttiva ricorsi.

⁴⁵ V. CGUE, 2 giugno 2005, Koppensteiner, C-15/04, punto 38; Id., 5 aprile 2017, Marina del Mediterraneo SL, C-391/15, punti 39-41.

⁴⁶ Cfr. in particolare CGUE, 21 ottobre 2010, *Simvoulio*, C-570/08, punto 37; Id., 5 aprile 2016, *PFE*, cit., punto 23; Id., 5 aprile 2016, *Puligienica*, cit., punto 23; Id., 21 dicembre 2016, *Bietergemeinschaft*, C-355/15, punto 28; Id., 5 settembre 2019, *Lombardi*, C-333/18, punto 22; Id., 26 marzo 2020, *Hungeod*, C-469/18, punto 71.

⁴⁷ CGUE, *Marina del Mediterraneo SL*, C-391/15, cit., punto 30 (con ulteriori riferimenti alla giurisprudenza precedente).

che è possibile porre rimedio alle eventuali violazioni del diritto da parte dell'amministrazione aggiudicatrice⁴⁸. La giurisprudenza della Corte di giustizia, in virtù del principio generale della certezza del diritto, sembra sottrarre ai rimedi giudiziari soltanto le gare rispetto alle quali siano decorsi i termini di decadenza dall'azione⁴⁹ e, per ragioni identiche, le situazioni sulle quali si sia formato un giudicato interno che abbia definitivamente escluso l'offerente dalla procedura di aggiudicazione⁵⁰. In tale contesto, brevemente ricostruito, va collocato il terzo quesito: impongono le norme europee la censurabilità in cassazione delle doglianze dell'offerente escluso, dovendosi dunque negare che l'eccezione di rito escludente sollevata dall'aggiudicatario nel ricorso incidentale assuma rilievo prioritario? A me sembra che la risposta sia già scritta nell'*acquis* e nel diritto pretorio della Corte di giustizia. L'impossibilità di esaminare nel merito le censure dell'offerente escluso (ad eccezione di quelle relative all'esclusione), imposta dalla Corte costituzionale, oltre a essere scarsamente coerente con la lettera della direttiva procedure e i relativi esiti interpretativi del suo giudice naturale, è anche difficilmente compatibile con l'elemento che contraddistingue la giurisprudenza della Corte di giustizia in punto di legittimazione processuale all'azione in caso di attuale o potenziale violazione del diritto dell'Unione in materia di contratti pubblici. In effetti, fatte salve le situazioni di decadenza e di formazione del giudicato cui si è poc'anzi accennato, dalla giurisprudenza si desume, a mio parere, che la titolarità dell'azione sussiste fintanto che il giudice interno sia in condizione di ripristinare la corretta applicazione del diritto comune violato dalla stazione appaltante, inducendola ad avviare una nuova procedura. Ciò spiega, ad esempio, perché le offerenti che non siano state definitivamente escluse (e che contestino l'esclusione e l'aggiudicazione ad altri dell'appalto) sono legittimate ad agire ai sensi dell'art. 1 della direttiva procedure⁵¹; e, di nuovo, perché il ricorso incidentale escludente non possa paralizzare l'azione dell'offerente escluso quando vi sia la possibilità di annullamento della gara e di avvio di una nuova procedura di affidamento, come è particolarmente evidente nella sentenza Lombardi che riguardava una fattispecie pressoché identica al caso Randstad⁵².

⁴⁸ CGUE, *Hungeod*, cit., punto 72 (anche per ulteriori riferimenti).

⁴⁹ CGUE, *Hungeod*, cit., punti 88 ss.

⁵⁰ CGUE, 11 maggio 2017, C-131/16, *Archus e Gama*, punto 57; Id., 5 settembre 2019, *Lombardi*, cit., punti 31-32.

⁵¹ CGUE, 11 maggio 2017, Archus e Gama, cit., punto 58.

⁵² CGUE, 5 settembre 2019, *Lombardi*, cit., punto 24: «il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente escluso qualora la regolarità dell'offerta di ciascuno degli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo proce-

8. L'ipotesi di una risposta light touch della Corte di giustizia

Se, a ben vedere, sul terzo quesito la risposta della Corte di giustizia sembra già inquadrabile in non pochi, né secondari precedenti, la Corte di giustizia potrebbe in teoria anche assumere una (terza) postura di *self-restraint*, per certi versi auspicabile. Potrebbe in pratica rispondere anzitutto all'ultimo quesito, sulla scia dei precedenti indicati, e sottolineare in termini generali sia l'importanza del rinvio pregiudiziale (secondo quesito), sia dell'obbligo imposto agli Stati membri di garantire la piena efficacia e l'effettività del diritto dell'Unione, sia infine l'inidoneità della normativa italiana ad assicurare la puntuale osservanza degli obblighi imposti dall'Unione qualora essa non sia interpretata secondo l'orientamento delle sezioni unite della Corte di cassazione ⁵³. La Corte potrebbe in sostanza rimettere al giudice nazionale il compito di risolvere la questione senza inoltrarsi troppo nelle dinamiche di un sistema giurisdizionale pluralista interno fondato su ragioni storiche e riconoscimenti costituzionali assai peculiari.

Aggirato l'eventuale confronto con la Corte costituzionale, si porrebbe il problema della configurazione del rimedio alternativo costituito dal risarcimento del danno, e in particolare se esso sia mezzo adeguato ad assicurare l'efficacia del diritto sovranazionale. Se è vero che la tutela aquiliana è una forma di garanzia indiretta e succedanea, come rilevano le Sezioni unite nell'ordinanza di rinvio, il necessario riferimento normativo per una visione complessiva della questione è di nuovo costituito dalla direttiva procedure che, pur non esprimendo un *favor* generale del legislatore europeo per la conservazione del contratto stipulato in violazione dell'*acquis*, lascia agli Stati un certo margine di decisione in sede di recepimento. Infatti, questi possono stabilire che dopo la conclusione del contratto le procedure di ricorso possono limitarsi al risarcimento del danno (art. 2 par. 7, co. 2), salvo che non ricorrano le ipotesi di cui all'art. 2 *quinquies* rispetto alle quali peraltro opera, 'in circostanze eccezionali', il *caveat* delle 'esigenze

dimento, dato che, in una situazione del genere, ciascuno dei concorrenti può far valere un legittimo interesse equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare (CGUE, 4 luglio 2013, *Fastweb*, C-100/12, punto 33, e CGUE, 5 aprile 2016, *PFE*, C-689/13, punto 24)». Si veda anche la sentenza, *Puligienica*, cit., punto 28, in cui la Corte sottolinea che ciascuno dei ricorrenti avevano un interesse all'esclusione degli altri, «circostanza che potrebbe comportare la necessità per tale amministrazione di avviare una nuova procedura».

⁵³ Così del resto fece CGUE, 5 dicembre 2017, *M.A.S.*, C-42/17, punto 52, pur evitando lo scontro con la Corte costituzionale.

imperative' di interesse generale (art. 2 *quinquies*, par. 3). In definitiva, successivamente alla conclusione di un contratto pubblico, il risarcimento del danno appare come una forma di tutela adeguata in caso di violazione di norme europee.

Circa, infine, la possibilità – pur evocata dalla Corte costituzionale⁵⁴ – che il legislatore italiano possa prescrivere, in riforma dell'art. 395 c.p.c., la revoca dei giudicati che si rivelassero in contrasto con l'*acquis*, nei casi in cui il giudice amministrativo si sia pronunciato difformemente dal diritto dell'Unione, va sottolineato che la direttiva procedure non impone un rimedio del genere, sebbene neppure lo vieti. E la giurisprudenza recente sulla direttiva procedure appare del resto aperta a sanzioni nazionali volte a garantire l'effettività della normativa europea in materia di appalti, ancorché esse non siano previste dalla stessa direttiva⁵⁵.

Qualora peraltro la pronuncia della Corte di giustizia fosse posteriore al giudicato del Consiglio di Stato, il diritto interno difforme potrebbe prevalere, a detrimento del principio del primato, per motivi di certezza del diritto⁵⁶. Si ricordi peraltro che in casi del genere la Corte di giustizia ha in principio accentrato su di sé il potere di disapplicare il diritto dell'Unione, mantenendo in via eccezionale gli effetti del diritto interno difforme, qualora vi sia la necessità di garantire esigenze imperative di certezza del diritto⁵⁷.

⁵⁴ Corte cost., 18 gennaio 2018 n. 6, punto 14.1, parte 'in diritto'.

⁵⁵ Cfr. CGUE, 14 maggio 2020, *T-Systems*, C-263/19, punti 49-67 a proposito di ammenda inflitta all'ente aggiudicatore e all'aggiudicatario.

⁵⁶ La questione è complessa ed è qui soltanto evocata. Sul rapporto tra principio del primato e certezza del diritto v. di recente M. Dougan, *Primacy and the remedy of disapplication*, in «Common Market Law Review», 2019, p. 1459 ss.

⁵⁷ Infatti, sostiene la Corte, se i giudici nazionali avessero il potere di attribuire alle norme nazionali il primato sul diritto dell'Unione, anche solo provvisoriamente, in caso di contrasto con quest'ultimo, ne risulterebbe pregiudicata l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione (CGUE, 29 giugno 2019, *Inter-Environnement Wallonie e Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*, C-411/17, punto 177; Id., 25 giugno 2020, *A e altri*, C-24/19, punto 84).

Antonio Carratta

Limiti esterni di giurisdizione e principio di effettività

SOMMARIO:1. Premessa. – 2. La sent. n. 6/2018 della Corte costituzionale e il principio di effettività della tutela. – 3. L'insufficienza del rimedio auspicato dai giudici costituzionali per venire incontro al contrasto delle decisioni dei giudici interni con la giurisprudenza delle Corti sovranazionali. – 4. La rilevanza sovranazionale del principio di effettività. – 5. L'esigenza di salvaguardia del principio di effettività e il rinvio pregiudiziale alla Corte UE.

1. Premessa

Lo spunto per la riflessione intorno ai rapporti fra rispetto dei limiti esterni di giurisdizione e salvaguardia del principio di effettività viene dalla recente ordinanza (n. 19598 del 2020), con la quale le Sezioni unite della Cassazione hanno rimesso alla Corte di giustizia europea la questione pregiudiziale della compatibilità con il diritto europeo e con la stessa interpretazione della Corte dei limiti di controllo della Corte di cassazione sulle pronunce del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) che emergono dall'art. 111, co. 8, Cost., per come interpretato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 6 del 2018.

Del rapporto fra i limiti esterni di giurisdizione, per come tradizionalmente declinati, e il principio di effettività della tutela giurisdizionale l'ordinanza di rinvio delle Sezioni unite si occupa nella prima delle tre questioni pregiudiziali.

Ebbene, in proposito il ragionamento seguito dalle Sezioni unite è abbastanza semplice. Esse dubitano che l'interpretazione e l'applicazione degli artt. 111, co. 8, Cost., 360, co. 1, n. 1, 362, co. 1, c.p.c. e dell'art. 110 c.p.a., emergenti dalla prassi nazionale interna e più in particolare dall'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale nella sent. n. 6/2018, contrastino con gli artt. 4, par. 3, 19, par. 1, TUE e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Infatti – rilevano le Sezioni unite – violano il diritto dell'Unione l'interpretazione e l'applicazione delle richiamate disposizioni processuali

interne, secondo le quali non rientrerebbero fra i «motivi inerenti alla giurisdizione» le contestazioni mosse con ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato che si pongano in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia UE.

In particolare, l'interpretazione e applicazione di quelle disposizioni contrastano – secondo le Sezioni unite – con il principio secondo cui sono da considerare incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, che prevedano una privazione, anche temporanea, della libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale.

Questa privazione, infatti, ha l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario e, al tempo stesso, di pregiudicare l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione. E lo sono, appunto, in conseguenza dell'interpretazione dell'art. 111, co. 8, Cost. da ultimo seguita dalla Corte costituzionale nella sent. n. 6 del 2018.

È da chiedersi, perciò, se le cose stiano effettivamente in questi termini.

2. La sent. n. 6/2018 della Corte costituzionale e il principio di effettività della tutela

Partiamo dalla pronuncia della Corte costituzionale del 2018. Essa ha rilevato - con riferimento al contrasto delle sentenze del Consiglio di Stato con il diritto dell'Unione europea, secondo l'interpretazione vincolante della Corte di giustizia – che non poteva condividersi la conclusione, proposta nell'ordinanza delle Sezioni unite di rimessione alla stessa Corte costituzionale, secondo cui quest'ipotesi rientrerebbe fra i 'motivi inerenti alla giurisdizione' e potrebbe, di conseguenza, rientrare nei poteri di sindacato della Cassazione. L'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, infatti, aveva ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, co. 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, in relazione all'art. 117, co. 1, Cost., nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo quando siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000. Nel caso di specie, alcuni medici che svolgevano attività professionale remunerata a gettone avevano

proposto ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione avverso la sentenza del Consiglio di Stato, con cui era stata confermata la decisione del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, che aveva dichiarato inammissibile il ricorso volto all'accertamento della sussistenza di un rapporto di impiego di fatto alle dipendenze del Policlinico dell'Università di Napoli "Federico II", e alla sua condanna, unitamente all'INPS, alla conseguente regolarizzazione contributiva¹. La declaratoria di inammissibilità si fondava sulla intervenuta decadenza prevista dall'art. 69, co. 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, trattandosi di domanda attinente a un periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998, attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma proposta dopo il 15 settembre 2000. Tuttavia, successivamente alla richiamata pronuncia del Consiglio di Stato, la Corte europea dei diritti dell'uomo, adita da altri medici che versavano nella medesima condizione giuridica dei ricorrenti, aveva accertato una duplice violazione degli obblighi convenzionali da parte dello Stato italiano². In particolare, la Corte EDU aveva accertato la violazione dell'art. 6, § 1, della CEDU, in quanto la decadenza prevista dalla norma censurata avrebbe «posto un ostacolo procedurale costituente sostanziale negazione del diritto invocato»; nonché dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla stessa Convenzione, dato che il diritto di credito pensionistico dei ricorrenti, in quanto riconosciuto dalla giurisprudenza interna, costituiva ai sensi del citato parametro convenzionale un 'bene' della persona e la decisione del Consiglio di Stato aveva svuotato la loro legittima aspettativa al suo conseguimento.

Proprio in base a tali premesse i ricorrenti avevano proposto ricorso per cassazione, sostenendo che, alla luce delle pronunce della Corte EDU, l'interpretazione dell'art. 69, co. 7, del d.lgs. n. 165 del 2001 adottata dal Consiglio di Stato si risolveva in un diniego di tutela giurisdizionale in violazione dell'art. 6 della CEDU, sanzionabile davanti alle Sezioni unite della Cassazione, ai sensi dell'art. 362, co. 1, c.p.c. Il rimettente ricordava che, secondo la propria giurisprudenza consolidata, il sindacato esercitato dalla Cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 362, co. 1, c.p.c. e dell'art. 110 del d.lgs. n. 104 del 2010, è consentito ove si richieda l'accertamento dell'eventuale sconfinamento del secondo dai 'limiti esterni' della giurisdizione, per il riscontro di vizi che riguardano l'essenza della funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio, restando, per converso, escluso ogni sindacato sui limiti interni, cui attengono gli *errores in iudicando* o *in procedendo*. Alla stregua di tale impostazione, il ricorso

¹ Cons. St., Sez. VI, 30 luglio 2013 n. 4001.

² Corte eur. dir. uomo, 4 febbraio 2014, Mottola c. Italia e Staibano e altri c. Italia.

per cassazione avverso le pronunce del Consiglio di Stato sarebbe esperibile solo nell'ipotesi in cui la sentenza del giudice amministrativo abbia violato l'ambito della giurisdizione in generale – esercitandola nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, oppure, al contrario, negandola sull'erroneo presupposto che la domanda non possa formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale – ovvero nell'ipotesi in cui abbia violato i cosiddetti limiti esterni della giurisdizione, allorquando, cioè, si pronunci su materia attribuita al giudice ordinario o ad altro giudice speciale, oppure neghi la sua giurisdizione nell'erroneo convincimento che appartenga ad altro giudice.

Aggiungeva ancora il rimettente che, proprio a proposito del confine oltre il quale le Sezioni unite non possono spingersi nell'esercizio di tale sindacato, si sarebbe andata affermando una nozione di limite esterno «da intendersi in senso dinamico, nel senso dell'effettività della tutela giurisdizionale».

In quest'ottica, il giudizio sulla giurisdizione non sarebbe più uno strumento di «accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato», ma costituirebbe uno strumento per affermare il diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi: sarebbe norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. A tale principio – proseguiva il rimettente – le Sezioni unite avevano già fatto ricorso in precedenza, in un caso in cui il Consiglio di Stato aveva interpretato una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione europea per come risultante da una pronuncia della Corte di giustizia UE successivamente intervenuta³.

Nel caso oggetto del nuovo ricorso per cassazione la situazione sarebbe analoga, perché anche in questo caso il giudice dell'impugnazione si sarebbe trovato nella condizione di evitare che la decisione gravata, una volta divenuta definitiva, esplicasse i suoi effetti in maniera contrastante con norme sovranazionali cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione. Ad avviso delle Sezioni unite, dunque, la situazione in esame sarebbe rientrata in uno di quei casi estremi in cui il giudice amministrativo adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per *errores in iudicando* o *in procedendo* che danno luogo al superamento del limite esterno. Ed in questa direzione sollecitavano un intervento degli stessi

³ Il riferimento era a Cass., Sez. un., 6 dicembre 2015 n. 2403.

giudici costituzionali, in sede di interpretazione dell'art. 111, co. 8, Cost., che ammette il ricorso per cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione».

Ma in quell'occasione i giudici costituzionali avevano rilevato che la tesi, secondo cui il ricorso per cassazione per «motivi inerenti alla giurisdizione» comprenda anche il sindacato su *errores in procedendo* o *in iudicando* «non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale»⁴.

Quest'ipotesi, secondo i giudici costituzionali, dovrebbe ricostruirsi, piuttosto, come semplice violazione di legge ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c., come tale incensurabile con il ricorso per cassazione. Ne deriverebbe che le pronunce del Consiglio di Stato, pure in contrasto con il diritto UE per come interpretato dalla Corte di giustizia, non sarebbero in alcun modo sindacabili o impugnabili.

Seguendo quest'impostazione, quindi, la violazione del diritto dell'Unione europea da parte dei giudici amministrativi diventerebbe irrimediabile nell'ordinamento interno.

Residuerebbe solo, per la parte che abbia subito la violazione del diritto UE, la possibilità di ottenere il risarcimento del danno per responsabilità dello Stato per violazione, appunto, del diritto UE.

Ebbene, questa conclusione – concludono le Sezioni unite nell'ord. n. 19598 del 2020 – non può dirsi compatibile con il principio di effettività della tutela delle situazioni sostanziali di derivazione europea.

3. L'insufficienza del rimedio auspicato dai giudici costituzionali per venire incontro al contrasto delle decisioni dei giudici interni con la giurisprudenza delle Corti sovranazionali

A dire il vero gli stessi giudici costituzionali si pongono la questione della conformità dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto interno al principio di effettività, ma arrivano alla conclusione che non ci sia alcun problema di effettività di tutela.

Nella motivazione della sent. n. 6 del 2018 della Corte costituzionale si legge, in effetti, che «il problema indubbiamente esiste» specialmente nei casi in cui le sentenze del giudice amministrativo risultino in contrasto con qualche decisione contraria delle Corti sovranazionali sopravvenuta e non esistente al momento in cui il giudice interno di era pronunciato.

⁴ Così, in motivazione, Corte cost., 18 gennaio 2018 n. 6, in «Giur it.», 2018, p. 704 ss.

Ma gli stessi giudici costituzionali implicitamente negano che questa lacuna ponga un problema di effettività di tutela giurisdizionale, limitandosi ad aggiungere che questo problema «deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con [l'introduzione da parte del legislatore] di un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 c.p.c.», come già la stessa Corte costituzionale aveva auspicato nella precedente sent. n. 123/2017 con riferimento alle sentenze della Corte EDU.

Sennonché, in un successivo intervento, la sent. n. 93 del 27 aprile 2018, gli stessi giudici costituzionali hanno dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'assenza, tra i casi di revocazione di cui all'art. 395 c.p.c., anche del caso in cui la sentenza del giudice interno risulti in contrasto con statuizioni vincolanti della Corte europea dei diritti dell'uomo, successivamente intervenuta. Così ammettendo, implicitamente, la non praticabilità allo stato attuale del rimedio pure in teoria prospettato.

Senza considerare, poi, che il rimedio della revocazione, ove anche venisse esteso in via legislativa all'ipotesi del contrasto della decisione del giudice interno con la giurisprudenza sopravvenuta delle Corti sovranazionali, comunque difficilmente sarebbe praticabile al fine di impedire il contrasto delle decisioni dei giudici interni con la giurisprudenza precedente delle stesse Corti sovranazionali. Come nello specifico è accaduto nella vicenda all'esame delle Sezioni unite dalla quale è scaturita l'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte europea.

Infatti, mentre nel caso di un contrasto sopravvenuto della pronuncia interna con la giurisprudenza della Corte UE siamo in presenza di una circostanza sopravvenuta che in effetti potrebbe giustificare il rimedio della revocazione straordinaria avverso la pronuncia interna, nel caso del contrasto con la precedente giurisprudenza della Corte siamo in presenza – proprio seguendo l'impostazione della sent. n. 6/2018 della Corte costituzionale – di una violazione di legge che non potrebbe in alcun modo essere ricondotta ad un vizio revocatorio, essendo sindacabile solo attraverso il ricorso per cassazione *ex* art. 360 n. 3 c.p.c. Si tratterebbe di un vizio, cioè, sindacabile esclusivamente attraverso un rimedio la cui esperibilità viene esclusa in premessa dall'ordinamento sulla base dell'art. 111, co. 8, Cost.

Quindi, per intenderci, se anche dovesse arrivarsi ad introdurre in via legislativa un nuovo motivo di revocazione straordinaria per contrasto della decisione dei giudici interni con sopravvenute decisioni delle Corte sovranazionali, certamente questa soluzione non potrebbe estendersi anche all'ipotesi di cui si occupa l'ordinanza di rinvio pregiudiziale delle Sezioni unite, che attiene, invece, al contrasto della decisione dei giudici amministrativi con la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia UE.

4. La rilevanza sovranazionale del principio di effettività

Faccio anche notare che la pronuncia dei giudici costituzionali n. 6/2018, pur riconoscendo che l'eventuale contrasto fra le sentenze del Consiglio di Stato e il diritto dell'Unione o la giurisprudenza della Corte di giustizia o della Corte di Strasburgo (nel caso di specie di questo si trattava) pone un problema di effettività della tutela, continua a declinare il principio di effettività e il problema della sua garanzia come se fosse un problema esclusivamente «domestico» e non imponesse ai giudici interni di confrontarsi con l'impianto normativo sovranazionale.

Infatti, si legge nella motivazione della sent. n. 6 del 2018 che «quanto all'effettività della tutela e al giusto processo, non c'è dubbio che essi vadano garantiti, ma a cura degli organi giurisdizionali a ciò deputati dalla Costituzione e non in sede di controllo sulla giurisdizione» (punto 14 della motivazione).

Ma in questa maniera mi pare che i giudici costituzionali abbiano eluso il problema di come assicurare l'effettività della tutela delle situazioni sostanziali di derivazione europea e si siano sottratti al confronto – che, invece, sarebbe stato necessario e che con l'ordinanza di rinvio le Sezioni unite ristabiliscono – fra la soluzione che sembrerebbe emergere dal dettato costituzionale, per come interpretato dagli stessi giudici costituzionali, e gli standards di effettività imposti dall'ordinamento sovranazionale.

Seguendo questa soluzione, infatti, si trascura il fatto che attraverso un'interpretazione restrittiva dell'art. 111, co. 8, Cost., certamente si ottiene una limitazione del potere di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti), ma allo stesso tempo si espone l'ordinamento italiano nel suo complesso al contrasto con i principi dell'ordinamento sovranazionale.

Contrasto tanto più grave se si considera che si fonda, come nel caso di specie, sull'interpretazione di una disposizione di rango costituzionale, e che espone al rischio concreto che un'interpretazione di una disposizione costituzionale (l'8° comma dell'art. 111 Cost.) in modo conforme ai principi sovranazionali di unità ed effettività alla fine venga imposta dalla Corte sovranazionale⁵.

⁵ Nonostante che alla Corte sovranazionale non abbia fatto rinvio pregiudiziale la stessa Corte costituzionale, come probabilmente sarebbe stato opportuno e come è accaduto in altre occasioni (v., ad es., Corte cost., 10 maggio 2019 n. 117, in «Foro it.», 2019, I, c. 3421 ss.; Corte cost., 30 luglio 2020 n. 182). Sui rapporti fra Corte costituzionale e Corte di giustizia dell'Unione v., da ultimo, G. Amoroso, *La doppia pregiudizialità – costituzionale ed europea – nel quadro della giurisprudenza della Corte costituzionale e della*

5. L'esigenza di salvaguardia del principio di effettività e il rinvio pregiudiziale alla Corte UE

L'ordinanza di rinvio delle Sezioni unite del 2020, dunque, a mio parere non va letta come un modo per portare davanti alla Corte di giustizia un contrasto tutto interno fra la Corte di Cassazione e la Corte costituzionale. Se ci si limitasse a questo non si inquadrerebbe correttamente il problema. Probabilmente c'è anche questo dietro il rinvio, ma non può essere solo questo.

La sostanza che l'ordinanza fa emergere è che esiste un problema di compatibilità dell'impianto normativo (costituzionale) interno con il principio di effettività della tutela di diritti riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione europea ed in ogni caso con gli *standards* di tutela pretesi dal diritto europeo.

E questo problema nasce dal fatto che, seguendo l'interpretazione della disposizione costituzionale offerta dalla Consulta, la violazione da parte dei giudici amministrativi del diritto dell'Unione europea, per come vincolativamente interpretato dalla Corte di giustizia, non sarebbe rimediabile nell'ordinamento interno. Al soggetto che abbia subito questa violazione residuerebbe, infatti, la sola possibilità del risarcimento del danno per responsabilità dello Stato.

Ma questo, come sappiamo, è ben altra cosa rispetto all'effettività della tutela.

Ora, è senz'altro vero che, in presenza di una situazione come quella che si è venuta a determinare a seguito della pronuncia dei giudici costituzionali del 2018, le Sezioni unite – facendo tesoro delle soluzioni prospettate tradizionalmente dalla Corte di giustizia UE in situazioni simili – avrebbero potuto optare o per la disapplicazione del diritto interno, ritenuto in contrasto con l'ordinamento dell'Unione, o disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea.

Seguendo la prima soluzione le Sezioni unite avrebbero esercitato correttamente il potere interpretativo della disciplina ordinaria interna quale giudice della giurisdizione (art. 65 ord. giud.), ma avrebbero operato in grave e pericoloso contrasto con la decisione dei giudici costituzionali del 2018. Sia chiaro, non un contrasto di rilevanza giuridica, visto che la pronuncia dei giudici costituzionali è di rigetto dell'eccezione di illegittimità costituzionale), ma certamente un contrasto istituzionale.

Opportunamente, perciò, esse hanno optato per la seconda soluzione, chiedendo ai giudici europei di sciogliere il «nodo gordiano» posto

dall'interpretazione eccessivamente formalistica (o, se si vuole, statica) dell'art. 111, co. 8, Cost. alla quale è pervenuta nel 2018 la Corte costituzionale. Vedremo come decideranno i giudici europei, ma di per sé la scelta operata dalle Sezioni unite mi pare pienamente coerente con l'impostazione che la stessa Corte di giustizia europea ha seguito tutte le volte in cui emergeva negli ordinamenti interni agli Stati un problema di compatibilità con il principio di effettività di tutela di situazioni sostanziali di derivazione europea.

Certo, si può anche sostenere che le Sezioni unite avrebbero potuto sorvolare sul problema come, del resto, avevano fatto alcuni mesi prima e adeguarsi all'impostazione offerta dalla sent. n. 6/2018 della Corte costituzionale, ritenendola una pronuncia dall'indubbia «pregnanza e vincolante rilevanza»⁶, sebbene si trattasse – come già detto – di una sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato inammissibile la prospettata eccezione.

Ma così operando avrebbero dovuto rinunciare al solo modo che, dal loro punto di vista, consente di superare il problema dell'effettività della tutela che emerge dall'art. 111, co. 8, Cost. Già in passato, infatti, le stesse Sezioni unite avevano trattato come violazione dei c.d. limiti esterni della giurisdizione del Consiglio di Stato le ipotesi in cui le sentenze dei giudici amministrativi si erano poste in esplicito contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia europea senza aver provveduto al rinvio pregiudiziale⁷. Ed in questo stesso senso si era espressa anche – ma ovviamente prima della sent.

⁶ Così Cass., Sez. un. 16 maggio 2019 n. 13243; Cass., Sez. un., 25 marzo 2019 n. 8311; Cass., Sez. un., 20 marzo 2019 n. 7926. V. anche, nello stesso senso, Cass., Sez. un., 6 marzo 2020 n. 6460, secondo la quale la sent. n. 6 del 2018 della Corte costituzionale «categoricamente esclude che l'intervento delle sezioni unite della Corte di cassazione, in sede di controllo di giurisdizione, possa essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU, perché scorrettamente viene ricondotto al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata), in quanto tale estraneo a quell'istituto».

⁷ V., ad es., Cass., Sez. un., 6 febbraio 2015 n. 2242, in «Foro it.», 2016, I, c. 327 ss., con osservazioni di D. Occhetti; Cass., Sez. un., 29 dicembre 2017 n. 31226, *ivi*, 2018, I, c. 1709 ss., con nota di G. Sigismondi, che fa riferimento all'ipotesi in cui il Consiglio di Stato abbia fatto applicazione di una regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea; Cass., Sez. un., 18 dicembre 2017 n. 30301, che include nel sindacato sul rispetto dei limiti esterni di giurisdizione del Consiglio di Stato il caso in cui l'errore si sia tradotto in un'interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla Corte di giustizia europea; in quest'ultimo senso anche Cass., Sez. un., 17 gennaio 2017 n. 953; Cass., Sez. un., 8 aprile 2016, n. 6891, in «Foro it.», 2016, I, c. 1667 ss.

n. 6 del 2018 della Corte costituzionale – l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, aderendo pienamente all'orientamento delle Sezioni unite secondo cui l'interpretazione da parte del giudice amministrativo di una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione europea dà luogo alla violazione di un limite esterno di giurisdizione⁸.

Si tratta nella sostanza di accedere ad un'interpretazione evolutiva dei «limiti esterni» di giurisdizione che consenta alle Sezioni unite non solo – come si ritiene tradizionalmente – di sindacare le decisioni del Consiglio di stato (e della Corte dei conti) che invadano le attribuzioni di altri organi giurisdizionali interni o del legislatore o della Pubblica Amministrazione (c.d. invasione o sconfinamento) o affermino erroneamente il difetto assoluto di giurisdizione (c.d. arretramento), ma di sindacarle anche quando invadano le attribuzioni specifiche ed esclusive della Corte di giustizia europea nell'interpretazione del diritto dell'Unione, impedendo di fatto la tutela effettiva di situazioni sostanziali di derivazione europea.

⁸ Cons. St., Ad. Plen., 9 giugno 2016 n. 11, in «Foro it.», 2017, III, c. 186 ss.

Antonio Carratta, Giorgio Costantino, Giuseppe Ruffini

Limiti esterni di giurisdizione: il contrasto fra Sezioni unite e Corte costituzionale arriva alla Corte UE

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il caso – 3. I quesiti posti alla Corte UE – 4. La motivazione – 5. *Error in iudicando* o «sconfinamento»? – 6. Sulla sussistenza dei presupposti per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE – 7. La giurisprudenza della Corte di giustizia UE sui limiti degli Stati membri in materia processuale – 8. Il rinvio pregiudiziale delle Sezioni unite e il controllo della Corte di giustizia UE sul rispetto del principio di effettività – 9. Per il superamento della contrapposizione tra limiti esterni e limiti interni di giurisdizione nell'interpretazione dell'art. 111, co. 8, Cost. e dell'art. 110 c.p.a.

1. Premessa

Le Sezioni unite della Corte di Cassazione hanno sollevato una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE ed hanno rimesso gli atti alla Corte UE, perché hanno ritenuto che «la possibilità di giudicare ammissibile il ricorso [...] e dare corso all'esame nel merito dello stesso è ostacolata da una prassi interpretativa nazionale, che ha preso le mosse da una sentenza della Corte costituzionale (n. 6 del 2018)».

Già in altre occasioni il Giudice delle leggi, il vertice della giurisdizione nazionale e le corti sovranazionali hanno espresso valutazioni difformi.

Basti pensare, a mero titolo esemplificativo, alle vicende relative all'efficacia dell'accertamento compiuto dal giudice penale in base al codice di procedura penale del 1930¹, oppure alla questione relativa alla natura delle commissioni tributarie². Possono peraltro essere ricordate anche la

¹ Dopo una sentenza interpretativa di rigetto (Corte cost., 19 febbraio 1965 n. 5), la Corte costituzionale prese atto del persistente orientamento contrario della Cassazione e dichiarò l'illegittimità delle disposizioni denunciate: Corte cost., 22 marzo 1971 n. 55; Id., 27 giugno 1973 n. 99; Id., 26 giugno 1975 n. 165. V., da ultimo, anche per indicazioni, A. Carratta, Accertamento fattuale del giudice penale ed efficacia nel processo civile in «Processo penale e processo civile: interferenze e questioni irrisolte», Giappichelli, Torino, 2020, p. 3.
² Fino agli anni '70 del secolo scorso, la Cassazione riconosceva natura giurisdizionale alle commissioni tributarie allora esistenti e riteneva, quindi, ammissibili, ai sensi

tormentata storia del risarcimento del danno da occupazione acquisitiva, nella quale è stata coinvolta anche la CEDU³, nonché la questione relativa alla immunità degli Stati per crimini di guerra, che pure ha coinvolto corti internazionali⁴. Meritano infine di essere menzionate, anche per i riflessi sul caso in esame, la vicenda relativa alla c.d. «pregiudiziale amministrativa»⁵

dell'art. 111 Cost., i ricorsi proposti contro le decisioni emesse da questi organi; la Corte costituzionale, invece, negava ad esse tale natura e, quindi, che potessero sollevare questioni di legittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 23, legge n. 87/1953. Quando furono «revisionate» le commissioni tributarie allora esistenti, istituite nel 1936, si dubitò della legittimità della «revisione»; si ritenne che, in realtà, fossero stati istituiti nuovi giudici «speciali», in violazione dell'art. 102, co. 1°, Cost. Ma il dubbio venne respinto dalla Corte costituzionale: Corte cost., 19 dicembre 1974 n. 287 e Corte cost., 15 luglio 1976 n. 215: «il problema di costituzionalità è legato a quello della natura giuridica delle commissioni tributarie, e cioè a una questione lungamente e costantemente controversa, che ha rivelato i termini della sua opinabilità anche recentemente nel contrasto interpretativo in cui sono venute a trovarsi la Corte costituzionale da una parte e la Corte di cassazione dall'altra». La conclusione è stata, quindi, confermata dalla successiva giurisprudenza della Corte: Corte cost., 23 aprile 1998 n. 144, e Corte cost., 14 maggio 2008 n. 130.

- ³ Cass., Sez. un. 26 febbraio 1983 n. 1464, preceduta da Cass., 8 giugno 1979 n. 3243, qualificò acquisto a titolo originario l'occupazione non preceduta da un regolare procedimento espropriativo. Il legislatore nazionale, intervenne nella materia, riconobbe il diritto al risarcimento del danno del privato e ne regolò l'esercizio. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con due coeve sentenze, censurò l'Italia per la contraddittorietà delle applicazioni giurisprudenziali e per la mancanza di norme interne «sufficientemente accessibili, precise e prevedibili»: Corte eur. dir. uomo, 30 maggio 1995, *Belvedere alberghiera s.r.l. c. Italia*; Id., 30 maggio 1995, *Carbonara e Ventura c. Italia*. Con la sentenza 24 ottobre 2007 n. 349, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 5 bis d.l. 333/1992, conv. in legge 359/1992, che aveva determinato legalmente la misura del danno. Il punto di arrivo della vicenda è stato segnato da Cass., Sez. un., 19 gennaio 2015 n. 735.
- ⁴ Cass., 29 maggio 2008 n. 14201, aveva negato l'immunità «in presenza di comportamenti ... che, in quanto lesivi dei valori universali di risapetto della dignità umana che trascendono gli interessi delle singole comunità statali, segnano il punto di rottura dell'esercizio tollerabile della sovranità». La Corte dell'Aja, con la sentenza del 3 febbraio 2012, aveva rilevato che «allo stato attuale del diritto internazionale consuetudinario, uno Stato non viene privato dell'immunità per la sola ragione che esso è accusato di violazioni gravi del diritto internazionale dei diritti umani o del diritto internazionale dei conflitti armati». La Corte di cassazione ne ha preso atto: Cass., 21 febbraio 2013 n. 4284. Ma Corte cost., 22 ottobre 2014 n. 238, ha dichiarato costituzionalmente illegittime le disposizioni che obbligano il «giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia (CIG) del 3 febbraio 2012, che gli impone di negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di uno Stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona».
- ⁵ Dopo la sentenza, che aveva riconosciuto il diritto al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi (Cass., Sez. un., 22 luglio 1999 n. 500) e dopo le pronunce della Corte costituzionale che hanno fatto giustizia del riparto di giurisdizione per blocchi di

e quella concernente la *translatio iudicii* tra giudice ordinario e giudici speciali (e viceversa)⁶, nel sistema precedente all'entrata in vigore della legge n. 69/2009 (art. 59) e del c.p.a (art. 11)⁷.

A quanto risulta, tuttavia, è la prima volta che giudice superiore si rivolge ad una corte internazionale per risolvere un contrasto con un altro giudice superiore.

2. Il caso

Quella che segue è, in estrema sintesi, la vicenda sulla quale si sono pronunciate le Sezioni unite con l'ordinanza 18 settembre 2020, n. 19598. Il Tribunale Amministrativo Regionale, rigettata l'eccezione di difetto di

materie (Corte cost., 5 luglio 2004 n. 204; Id., 28 luglio 2004 n. 281), si era posto il problema della tutela risarcitoria, qualora questa non fosse stata chiesta congiuntamente all'azione di annullamento dell'atto o del silenzio della p.a. Di fronte al rifiuto del giudice amministrativo di adeguarsi al «precedente», la Cassazione ha affermato che il rifiuto del giudice amministrativo di riconoscere il diritto al risarcimento indipendentemente dall'annullamento dell'atto (o del silenzio) equivale alla negazione della propria giurisdizione, cosicché i relativi provvedimenti possono essere impugnati per cassazione, ai sensi dell'art. 362 c.p.c. e il principio di diritto enunciato dalla Corte vincola il giudice di rinvio. L'art. 30 c.p.a. ha stabilito un termine di decadenza di centoventi giorni per l'esercizio dell'azione risarcitoria. Le questioni di legittimità costituzionale relative a questa disposizione sono state, finora, dichiarate inammissibili per difetto di rilevanza: Corte cost., 12 dicembre 2012 n. 280; Id., 31 marzo 2015 n. 57. Anche per indicazioni, v. P.L. TOMAIUOLI, *Il diritto amministrativo nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in < https://www.questionegiustizia.it/data/doc/2663/tomaiuoli.pdf>, 7 ottobre 2020.

⁶ Poco dopo la sentenza con la quale le Sezioni unite, al fine di affermare *de iure condito* l'ammissibilità della *translatio iudicii* dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa), avevano posto come premessa indispensabile la mancanza nel nostro ordinamento di un espresso divieto in tal senso, sulla base di una inedita rilettura degli artt. 367 e 382 c.p.c. (Cass., Sez. un., 22 febbraio 2007 n. 4109), con la sentenza 12 marzo 2007 n. 77 la Corte costituzionale – «pur nella consapevolezza dell'intento ispiratore della sentenza n. 4109 del 2007» – aveva espressamente negato la premessa posta dalla Cassazione alla base della propria ricostruzione, giungendo così alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 30, legge n. 1034/1971.

⁷ Cfr. in proposito G. Ruffini, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii fra confusione del legislatore ed equivoci degli interpreti*, in «Giur. it.», 2013, p. 214 ss., «nella parte in cui non prevede che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione».

legittimazione di un concorrente escluso ad impugnare un provvedimento di aggiudicazione di un appalto, ha respinto il ricorso per ragioni di merito.

Il Consiglio di Stato ha affermato che il concorrente escluso dalla gara di appalto è portatore «di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico del settore che non ha partecipato alla gara» ed ha negato che il Tribunale Amministrativo Regionale avesse il potere di esaminare il merito della controversia.

Contro la sentenza del Consiglio di Stato è stato proposto ricorso per cassazione per violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale e per motivi inerenti alla giurisdizione.

3. I quesiti posti alla Corte UE

Il più autorevole collegio della Corte ha ritenuto che la decisione sul ricorso implicasse una questione pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) ed ha rimesso gli atti alla Corte UE, alla quale ha sottoposto tre quesiti, che possono essere sintetizzati come segue.

Con il primo (§ 46), è stato chiesto se la nozione di motivi 'inerenti' ovvero 'attinenti' alla giurisdizione, ai sensi degli artt. 111, co. 8, Cost. e 362, co. 1, c.p.c., recepita dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 6 del 2018⁸, sia compatibile con il diritto europeo, nella parte in cui essa pregiudica «l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria».

Con il secondo quesito (§ 60), è stato chiesto se non sia invece necessario superare quella nozione restrittiva ed ammettere, invece, i ricorsi per cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato, che abbiano violato il diritto europeo e che abbiano omesso il rinvio pregiudiziale alla Corte UE, ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Con il terzo quesito (§ 66), è stato chiesto se sia compatibile con il diritto europeo l'orientamento del Consiglio di Stato, per il quale il concorrente escluso da una gara di appalto non è legittimato a contestare l'aggiudicazione.

⁸ Corte cost., 18 gennaio 2018 n. 6, in «Foro it.», 2018, I, c. 373, in «Giur. it.», 2018, p. 704, in «Giur. costit.», 2018, p. 104, con nota di M. Mazzamuto, in «Foro amm.», 2018, p. 749.

4. La motivazione

Nella motivazione, in premessa, la Corte ha fornito un analitico quadro normativo della disciplina europea e di quella nazionale.

Ha richiamato (§ 14) la direttiva 89/665/CE, modificata dalla direttiva 2007/66/CE, ed ha dato anche conto dei «considerando». Ha ricordato (§ 15) l'art. 111, co. 8, Cost., l'art. 65 o.g. di cui al r.d. n. 12/1941, gli artt. 100, 360, 362 e 395 c.p.c., gli artt. 1, 2, 35, 42, 91, 102, 110 e 111 c.p.a. di cui al d.lgs. n. 104/2010, l'art. 620, co. 1, lett. c), c.p.p. e l'art. 2909 c.c.

Secondo la Corte, la possibilità di dichiarare ammissibile il ricorso e giudicarne il merito sarebbe «ostacolata da una prassi interpretativa nazionale, che ha preso le mosse da una sentenza della Corte costituzionale (n. 6 del 2018) la quale si è espressa in senso opposto. Seguendo tale sentenza, il ricorso in esame dovrebbe essere dichiarato inammissibile, a prescindere da ogni valutazione circa l'esistenza del denunciato contrasto della sentenza impugnata con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea» (§ 20).

La Corte ha anche ricordato che «si è ritenuto che è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Rientra pertanto nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost. la eroghi concretamente»; e che «si è ritenuto ammissibile il sindacato delle Sezioni unite sulle decisioni del Consiglio di Stato, per motivi inerenti alla giurisdizione, nei casi di radicale stravolgimento delle norme di rito, tali da implicare un evidente diniego di giustizia e un eccesso di potere giurisdizionale» (§ 23.1). Ed ha rilevato che, in base alla nozione di motivi 'inerenti' ovvero 'attinenti' alla giurisdizione, di cui agli artt. 111, co. 8, Cost. e 362, co. 1, c.p.c., recepita dalla giurisprudenza, «la violazione del diritto dell'Unione Europea da parte dei giudici amministrativi è (o si afferma essere) irrimediabile nell'ordinamento nazionale» (§ 31). Ha quindi rimesso gli atti alla Corte UE.

5. Error in iudicando o «sconfinamento»?

Le Sezioni unite hanno ribadito che l'interpretazione della «nozione (e del giudizio) sulla giurisdizione» è ad esse esclusivamente riservata, ma hanno indicato l'ostacolo alla dichiarazione di ammissibilità del ricorso ed alla sua valutazione nel merito in «una prassi interpretativa nazionale» inaugurata da Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 6.

In quell'occasione, il Giudice delle leggi ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata proprio dal più autorevole collegio della Corte⁹.

Nel rimettere la questione di legittimità costituzionale, le Sezioni unite si erano poste il problema della ammissibilità del ricorso contro la sentenza impugnata del Consiglio di Stato e lo avevano risolto in senso positivo. Nella motivazione, avevano rilevato che «è principio consolidatosi nella giurisprudenza di queste Sezioni unite che il sindacato esercitato dalla Corte di cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 362 c.p.c., co. 1, e art. 110 c.p.a., è consentito ove si richieda l'accertamento dell'eventuale sconfinamento del Consiglio dai limiti esterni della propria giurisdizione, per il riscontro di vizi che riguardano l'essenza della funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio, restando, per converso, escluso ogni sindacato sui limiti interni della giurisdizione, cui attengono gli *errores in iudicando* o *in procedendo*». Ed avevano soggiunto che «è andata affermandosi una nozione di 'limite esterno' collegato all'evoluzione della giurisdizione, da intendere in senso dinamico, nel senso dell'effettività della tutela giurisdizionale [...]. In quest'ambito, il giudizio sulla giurisdizione rimesso alle Sezioni unite non è più riconducibile ad una verifica di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, né è rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma costituisce uno strumento per affermare il diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi. Dunque, 'è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca'».

Secondo le Sezioni unite rimettenti, il Consiglio di Stato aveva 'sconfinato' dai poteri attribuitigli dalla legge; il ricorso era, pertanto, ammissibile, la questione di legittimità costituzionale avrebbe potuto essere sollevata e gli atti avrebbero potuto essere rimessi alla Corte costituzionale.

⁹ Cass., Sez. un., 8 aprile 2016 n. 6891, in «Foro it.», 2016, I, c. 1667.

Quest'ultima non ha condiviso la premessa ed ha dichiarato la questione di legittimità costituzionale inammissibile.

Nella motivazione ha riferito che, secondo le Sezioni unite, «si è andato affermando nella sua giurisprudenza una interpretazione 'evolutiva' e 'dinamica' del concetto di giurisdizione, che gli consentirebbe di sindacare non solo le norme che individuano «i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale», ma anche quelle che stabiliscono 'le forme di tutela' attraverso cui la giurisdizione si estrinseca»; e che «questo concetto lato di giurisdizione sarebbe stato utilizzato per cassare una sentenza del Consiglio di Stato che aveva interpretato le norme di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione europea, per come acclarato da una pronuncia della Corte di giustizia successivamente intervenuta». Ha affermato che il sindacato sugli errores in procedendo o in iudicando non può qualificarsi come un'interpretazione evolutiva, poiché non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale»; che «quest'ultima attinge il suo significato e il suo valore dalla contrapposizione con il precedente 7° comma, che prevede il generale ricorso in Cassazione per violazione di legge contro le sentenze degli altri giudici, contrapposizione evidenziata dalla specificazione che il ricorso avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è ammesso per i 'soli' motivi inerenti alla giurisdizione. Ne consegue che deve ritenersi inammissibile ogni interpretazione di tali motivi che, sconfinando dal loro ambito tradizionale, comporti una più o meno completa assimilazione dei due tipi di ricorso».

Nel § 15 della motivazione, la Corte costituzionale ha concluso nel senso che «l' 'eccesso di potere giudiziario' [...] va riferito [...] alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, [...] nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione». Secondo la Corte costituzionale, il «difetto assoluto di giurisdizione» sussiste «quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (c.d. invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (c.d. arretramento); il «difetto relativo di giurisdizione» sussiste, invece, «quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici».

Qualche mese dopo la menzionata decisione della Corte costituzionale, le Sezioni unite¹⁰ hanno ribadito che «il controllo della Corte di

¹⁰ Cass., 26 novembre 2018 n. 30526.

cassazione sulle pronunce giurisdizionali del Consiglio di Stato è limitato all'accertamento dell'eventuale sconfinamento dai limiti esterni della propria giurisdizione da parte del massimo organo della giustizia amministrativa, cui non è consentito invadere arbitrariamente il campo dell'attività riservata alla pubblica amministrazione attraverso l'esercizio di poteri di cognizione e di decisione non previsti dalla legge, con conseguente trapasso da una giurisdizione di legittimità a quella di merito, come può accadere, ad esempio, quando il giudice amministrativo compia atti di valutazione della mera opportunità dell'atto impugnato, sostituendo propri criteri di valutazione a quelli discrezionali della pubblica amministrazione, o adotti decisioni finali interamente sostitutive delle determinazioni spettanti all'amministrazione medesima [....] Si è perciò affermato che l'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost. è configurabile solo quando l'indagine svolta dal giudice amministrativo, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, sia stata strumentale a una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, procedendo ad un sindacato di merito che si estrinsechi in una pronunzia che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa ...)».

Con l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del 2016, le Sezioni unite hanno ritenuto che il Consiglio di Stato avesse travalicato i poteri attribuitigli dalla legge; la Corte costituzionale, nel 2018, ha negato che 'sconfinamento' vi fosse stato.

Sia l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del 2016 che la sentenza della Corte costituzionale del 2018 hanno fatto riferimento ad una «interpretazione 'evolutiva' e 'dinamica' del concetto di giurisdizione»; le Sezioni unite per affermarne la necessità, la Corte costituzionale per negarne l'ammissibilità.

L'ordinanza del 2020, che si commenta, in base alla premessa che la conclusione alla quale è pervenuto il Giudice delle leggi nel 2018 «ostacoli» il potere di censurare gli «sconfinamenti» del Consiglio di Stato, ha invocato l'intervento della Corte di giustizia UE.

Non sembra peraltro che il contrasto sussista in relazione all'interpretazione 'evolutiva' del concetto di giurisdizione e all'estensione del concetto di limite esterno in chiave 'dinamica'. Nella ordinanza del 2016, questa ricostruzione è menzionata, ma non è posta a fondamento della rimessione al Giudice delle leggi. Essa è nettamente contrastata dalla Corte costituzionale nel 2018, considerata, per questa ragione, un 'ostacolo' dall'ordinanza in esame.

La questione consiste, invece, nello stabilire se il Consiglio di Stato, allorché applichi la disciplina europea in senso difforme dalle indicazioni della Corte UE e non rimetta gli atti a quest'ultima, commetta un semplice error in iudicando oppure 'sconfini' dai poteri attribuitigli dalla legge. Nel primo caso la sentenza del giudice speciale non sarebbe sindacabile; nel secondo, essa potrebbe essere censurata per motivi 'inerenti' o 'attinenti' alla giurisdizione. La soluzione, poi, dipende dalla specifica fattispecie sottoposta all'esame dell'organo giudicante.

6. Sulla sussistenza dei presupposti per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Il primo profilo che le Sezioni unite affrontano è la sussistenza dei presupposti per il rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di giustizia UE. Esse osservano che, se fosse fondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dai resistenti, non vi sarebbe spazio per il rinvio pregiudiziale, in quanto il giudizio dovrebbe concludersi con una decisione in rito di inammissibilità. Ma l'esigenza di accedere al rinvio pregiudiziale sorge – sempre secondo il ragionamento delle Sezioni unite – in considerazione della non condivisione della prospettata eccezione di inammissibilità.

Ora, l'eccezione di inammissibilità era stata avanzata dai resistenti sul presupposto che il ricorso in questione sarebbe stato diretto a denunciare un vizio dell'impugnata sentenza del Consiglio di Stato incensurabile in Cassazione perché configurabile come un' ordinaria ipotesi di violazione di legge sostanziale (art. 360 n. 3 c.p.c.) e, come tale, non rientrante fra le ipotesi di violazione dei 'limiti esterni' della giurisdizione amministrativa, le uniche ritenute idonee ad integrare il motivo 'inerente alla giurisdizione', che, ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost., consente il sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato. Ed a sostegno di tale eccezione i resistenti avevano richiamato una recente pronuncia delle stesse Sezioni unite (16 maggio 2019, n. 13243), che ha aderito all'orientamento espresso in argomento dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018¹¹.

¹¹ Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6, cit.

È evidente che, se si dovesse ritenere fondata una simile eccezione di inammissibilità del ricorso, non vi sarebbe alcuno spazio per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, diretto ad acquisire l'esatta interpretazione delle norme del diritto dell'Unione europea rilevanti in materia e, di conseguenza, a verificare se la sentenza del Consiglio di Stato, oggetto del ricorso in questione, si ponga o no in contrasto con tale interpretazione e debba essere cassata. Infatti, non rientrando fra i poteri della Cassazione quello di sindacare le sentenze del Consiglio di Stato per violazione del diritto dell'Unione europea, non avrebbe alcuna rilevanza il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Il discorso si chiuderebbe ancor prima di essere aperto, in quanto la questione dell'eventuale violazione del diritto dell'Unione da parte della sentenza del Consiglio di Stato non dovrebbe neanche essere posta all'attenzione della Cassazione, perché si tratterebbe di questione non più rimediabile con il ricorso per cassazione. Ed in effetti a questa conclusione - assenza dei presupposti per il rinvio pregiudiziale sulla questione di cui si occupa l'ordinanza in commento – erano giunte le stesse Sezioni unite qualche mese fa, in considerazione del fatto che «difetta in radice il potere di questa Corte di disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, omesso dal Consiglio di Stato nella sentenza impugnata, siccome spetta a queste Sezioni unite solo di vagliarne il rispetto dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, senza che, su tale attribuzione di controllo, siano evidenziabili norme dell'Unione Europea su cui possano ipotizzarsi quesiti interpretativi»¹².

Lo spazio per il rinvio pregiudiziale si apre, però, perché le Sezioni unite sono del parere che la questione dell'eventuale violazione del diritto dell'Unione europea e della giurisprudenza della Corte di giustizia sulla questione oggetto del ricorso¹³ da parte della sentenza del Consiglio di Stato

¹² Così Cass., Sez. un., 6 marzo 2020, n. 6460, che, di conseguenza, ha rigettato la richiesta di rinvio pregiudiziale avanzata dai ricorrenti, ritenendo che – alla luce della sent. n. 6 del 2018 della Corte costituzionale – la Cassazione sia «priva di potestà di sindacato» sul modo in cui il Consiglio di Stato abbia esercitato «la propria giurisdizione nell'interpretazione delle norme alla stregua dei parametri europeo e costituzionale».

¹³ Nello specifico la questione sulla quale il Consiglio di Stato si sarebbe posto in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea attiene alla possibilità – ammessa dal giudice sovranazionale e negata dal Consiglio di Stato – che il concorrente escluso da una gara sia comunque legittimato a proporre censure volte ad inficiare la regolarità delle offerte dell'aggiudicataria o degli altri partecipanti alla gara. In diversi precedenti la Corte di giustizia europea ha ritenuto che tale legittimazione dovesse essere riconosciuta anche al concorrente escluso in quanto, se la denunciata irregolarità dovesse essere accertata, la gara sarebbe annullata e il concorrente escluso potrebbe parteciparvi (v.,

impugnata esorbiti dai motivi inerenti la violazione di legge sostanziale, inammissibili nel ricorso per cassazione avverso le sentenze dei giudici amministrativi, essendo invece ricostruibile come questione inerente la giurisdizione, come tale censurabile attraverso il ricorso al giudice della legittimità¹⁴.

Sennonché, questa convinzione delle Sezioni unite, che indurrebbe a considerare ammissibile il ricorso proposto, incontra un evidente ostacolo nella prassi interpretativa interna, avviata proprio dalla richiamata pronuncia della Corte costituzionale n. 6 del 2018 ed in base alla quale non può ritenersi «inerente alla giurisdizione» il motivo di ricorso per cassazione diretto a contestare un'eventuale violazione del diritto dell'Unione europea da parte del Consiglio di Stato. Per superare un simile ostacolo ed aprirsi la strada al sindacato della pronuncia dei giudici amministrativi per il profilo dell'eventuale contrasto con il diritto dell'Unione, l'unica strada ritenuta percorribile dalle Sezioni unite è quella di dubitare della piena compatibilità proprio di tale prassi interpretativa interna con il diritto dell'Unione europea e su questo esercitare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea.

Si tratta di riflettere, dunque, sulla correttezza del ragionamento seguito dalle Sezioni unite nel prospettare un rinvio pregiudiziale alla Corte europea rispetto ad un orientamento interpretativo che riguarda una specifica norma di diritto processuale interno, anche se suggellato da una disposizione costituzionale (art. 111, co. 8, Cost.).

A tal fine ci pare che si debba tener conto: a) sia dei limiti entro i quali per la giurisprudenza della Corte di giustizia il diritto processuale interno agli Stati membri possa assumere rilevanza per il diritto dell'Unione e, di conseguenza, giustificare un eventuale rinvio pregiudiziale che lo riguardi direttamente o che, come nel caso di specie, riguardi, una specifica prassi interpretativa; 2) sia del rispetto di tali limiti nel prospettare, come fanno le Sezioni unite con l'ordinanza in commento, la specifica questione del possibile sindacato con ricorso per cassazione anche per eventuale violazione del diritto dell'Unione delle sentenze del Consiglio di Stato.

ad es., CGUE, 5 settembre 2019, *Lombardi*, C-333/18; Id., 5 aprile 2016, *Puligienica*, C-689/13; Id., 4 luglio 2013, *Fastweb*, C-100/12).

¹⁴ Come a chi scrive è sembrato ragionevole sostenere alla luce di un'interpretazione evolutiva (o, se si vuole, dinamica) del concetto di giurisdizione: rinviamo, in proposito, ad A. CARRATTA, G. COSTANTINO, G. RUFFINI, *Per la salvaguardia delle prerogative costituzionali della Corte di cassazione*, in «Foro it.», 2018, V, c. 71 ss.

7. La giurisprudenza della Corte di giustizia UE sui limiti degli Stati membri in materia processuale

Occorre, anzitutto, osservare che – in assenza di un sistema omogeneo di norme processuali fra gli Stati membri – la Corte ha offerto una concezione del rapporto tra diritto dell'Unione e sistemi processuali nazionali improntata alla complementarità. In particolare, la Corte di giustizia ha chiarito che la competenza in materia processuale riconosciuta agli ordinamenti nazionali non è affatto incondizionata¹⁵: essa sussiste intatta, invero, sino a che rispetti determinati criteri, limiti, *standards*, elaborati dalla stessa Corte nella sua giurisprudenza¹⁶.

In altri termini, l'esercizio da parte degli Stati membri dell'autonomia processuale è stato modulato, attraverso gli orientamenti forniti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in sede di sindacato dei mezzi processuali nazionali, sino a subordinarlo al generale scopo di garantire effettività alle libertà fondamentali e alle disposizioni europee che le concretizzano, secondo un rapporto di sostanziale sussidiarietà.

Di conseguenza, al tradizionale rapporto fra diritto processuale interno e diritto europeo, improntato al principio di autonomia processuale degli Stati, si è andato via via sovrapponendo quello di sussidiarietà, alla luce del quale, qualora la disciplina processuale di uno Stato membro risulti meno favorevole degli *standards* di tutela pretesi dal diritto europeo o comunque renda eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti riconosciuti dall'ordinamento comunitario¹⁷, essa va disapplicata dal giudice nazionale o comunque interpretata conformemente a tali *standards*. È quest'ultimo, infatti, l'organo al quale è demandata tale comparazione, diretta a verificare che i rimedi interni non garantiscano una tutela meno favorevole di quella voluta dal legislatore europeo¹⁸. Questi 'correttivi' entrano in azione nei

¹⁵ CGUE, 16 dicembre 1976, Rewe, C-33/76.

¹⁶ Si rinvia, in proposito, ad A. Carratta, *Libertà fondamentali del Trattato dell'Unione Europea e processo civile*, in «Riv. dir. proc.», 2015, p. 1400 ss.

¹⁷ CGUE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, C-199/82, in «Foro it.», 1984, IV, c. 297 ss., con nota di L. Daniele, punti 14 e 15. V. anche CGUE, 29 marzo 2007, *Rewe Zentralfinanz*, C-347/04, in «Racc. giur. com. eu.» 2007, p. 2647, punto 5; Id., 13 marzo 2007, *Unibet*, C-432/05, in «Riv. it. dir. pubbl. com.», 2007, p. 823 ss., punto 43; in precedenza, CGUE, 16 dicembre 1976, *Comet*, C-45/78, in «Racc. giur. com. eu.», 1976, p. 2043 ss., punti 13-16; Id., 14 dicembre 1995, *Peterbroek*, C-312/93, in «Giur. it.» 1996, I, p. 1289 ss., con nota di R. Caranta, punto 12.

¹⁸ CGUE, 10 luglio 1997, *Palmisani*, C-261/95, in «Foro it.», 1998, IV, c. 215 ss., con nota di G. Ricci, punto 33; Id., 1 dicembre 1998, *Levez*, C-396/96, in «Racc. giur. com.

confronti del diritto processuale interno attraverso l'attività giudiziale: o della Corte di giustizia, per mezzo del rinvio pregiudiziale, o dei giudici interni, per mezzo della disapplicazione o dell'interpretazione conformatrice della norma processuale interna in contrasto con i principi di derivazione europea. Ciò con l'evidente finalità di evitare che l'autonomia degli Stati in materia processuale ostacoli la realizzazione degli obiettivi posti dal Trattato dell'Unione. L'applicazione di tali principi si traduce in particolare in un sindacato sulla coerenza, su base europea, degli strumenti di tutela accessibili nell'ordinamento nazionale, in vista dell'armonizzazione del livello di tutela giurisdizionale¹⁹.

Se teniamo conto di questa elaborazione compiuta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, dobbiamo concludere che, ove il giudice nazionale dubitasse del contrasto fra la disciplina processuale interna (o la prassi interpretativa che su di essa si sia affermata) e il diritto dell'Unione, certamente quello del rinvio pregiudiziale rappresenterebbe una soluzione obbligata diretta ad evitare che si consolidasse un'interpretazione della disciplina processuale ritenuta in violazione del diritto dell'Unione. Tanto più quando, come nel caso di specie, il giudice davanti al quale viene a prospettarsi il dubbio sia quello di ultima istanza, visto che, ai sensi dell'art. 267, par. 3, del Trattato di funzionamento dell'UE, quando una simile questione emerga in un giudizio pendente davanti ad un organo giurisdizionale le cui decisioni non siano sottoponibili ad ulteriore ricorso giurisdizionale di diritto interno, esso «è tenuto a rivolgersi alla Corte».

8. Il rinvio pregiudiziale delle Sezioni unite e il controllo della Corte di giustizia UE sul rispetto del principio di effettività

Si tratta di comprendere, allora, se il merito del rinvio pregiudiziale, prospettato dalle Sezioni unite nell'ordinanza n. 19598/2020, effettivamente faccia emergere un possibile contrasto con il diritto dell'Unione europea del diritto processuale interno in conseguenza dei limiti di sindacato della Cassazione rispetto alle sentenze del Consiglio di Stato, per come interpretato alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018.

Ebbene, in proposito il ragionamento seguito dalle Sezioni unite è

eur.», 1998, p. 7835 ss., punto 39.

¹⁹ A. Tizzano, Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario, in «Dir. un. eu.», 2009, p. 147 ss.

abbastanza semplice. Esse dubitano che l'interpretazione e applicazione degli artt. 111, co. 8, Cost., 360, co. 1, n. 1, 362, co. 1, e art. 110 c.p.a., emergenti dalla prassi nazionale interna, contrastino con gli artt. 4, par. 3, 19, par. 1, TUE e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Infatti – esse rilevano – l'interpretazione e l'applicazione delle richiamate disposizioni processuali interne, secondo le quali non rientrerebbero fra i 'motivi inerenti alla giurisdizione', sotto il profilo del c.d. difetto di potere giurisdizionale, le contestazioni mosse con ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, le quali, decidendo controversie su questioni concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione, «omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, da questa tassativamente indicate (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C-238/81) che esonerano il giudice nazionale dal suddetto obbligo», sono in contrasto con il diritto sovranazionale. In particolare, queste contrastano – secondo le Sezioni unite – con il principio secondo cui «sono da considerare incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che prevedano una privazione, anche temporanea, della libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario. di rendere irrimediabile (e favorire il consolidamento dell'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare la uniforme applicazione e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione».

Una simile conclusione è compatibile con l'orientamento secondo cui, anche dopo l'inserimento della garanzia del «giusto processo» nell'art. 111 Cost., il sindacato delle Sezioni unite della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale continua ad essere circoscritto al controllo dei limiti esterni della giurisdizione e può quindi essere esercitato soltanto avverso le sentenze del Consiglio di Stato che invadano le attribuzioni di altri organi giurisdizionali o del legislatore (quando eserciti un'attività di produzione normativa che non gli compete) o della Pubblica Amministrazione (quando compia valutazioni di opportunità o convenienza dell'atto amministrativo) 20. Sviluppando tale orientamento, la

²⁰ V., ex multis, Cass., Sez. un., 12 dicembre 2012, n. 22784; Id., 21 novembre 2011, n. 24411; Id., 28 gennaio 2011, n. 2068; Id., 30 dicembre 2004, n. 24175; Id., 15 luglio 2003, n. 11091.

Suprema Corte aveva già preso in considerazione, appunto come ipotesi di violazione dei c.d. limiti esterni della giurisdizione del Consiglio di Stato, le ipotesi in cui le sentenze dei giudici amministrativi si erano poste in esplicito contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia europea senza aver provveduto al rinvio pregiudiziale ²¹.

Come noto, tuttavia, proprio la correttezza di questo corollario interpretativo seguito dalla Corte nomofilattica è stata smentita dalla Corte costituzionale con la sent. n. 6 del 2018. La sentenza dei giudici costituzionali, infatti, ha rilevato – proprio con riferimento al contrasto delle sentenze del Consiglio di Stato con il diritto dell'Unione europea, secondo l'interpretazione vincolante della Corte di giustizia – che non potesse condividersi la conclusione secondo cui questa ipotesi rientrerebbe fra i 'motivi inerenti alla giurisdizione', in quanto essa dovrebbe ricostruirsi, piuttosto, come semplice violazione di legge, incensurabile, come tale, con il ricorso per cassazione. Seguendo quest'impostazione, che ha cominciato ad affermarsi anche nella giurisprudenza del giudice della nomofilachia sul presupposto dell'indubbia «pregnanza e vincolante rilevanza»²² della richiamata sentenza della Corte costituzionale (che, tuttavia, si è limitata a dichiarare inammissibile la prospettata eccezione), la violazione del diritto dell'Unione europea da parte dei giudici amministrativi diventerebbe

²¹ V., ad es., Cass., Sez. un., 6 febbraio 2015, n. 2242, in «Foro it.», 2016, I, c. 327 ss., con osservazioni di D. Occhetti; Id., 29 dicembre 2017, n. 31226, ivi, 2018, I, c. 1709 ss., con nota di G. Sigismondi, che fa riferimento all'ipotesi in cui il Consiglio di Stato abbia fatto applicazione di una regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea; Cass., Sez. un., 18 dicembre 2017, n. 30301, che include nel sindacato sul rispetto dei limiti esterni di giurisdizione del Consiglio di Stato il caso in cui l'errore si sia tradotto in un'interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla Corte di giustizia europea; in quest'ultimo senso anche Cass., Sez. un., 17 gennaio 2017, n. 953; Id., 8 aprile 2016, n. 6891, in «Foro it.», 2016, I, c. 1667 ss. Nello stesso senso, come rilevato dalla stessa ordinanza n. 19598/2020, si è espressa anche – prima della sent. n. 6 del 2018 della Corte costituzionale – Cons. Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11, in «Foro it.», 2017, III, c. 186 ss., che si esprime adesivamente rispetto all'orientamento delle Sezioni unite secondo cui l'interpretazione da parte del giudice amministrativo di una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione europea dà luogo alla violazione di un limite esterno della giurisdizione. ²² Così Cass., sez. un. 16 maggio 2019, n. 13243; Id., 25 marzo 2019, n. 8311; Id., 20 marzo 2019, n. 7926. V. anche, nello stesso senso, Cass., Sez. un., 6 marzo 2020 n. 6460, secondo la quale la sent. n. 6 del 2018 della Corte costituzionale «categoricamente esclude che l'intervento delle sezioni unite della Corte di cassazione, in sede di controllo di giurisdizione, possa essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU, perché scorrettamente viene ricondotto al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata), in quanto tale estraneo a quell'istituto».

irrimediabile nell'ordinamento interno, salva, comunque, la possibilità di ottenere il risarcimento del danno per responsabilità dello Stato.

È da rilevare, d'altro canto, che la stessa sent. n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, nella sua motivazione, riconosce che «il problema indubbiamente esiste» nei casi in cui le sentenze del giudice amministrativo risultino in contrasto con decisioni delle Corti sovranazionali sopravvenute. Ma aggiunge anche che questo problema «deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 c.p.c.». Sennonché, in un successivo intervento (sent. n. 93 del 2018), gli stessi giudici costituzionali hanno dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'assenza, tra i casi di revocazione di cui all'art. 395 c.p.c., anche del caso in cui la sentenza del giudice interno risulti in contrasto con statuizioni vincolanti della Corte europea dei diritti dell'uomo. Così ammettendo, implicitamente, la non praticabilità in concreto del rimedio pure in teoria prospettato e confermando, implicitamente, un problema di effettività di tutela giurisdizionale della situazione soggettiva asseritamente violata dalla non corretta applicazione del diritto europeo per come interpretato dalla Corte di giustizia.

Senza considerare, poi, che il rimedio della revocazione, ove anche potesse estendersi all'ipotesi del contrasto della decisione del giudice interno con la giurisprudenza sopravvenuta delle Corti sovranazionali, comunque non sarebbe praticabile al fine di impedire il contrasto delle decisioni dei giudici interni con la giurisprudenza precedente delle stesse Corti sovranazionali.

Emerge, dunque, un problema di compatibilità dell'impianto normativo interno con il principio di effettività della tutela di diritti riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione europea ed in ogni caso con gli *standards* di tutela pretesi dal diritto europeo. Ed in presenza di una situazione come quella che si è venuta a determinare a seguito della pronuncia dei giudici costituzionali del 2018 le Sezioni unite potevano optare – come già detto in precedenza – fra la disapplicazione del diritto interno, ritenuto in contrasto con l'ordinamento dell'Unione, ma ponendosi in grave e pericoloso contrasto con la decisione dei giudici costituzionali, ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea.

Le Sezioni unite hanno optato per questa seconda soluzione, chiedendo ai giudici europei di sciogliere il «nodo gordiano» posto dall'interpretazione eccessivamente formalistica (o, se si vuole, statica) dell'art. 111, co. 8, Cost., alla quale è pervenuta nel 2018 la Corte costituzionale senza rendersi adeguatamente conto, tra l'altro, del fatto che, suggellando quell'interpretazione, certamente si sarebbe limitato il potere di sindacato

della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato, ma allo stesso tempo si sarebbe esposto l'ordinamento italiano nel suo complesso al contrasto con i principi dell'ordinamento sovranazionale. Contrasto tanto più grave se si considera che si fonda, come nel caso di specie, sull'interpretazione di una disposizione di rango costituzionale, quale l'art. 111, co. 8, Cost., e che espone al rischio, abbastanza concreto, che un'interpretazione di una disposizione costituzionale in modo conforme ai principi sovranazionali di unità ed effettività alla fine venga imposta dalla Corte sovranazionale²³.

E del resto, è singolare che la pronuncia dei giudici costituzionali, pur riconoscendo che l'eventuale contrasto fra le sentenze del Consiglio di Stato e il diritto dell'Unione o la giurisprudenza della Corte di giustizia pone un problema di effettività della tutela, continui a declinare il principio di effettività e il problema della sua garanzia in termini esclusivamente 'domestici' e non in confronto all'impianto normativo sovranazionale. Infatti, sostenere che – come si legge nella motivazione della sent. n. 6 del 2018 – «quanto all'effettività della tutela e al giusto processo, non c'è dubbio che essi vadano garantiti, ma a cura degli organi giurisdizionali a ciò deputati dalla Costituzione e non in sede di controllo sulla giurisdizione», significa sottrarsi al necessario confronto fra la soluzione che sembrerebbe emergere dal dettato costituzionale per come interpretato dai giudici costituzionali e gli *standards* di effettività imposti dall'ordinamento sovranazionale.

9. Per il superamento della contrapposizione tra limiti esterni e limiti interni di giurisdizione nell'interpretazione dell'art. 111, co. 8, Cost. e dell'art. 110 c.p.a.

In attesa della decisione da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea delle questioni pregiudiziali sopra sintetizzate al § 3, vi è da chiedersi – al di là della prospettata possibilità di consentire al supremo organo di nomofilachia il sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato o della Corte dei conti nell'ipotesi in cui venga lamentata la violazione di norme dell'Unione o della CEDU – se e in quali limiti vi siano margini per

²³ Nonostante che alla Corte sovranazionale non abbia fatto rinvio pregiudiziale la stessa Corte costituzionale, come probabilmente sarebbe stato opportuno e come è accaduto in altre occasioni (v., ad es., Corte cost., 10 maggio 2019, n. 117, in «Foro it.», 2019, I, c. 3421 ss.; Id., 30 luglio 2020, n. 182). Sui rapporti fra Corte costituzionale e Corte di giustizia dell'Unione v., da ultimo, G. Amoroso, *La doppia pregiudizialità – costituzionale ed europea – nel quadro della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia*, in «Foro it.», 2020, V, c. 265 ss.

una rilettura dell'art. 111, co. 8, Cost. che consenta il sindacato della Corte di cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato o della Corte dei conti anche in ipotesi di *errores in iudicando* o *in procedendo* dai quali non derivi la violazione del diritto europeo.

Una tale operazione ermeneutica non deve necessariamente fondarsi sull'estensione 'dinamica' del concetto di 'limiti esterni', espressamente contestata dalla Corte costituzionale a fronte del tentativo della Corte di cassazione di ricondurre nel suo ambito anche errori nell'interpretazione ed applicazione delle norme che stabiliscono le forme di tutela attraverso le quali si estrinseca la giurisdizione, più pianamente collocabili tra i limiti c.d. interni della giurisdizione del giudice adito; la stessa, infatti, può essere direttamente fondata su una piana esegesi della citata norma costituzionale, diretta a superare il non più omologabile orientamento giurisprudenziale secondo cui i 'motivi inerenti alla giurisdizione', per i quali soltanto è consentito il ricorso per cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, attengono esclusivamente ai limiti esterni della giurisdizione di tali giudici, e quindi ai presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, e giammai ai vizi concernenti il modo del suo esercizio, anche se relativi a violazioni dei principi regolatori del «giusto processo»²⁴.

In contrasto con tale tralatizio orientamento, ribadiamo infatti che i tempi sono ormai maturi per abbandonare, alla luce della nozione costituzionale di giurisdizione ricavabile (almeno) dai commi 1, 2 e 6 dell'art. 111 Cost., la contrapposizione tra limiti c.d. interni e limiti c.d. esterni ai fini dell'accesso al controllo di legittimità da parte della Suprema Corte²⁵; con la precisazione che tale operazione non comporta affatto un'indebita equiparazione tra il ricorso consentito dall'8° comma dell'art. 111 Cost. avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per «soli motivi inerenti alla giurisdizione» ed il ricorso previsto dal precedente 7° comma in relazione alle sentenze degli altri giudici per violazione di legge e quindi, ai sensi dell'art. 360, co. 4, c.p.c., per tutti i motivi contemplati nel primo comma di tale articolo.

Pur nel dovuto rispetto del suo indiscusso ruolo di interprete ultimo

²⁴ Cfr. Cass., Sez. un., 19 gennaio 2018, n. 1410; Id., 18 maggio 2017, n. 12497; Id., 25 gennaio 2017, n. 1916, in «Riv. Corte conti», 2017, p. 604; Id., 13 febbraio 2012, n. 1979, in «Foro it.», 2013, I, c. 2881; Id., 25 luglio 2011, n. 16165, in «Riv. Corte conti», 2011, p. 385; Id., 9 giugno 2011, n. 12539: Id., 11 febbraio 2010, n. 3202; Id., 30 giugno 2008, n. 17766; Id., 8 marzo 2005, n. 4953.

²⁵ Cfr. già in questo senso Carratta, Costantino, Ruffini, *Per la salvaguardia delle prerogative costituzionali della Corte di cassazione*, cit., p. 77 ss.

delle norme costituzionali, non ci sembra infatti che possa concordarsi con la Corte costituzionale quando – dopo aver richiamato il tradizionale orientamento giurisprudenziale secondo il quale il sindacato esercitato dalla Corte di cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 362, co. 1, c.p.c., è consentito soltanto in relazione alla violazione dei limiti c.d. esterni, «restando, invece, escluso ogni sindacato sui limiti interni, cui attengono gli errores in iudicando o in procedendo» – con riferimento ai 'motivi inerenti alla giurisdizione' di cui discorre l'ultimo comma dell'art.111 Cost. (come anche l'art. 110 c.p.a.), afferma che «deve ritenersi inammissibile ogni interpretazione di tali motivi che, sconfinando dal loro ambito tradizionale, comporti una più o meno completa assimilazione dei due tipi di ricorso», «parificando i due rimedi» e «mette[ndo] in discussione la scelta di fondo dei costituenti dell'assetto pluralistico delle giurisdizioni»²⁶, ed esclude che spetti alla Corte di cassazione garantire il rispetto delle regole del «giusto processo», sul presupposto che al relativo controllo siano estranee questioni qualificabili «come propriamente di giurisdizione»²⁷.

Merita di essere segnalato, preliminarmente, che nel § 12 della motivazione, la Corte costituzionale richiama la posizione espressa da Costantino Mortati nel dibattito all'Assemblea Costituente. Ma il richiamo fornisce argomenti contrari a quanto ritenuto dal Giudice delle leggi: Mortati aveva proposto che i conflitti di giurisdizione fossero «prodotti non di fronte alla Cassazione, ma dinanzi alla Corte per le garanzie costituzionali», perché avrebbe voluto che anche al Consiglio di Stato fosse riconosciuta natura di organo costituzionale. La proposta venne respinta. L'Assemblea Costituente accettò il «criterio [...] dell'unicità della giurisdizione»²⁸. Il richiamo ad un emendamento rifiutato dal legislatore costituzionale orienta in una direzione opposta a quella voluta dalla Corte.

Va comunque rigettata in radice, perché incompatibile con il sistema, l'idea secondo la quale qualsiasi estensione dei motivi di ricorso per cassazione oltre l'ambito tradizionalmente assegnato al ricorso *ex* art. 362, co. 1, c.p.c. e/o coincidente con le questioni di giurisdizione di cui all'art. 37 c.p.c. comporti una indebita parificazione tra i rimedi contemplati nei commi 7° e 8° dell'art.111 Cost.

²⁶ Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6, cit., § 11.

²⁷ Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6, cit., § 14.

²⁸ V. il verbale n. 309 della seduta pomeridiana del 27 novembre 1947 dell'Assemblea costituente in https://www.camera.it/_dati/Costituente/Lavori/Assemblea/sed309/sed309.pdf>. Cfr. G. Costantino, *Note sul ruolo della Corte regolatrice*, in https://www.questionegiustizia.it/articolo/note-sul-ruolo-della-corte-regolatrice-_09-05-2019.php>, 9 maggio 2019.

Quale che sia, infatti, l'interpretazione della formula 'motivi inerenti alla giurisdizione', il tenore letterale dell'art. 111, 8° co., Cost. (e dell'art. 110 c.p.a.) consente di escludere dai motivi di ricorso per cassazione, attraverso i quali possono essere impugnate le sentenze del Consiglio di Stato o della Corte dei conti, non già tutti gli *errores in procedendo* ed *in iudicando* spendibili avverso le sentenze degli altri giudici ai sensi del precedente 7° comma, bensì soltanto gli *errores in procedendo* e *in iudicando* che non ineriscano alla giurisdizione²⁹.

Da questo punto di vista, l'affermazione secondo la quale dovrebbe bandirsi qualsiasi interpretazione che «comporti una più o meno completa assimilazione dei due tipi di ricorso» contemplati dai commi 7 e 8 dell'art. 111 Cost., non può certamente essere intesa nel senso di escludere che alcuni dei motivi di ricorso ammissibili ai sensi del comma 7 possano essere fatti valere anche avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, ai sensi del successivo comma 8.

I motivi inerenti alla giurisdizione rientrano tra i motivi di ricorso spendibili avverso le sentenze di tutti i giudici, sicché – fermo restando che è da bandire un'interpretazione dell'art. 111, co. 8, Cost. che attribuisca ai motivi di ricorso per cassazione ammissibili avverso le sentenze del Consiglio di Stato o della Corte dei conti un'estensione analoga a quella attribuita dal precedente 7° comma al ricorso per violazione di legge contro le sentenze degli altri giudici – è evidente che, per la parte in cui detti motivi siano sovrapponibili, i due tipi di ricorso possano in qualche modo essere assimilati.

Va inoltre osservato che una interpretazione della locuzione 'motivi inerenti alla giurisdizione' di cui all'art. 111, co. 8, Cost. come sinonimo delle 'questioni di giurisdizione' di cui all'art. 37 c.p.c., oltre ad obliterare la profonda evoluzione del sistema dei rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo, non sembra conciliabile con la nozione costituzionale di giurisdizione quale emerge dallo stesso art. 111 Cost. dopo le modifiche introdotte con la legge cost. n. 2/1999.

La necessità di superare, nell'interpretazione dell'art. 111, co. 8,

Nel senso che «le questioni di giurisdizione cui fa riferimento il comma 8 costituiscono anch'esse, a ben vedere, una violazione di legge astrattamente rientrante in quelle denunciabili ai sensi del comma 7» e che «la finalità della norma è quella di circoscrivere il sindacato della Corte di cassazione sulle sentenze dei giudici speciali», cfr. anche A. Police, F. Chirico, *I «soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in «Il processo», 2019, p. 113 ss., spec. 143 ss., i quali peraltro ritengono che dette sentenze possano essere impugnate per cassazione soltanto per le «violazioni di legge che siano qualificabili come questioni di giurisdizione in senso stretto».

Cost. e dell'art. 110 c.p.a., i confini tradizionalmente assegnati al ricorso per cassazione ex art. 362, co. 1, c.p.c., deve essere pertanto valutata dall'interprete tenendo conto, oltre che della innegabile differenza testuale tra quest'ultima norma – che in continuità con l'art. 65 co. 1, del r.d. 12/1941, sull'Ordinamento giudiziario (che attribuisce alla Corte di cassazione il compito di assicurare «il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni»), limita la possibilità di ricorso per cassazione avverso le sentenze dei giudici speciali ai soli 'motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso' – e l'ultimo comma dell'art. 111 Cost., che invece consente il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per tutti i motivi comunque 'inerenti alla giurisdizione', del fatto che quest'ultima norma, dopo la legge cost. n. 2/1999, è posta al termine di un articolo destinato a scolpire le caratteristiche essenziali della giurisdizione nel nostro ordinamento costituzionale. Ed è significativo, d'altra parte, che dopo la riforma del 1999 lo stesso art. 111 Cost. esordisca nel 1° comma con l'affermazione che «la giurisdizione [id est: quale che sia l'organo che la eserciti] si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge».

Nel sistema antecedente la ricordata modifica costituzionale era possibile affermare che, ai sensi dell'art. 362, co. 1, c.p.c., il compito assegnato alla Corte di cassazione fosse limitato al controllo del rispetto dei limiti esterni delle diverse giurisdizioni, restando escluso ogni sindacato sulle modalità di esercizio del potere giurisdizionale da parte del giudice adito³⁰.

Oggi, invece, l'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost., consentendo il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti per 'motivi inerenti alla giurisdizione', con termine che, evocando i caratteri essenziali della funzione giurisdizionale, rimanda a qualcosa di più e di diverso rispetto alle sole 'questioni di giurisdizione' di cui all'art. 37 c.p.c., non può prescindere dal significato costituzionale di giurisdizione accolto nel medesimo art. 111 Cost. nel 1° e nel 2° comma. Ciò che porta alla conclusione di ritenere ammissibile anche il ricorso per cassazione avverso le pronunce del Consiglio di Stato

³⁰ Con riferimento al sistema anteriore alla l. cost. n. 2/1999, nel quale si riteneva che l'ultimo comma dell'art. 111 Cost., nel consentire il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti 'per i soli motivi inerenti alla giurisdizione', non esprimesse alcunché di diverso rispetto al primo comma dell'art. 362 c.p.c., la Corte di cassazione aveva ad esempio escluso che la violazione del principio del contraddittorio potesse rientrare tra i motivi attinenti alla giurisdizione di cui all'allora terzo comma dell'art. 111 Cost. ed al primo comma dell'art. 362 c.p.c. (Cass., Sez. un., 17 dicembre 1999, n. 910; Id., 31 maggio 1984, n. 3318, in «Foro it.», 1984, I, c. 1482).

e della Corte dei conti con il quale si facciano valere i vizi che attengano all'essenza della funzione giurisdizionale ricavabile dalla medesima norma costituzionale e dai principi generali dell'ordinamento in tema di giurisdizione, quali il vizio derivante dalla violazione del contraddittorio, del principio di terzietà e imparzialità del giudice o del divieto di *bis in idem*, come pure quello derivante dall'assoluto difetto di motivazione³¹.

Invero, a seguito dell'introduzione in Costituzione dei c.d. principi del giusto processo, concernenti il modo in cui la funzione giurisdizionale deve essere esercitata, la nozione costituzionale di giurisdizione non può più esaurirsi nel complesso delle regole che presiedono alla ripartizione del potere giurisdizionale, ma risulta necessariamente innervata dai suddetti principi.

Gli stessi esigono, pertanto, di enucleare una corrispondente nozione costituzionale di 'motivi inerenti alla giurisdizione' ai fini del sindacato della Suprema Corte sulle sentenze dei giudici speciali, non coincidente con quella di 'questioni di giurisdizione' classicamente intese, ma deve estendersi sino a ricomprendere il controllo sull'osservanza dei sopra richiamati 'principi regolatori del giusto processo', a nulla rilevando che i vizi derivanti dalla violazione di tali essentialia iurisdictionis siano sussumibili anche nella categoria degli errores in procedendo ovvero degli errores in iudicando de iure procedendi.

L'assetto pluralistico delle giurisdizioni conservato dalla nostra Costituzione – con attribuzione al giudice amministrativo della cognizione degli interessi legittimi e, nei casi di giurisdizione esclusiva, dei diritti soggettivi agli stessi inestricabilmente connessi – non esclude infatti che la stessa abbia assegnato alla Corte di cassazione, accanto al ruolo di supremo organo regolatore della giurisdizione, anche il compito di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione dei principi regolatori del «giusto processo» attraverso il quale si attua la giurisdizione, a garanzia dell'unità funzionale della stessa e del principio di uguaglianza.

³¹ Per una esatta riconduzione ai motivi inerenti alla giurisdizione dei vizi 'sull'essenza stessa della giurisdizione', e tra essi del difetto assoluto di motivazione, cfr. A. Lamorgese, "Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato", in https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=3553, 3 gennaio 2018.

Fabio Francario

Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)

Sommario: Parte prima. Il pasticciaccio: 1. Premessa – 2. La vicenda – 3.1. Due vicende emblematiche rimaste senza tutela: il diritto fondamentale all'accesso alla tutela giurisdizionale riconosciuto dalla CEDU; l'interesse (non immediatamente finale ma) strumentale – 3.2. Il caso deciso da Corte cost. 6/2018 – 3.3. Il caso oggetto di Cass. Sez. un. 19598/2020 – 4. Il rifiuto di giurisdizione come questione classica di giurisdizione – 5. Il problema dell'interpretazione evolutiva dell'interesse legittimo – 6. Un appuntamento rimandato – Parte seconda. Le sue ragioni: 7. Premessa - 8. Le origini del problema nella sua consistenza attuale. La riscrittura del sistema di giustizia amministrativa operata dalle riforme che prendono avvio nel 1998 e approdano alla codificazione del 2010 – 9. I diritti soggettivi – 10. Gli interessi legittimi – 11. Superare l'ibridazione.

PARTE PRIMA. Il pasticciaccio.

1. Premessa

Mai definitivamente sopite, le dispute, dottrinali e giurisprudenziali, intorno alle questioni di giurisdizione ciclicamente si riaccendono facendo una gran confusione. Sembra quasi che più se ne discute, più la confusione cresca. Dal momento che stiamo vivendo uno di questi momenti, nell'affrontare il tema ritengo opportuna una premessa che chiarisca preliminarmente se e quali punti fermi vi siano nel nostro sistema costituzionale. Dunque, prima di tutto la Costituzione.

La riscrittura dell'art. 111 Cost. operata con la revisione costituzionale del 1999, nel momento in cui ha inserito nell'articolato il nuovo primo comma ('La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge'), ha sicuramente offerto spunti per riconsiderare la problematica delle questioni di giurisdizione, ma non si può ancora guardare alla nuova norma come ad un punto fermo, essendo essa stessa praticamente

al centro della discussione¹. Per stare ai punti fermi sicuramente offerti dalla Costituzione, tralasciando anche l'art. 24 Cost., si può partire dal disposto dell'ultimo comma dell'articolo 111 e dal primo comma dell'art. 103, mantenuti fermi anche a seguito della revisione costituzionale operata nel 1999.

L'ultimo comma dell'art. 111 Cost. chiarisce che l'attribuzione alla Corte di Cassazione della competenza a decidere i ricorsi proposti per motivi inerenti alla giurisdizione 'Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti' non è un'invenzione creativa della corte medesima, ma il portato di una ben precisa disposizione costituzionale recata da tale articolo. Come tutte le norme, anche quella recata dall'ultimo comma dell'art. 111 Cost. va ovviamente interpretata; ma è anche vero che l'interpretazione, oltre alle sue diverse possibili forme e tipologie, ha comunque il suo ovvio limite nel fatto che non può giungere al punto di vanificare la previsione normativa, svuotandola di contenuto. Quale che sia, la previsione deve pertanto avere un senso e deve averlo il fatto che la norma costituzionale attribuisce la decisione alla Corte di Cassazione.

¹ La letteratura sul tema è ovviamente copiosa. Gli spunti sono efficacemente sintetizzati e riassunti nel Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori, in «Foro it.», V, c. 57 ss. con interventi di A. Proto Pisani- G. Scarselli, La strana idea di consentire ai giudici amministrativi di comporre i collegi delle Sezioni unite; G. CANZIO, Le buone ragioni di un memorandum; A. Proto Pisani, Chiosa ad una recente conferenza tenuta a Roma il 18 dicembre 2017 presso il parlamento in tema di giustizia con la partecipazione di autorevolissime personalità; A. CARRATTA- G. COSTANTINO - G. RUFFINI, Per la salvaguardia delle prerogative costituzionali della Corte di Cassazione; A. Lamorgese, Note in margine al memorandum sulle giurisdizioni; E. Scoditti, Il mutamento costituzionale materiale su diritti soggettivi e giudice amministrativo e il sindacato della Corte di Cassazione; G. Amoroso, Le Sezioni unite civili della Corte di cassazione a composizione allargata: considerazioni a margine del memorandum sulle tre giurisdizioni; F. Patroni Griffi, Per un dialogo tra le corti al sevizio del cittadino e non di giudici e giuristi; M. Luciani, Il memorandum delle giurisdizioni superiori e la discussione sulla certezza del diritto; A. Travi, Rapporti tra le giurisdizioni e interpretazione della Costituzione; C. Consolo, La base partecipativa e l'aspirazione alla nomofilachia; A. Pajno, Un memorandum virtuoso; G. D'Auria, Memorandum sulle giurisdizioni e Corte dei Conti; C.M. Barone, R. PARDOLESI, Qualche minimale considerazione conclusiva. Successivamente v. anche AA. VV., Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: i settori controversi e l'esigenza di speditezza del processo civile, incontro di studi organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura in collaborazione con l'Ufficio Studi, massimario e formazione della giustizia amministrativa, sub voce "Convegni", Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: i settori controversi e l'esigenza di speditezza del processo civile, Roma 16 marzo 2017. A seguito della recente ordinanza delle Sezioni Unite v. anche A. Carratta, G. Costantino, G. Ruffini, Limiti esterni della giurisdizione: il contrasto tra Sezioni unite e Corte costituzionale arriva alla corte UE. Note a prima lettura di Cass. sez. un. 18 settembre 2020 n. 19598, in Questione Giustizia, 2020.

Dopo di che si apre lo spazio per la definizione dei criteri da impiegare per capire come e quando si prefiguri una questione di giurisdizione.

Sotto questo profilo, il secondo punto fermo è offerto dal disposto dell'art. 103, co. 1: «Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi». Anche in tal caso, va ripetuta l'ovvia considerazione appena svolta sui limiti dell'interpretazione, che non trova spazio 'in claris'. Prima che si apra lo spazio per l'interpretazione, non si può negare che la Costituzione vede il giudice ordinario come il giudice naturale dei diritti soggettivi e quello amministrativo come il giudice naturale degli interessi legittimi². Il che riflette una *ratio* sufficientemente chiara e perfettamente comprensibile: se a fronte dell'attività amministrativa si volessero tutelati solo i diritti soggettivi in quanto tali, il giudice ordinario sarebbe più che sufficiente in quanto la tutela risarcitoria è quella che generalmente assiste le situazioni di diritto soggettivo nel sistema della tutela civile dei diritti³ e che può essere da questi pacificamente erogata anche nei confronti della pubblica amministrazione; il giudice amministrativo nasce per rispondere ad un bisogno di tutela, diverso da quello già soddisfatto attraverso la figura del diritto soggettivo, impiegando una tecnica di tutela adeguata ad assicurare la soddisfazione dell'interesse (legittimo) attraverso l'annullamento della decisione amministrativa illegittima⁴.

² E. Cannada Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano 1964.

³ Cfr A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano 1987.

⁴ Al riguardo si rinvia a F. Francario, Osservazioni a margine dello studio di Franco Scoca sulla figura dell'interesse legittimo, in Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa. Saggi sulla giustizia amministrativa, Esi, Napoli, 2019, p. 497 ss e, amplius, F. Francario, Forme e tecniche di tutela del diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione, in S. Mazzamuto (a cura di), Processo e tecniche di attuazione dei diritti, Jovene, Napoli 1989 ripubbl. in Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa, cit., p. 317 ss. Sotto questo profilo è assoluta la convergenza con quanto osserva M. Mazzamuto che, pur critico nei confronti dell'affermazione del principio della giurisdizione unica sui diritti soggettivi, afferma che "il giudice civile è inidoneo a trattare le controversie di diritto pubblico perchè il sistema pubblicistico si fonda su principi radicalmente diversi da quelli che caratterizzano il sistema di diritto privato" e che la necessità del giudice speciale si spiega si spiega perché la questioni giuridiche non sono "compatibili con l'ambientazione sistematica del giudice civile"; cfr.: M. MAZZAMUTO, Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice, Esi, Napoli 2008, p. 219. Diversamente dal Mazzamuto, si è dell'opinione che l'affermazione del principio della giurisdizione unica sui diritti soggettivi valga a rinforzare la comprensione della specialità della tutela erogata a vantaggio delle situazioni d'interesse legittimo,

Nell'indicare i punti fermi di qualsiasi operazione ricostruttiva mi limito a questi soli due articoli, anche se l'elencazione andrebbe immediatamente integrata almeno con il disposto dell'art. 113 Cost. se si passa a considerare anche il profilo del livello minimo di tutela che deve essere garantito al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

Insisto sul fatto che questa distinzione tra diritto e interesse è un punto fermo dal quale deve muovere l'interpretazione, perché non mi risulta che le disposizioni costituzionali sul punto siano mai state riscritte o venute meno anche quando si è cercato di rimuovere il criterio fondamentale di riparto, come suol dirsi, a Costituzione invariata⁵. Se poi l'interpretazione ignora o oblitera questo dato di partenza, l'operazione non mi pare ermeneuticamente corretta. Mi risulta anzi che, le volte in cui la Corte costituzionale è intervenuta in materia, la distinzione è stata sempre costantemente ribadita come criterio fondante la giurisdizione. Il riferimento corre immediatamente, per fare solo un esempio, alla ormai storica sentenza 204 del 2004, la quale ha precisato che il potere discrezionale del legislatore di ridistribuire le funzioni giurisdizionali tra i due ordini di giudici deve muoversi nei confini dettati dalla Costituzione e deve pertanto necessariamente «considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte e non fondarsi esclusivamente sul dato oggettivo delle materie»; con le ulteriori precisazioni che il «necessario collegamento delle "materie" assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive – e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa – è espresso dall'art. 103» e che «in nessun caso il legislatore ordinario può far sì che la pubblica amministrazione sia, in quanto tale, assoggettata ad una particolare giurisdizione, ovvero sottratta alla giurisdizione alla quale soggiace "qualsiasi litigante privato": la specialità di un giudice può fondarsi esclusivamente sul fatto che questo sia chiamato ad assicurare la giustizia nell'amministrazione, e non mai sul mero fatto che parte in causa sia la pubblica amministrazione».

Punto di partenza obbligato è dunque che, nel sistema di giustizia amministrativa dualistico voluto e riconosciuto dalla Costituzione, le questioni di giurisdizione si pongono in maniera direi quasi fisiologica e che spetta alla Corte di Cassazione decidere se e come una determinata tipologia d'interesse sia ritenuta meritevole di protezione da parte dell'Ordinamento

evitando che questa finisca con l'appiattirsi su quella tipica già delle situazioni di diritto soggettivo a scapito della garanzia che deve invece fornire nei rapporti di diritto pubblico.

⁵ Per tutti v. V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in «Dir. Proc. Amm.», 2012, p. 436 ss.

e, conseguentemente, quale sia la giurisdizione competente a conoscere dell'eventuale controversia.

Fatta questa doverosa premessa, si può venire all'attualità del tema.

2. La vicenda

Viene proposto alle Sezioni unite ricorso avverso una sentenza del Consiglio di Stato che ha riformato una sentenza TAR nella parte in cui quest'ultimo aveva rigettato nel merito i motivi di ricorso, proposti dal ricorrente avverso l'aggiudicazione di una gara d'appalto, dopo che nella stessa sentenza il medesimo TAR aveva già rigettato anche i motivi proposti avverso l'esclusione. Secondo il Consiglio di Stato la ricorrente, una volta accertata l'illegittimità della sua esclusione, doveva ritenersi «portatrice di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico del settore economico che non ha partecipato alla gara»; ovverossia: non poteva vantare la titolarità di un interesse legittimo. Qui non ci si può trincerare dietro giri di parole, cercando di sostenere che è questione soltanto di assenza di presupposti processuali, di mancanza cioè di un interesse a ricorrere cha abbia i caratteri dell'attualità e dell'immediatezza. Affermare che il ricorrente è portatore di un interesse di mero fatto significa escludere che possa vantare la titolarità di un interesse che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela e che possa quindi agire per chiederne la protezione in sede giurisdizionale⁶.

Messa così, la questione sembra una piana questione di giurisdizione, senza che vi sia necessità d'invocare interpretazioni evolutive di sorta. Il fatto è che poi bisogna deciderla. E la Cassazione si trova di fronte al fatto che la situazione è ritenuta tutelabile dal diritto eurounitario, come interpretato dalla Corte di giustizia, che è comunque fonte di diritto obbiettivo per l'ordinamento nazionale; e al fatto che per il giudice amministrativo nazionale, il Consiglio di Stato, non lo è. E sembra quasi abdicare al suo ruolo di giudice della giurisdizione

Investite del ricorso per diniego di giurisdizione, le Sezioni unite ritengono infatti necessario chiedere pregiudizialmente alla Corte di giustizia UE di pronunciarsi sulle tre seguenti questioni: se il rimedio del ricorso per cassazione per 'difetto di potere giurisdizionale' possa

⁶ Per tutti v. F.G. Scoca, voce *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVII, Roma 1989, p. 1.

essere utilizzato «per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici nei quali gli Stati membri hanno rinunciato ad esercitare loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto, con l'effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere corrette tramite il predetto rimedio e di pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, in contrasto con l'esigenza che tale diritto riceva piena e sollecita attuazione da parte di ogni giudice, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione da parte della Corte di giustizia, tenuto conto dei limiti all'autonomia procedurale" degli Stati membri nella conformazione degli istituti processuali»; se il ricorso per cassazione sia altresì «proponibile come mezzo di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato che, decidendo controversie su questioni concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione, omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, da essa tassativamente indicate (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C-238/81) che esonerano il giudice nazionale dal suddetto obbligo, in contrasto con il principio secondo cui sono incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che prevedano una privazione, anche temporanea, della libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario, di rendere irrimediabile (e favorire il consolidamento del) l'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare la uniforme applicazione e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione"); infine, «se i principi dichiarati dalla Corte di giustizia con le sentenze 5 settembre 2019, Lombardi, C-333/18; 5 aprile 2016, Puligienica, C-689/13; 4 luglio 2013, Fastweb, C-100/12, in relazione agli articoli 1, par. 1 e 3, e 2, par. 1, della direttiva 89/665/CEE, modificata dalla direttiva 2007/66/CE, siano applicabili nella fattispecie che è oggetto del procedimento principale, in cui, contestate dall'impresa concorrente l'esclusione da una procedura di gara di appalto e l'aggiudicazione ad

altra impresa, il Consiglio di Stato esamini nel merito il solo motivo di ricorso con cui l'impresa esclusa contesti il punteggio inferiore alla 'soglia di sbarramento' attribuito alla propria offerta tecnica e, esaminando prioritariamente i ricorsi incidentali dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'impresa aggiudicataria, li accolga dichiarando inammissibili (e ometta di esaminare nel merito) gli altri motivi del ricorso principale che contestino l'esito della gara per altre ragioni (per indeterminatezza dei criteri di valutazione delle offerte nel disciplinare di gara, mancata motivazione dei voti assegnati, illegittima nomina e composizione della commissione di gara), in applicazione di una prassi giurisprudenziale nazionale secondo la quale l'impresa che sia stata esclusa da una gara di appalto non sarebbe legittimata a proporre censure miranti a contestare l'aggiudicazione all'impresa concorrente, anche mediante la caducazione della procedura di gara, dovendosi valutare se sia compatibile con il diritto dell'Unione l'effetto di precludere all'impresa il diritto di sottoporre all'esame del giudice ogni ragione di contestazione dell'esito della gara, in una situazione in cui la sua esclusione non sia stata definitivamente accertata e in cui ciascun concorrente può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere alla scelta di un'offerta regolare e all'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, alla quale ciascuno degli offerenti potrebbe partecipare».

Le questioni sono formulate in maniera articolata e complessa, ma si può ritenere che, in ultima analisi, si chiede alla Corte di giustizia di chiarire pregiudizialmente se l'ordinamento nazionale debba necessariamente prevedere rimedi interni per evitare che le pronunce giurisdizionali lascino prive di tutela situazioni soggettive di rilevanza comunitaria; se sotto questo profilo sia sindacabile anche l'omissione del necessario rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia⁷ e, infine, se per il diritto comunitario sia tutelabile l'interesse del concorrente, la cui esclusione non sia stata definitivamente accertata, a sottoporre all'esame del giudice ogni ragione di contestazione dell'esito della gara che possa portare alla constatazione dell'impossibilità

⁷ Ritiene che la questione dell'omesso rinvio assorbirebbe in realtà il primo quesito e che l'art 267 TFUE vada inteso come norma sulla giurisdizione (che giustificherebbe il sindacato della Corte di Cassazione sulla sentenza del Consiglio di Stato ma non il rinvio alla Corte di giustizia, che dovrebbe essere operato dal Consiglio di Stato "ove ritenesse di non poter modificare la propria precedente impostazione alla luce della pronuncia della Corte di Cassazione") G. GRECO, *La violazione del diritto dell'Unione europea come possibile difetto di giurisdizione?*, in Eurojus, http://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/G.-Greco-2.11.20201.pdf, 2 novembre 2020.

per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere regolarmente alla scelta di un'offerta e all'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione.

3.1. Due vicende emblematiche rimaste senza tutela: il diritto fondamentale all'accesso alla tutela giurisdizionale riconosciuto dalla CEDU; l'interesse (non immediatamente finale ma) strumentale

Convincimento diffuso nei primi commenti dottrinari apparsi sull' ordinanza delle Sezioni unite n. 19598 del 18 settembre 2020 è che l'ordinanza rifletta una ostinazione della Corte di Cassazione di difficile comprensione e spiegazione alla luce del fatto che la Corte costituzionale con la sentenza n. 6 del 2018 dovrebbe aver detto l'ultima parola sui limiti del sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per motivi di giurisdizione. Non manca chi afferma infatti che le Sezioni unite tornano nuovamente sulla questione «poco curanti di quello che deve considerarsi ormai un assetto costituzionale»⁸, ovvero che le Sezioni unite disattendono la Consulta ⁹ o pongono in discussione la Costituzione «così come interpretata dalla Corte costituzionale» davanti al giudice europeo¹⁰, ovvero ancora che «L'attività creativa è semmai delle Sezioni unite, non del giudice amministrativo»¹¹ oppure che si sarebbe di fronte all'ennesima manifestazione «di un'attitudine espansionistica della Cassazione nei confronti del giudice»¹².

⁸ B. De Santis, Considerazioni di prima lettura sul rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia di Cass. S.U. n. 19598/2020, in < http://www.judicium.it/considerazioni-lettura-sul-rinvio-pregiudiziale-alla-corte-giustizia-cass-s-u-n-195982020/>, 12 ottobre 2020.

⁹ Cfr. M. Clarich, Giurisdizione: partita a poker tra Cassazione e Consulta sulle sentenze del Consiglio di Stato, in < https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/giurisdizione-partita-pocker-cassazione-e-consulta-sentenze-consiglio-stato-ADH3yrv>, 14 ottobre 2020; P.L. Tomaiuoli, Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, ma incostituzionale, giurisdizione unica, in < https://www.giurcost.org/studi/tomaiuoli2.pdf>, 11 dicembre 2020.

¹⁰ Cfr. B. Caravita Di Toritto, La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al giudice europeo? – Postilla a S. Barbareschi–L.A. Caruso, La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione "fuori contesto": considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020 n. 19598, in .

¹¹ G. Tropea, ll Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione», in <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1315-il-golem-europeo-e-i-motivi-inerenti-alla-giurisdizione-nota-a-cass-sez-un-ord-18-settembre-2020-n-19598>, 7 ottobre 2020.

¹² M. MAZZAMUTO, Le Sezioni unite della Cassazione garanti del diritto UE?, in «Riv. it. dir.

Questa sensazione di meraviglia o stupore, se non quasi di fastidio, affonda le radici nel convincimento che la Cassazione si pone in tal modo in netto contrasto con quanto avrebbe definitivamente chiarito la Corte costituzionale con la sentenza 6/2018; contrasto che sembrerebbe del resto esplicitamente dichiarato dalla stessa ordinanza delle Sezioni unite che reputa necessario investire della questione la Corte di giustizia facendo riferimento «ad una prassi interpretativa [...] quale si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione, sotto il profilo del cosiddetto difetto di potere giurisdizionale, non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea».

Facendo le opportune distinzioni, il contrasto può anche apparire meno radicale di quel che sembra, ma le due vicende sollevate dalle Sezioni unite, la prima decisa da Corte cost. 6/2018 e la seconda adesso rimessa alla Corte di Giustizia, sono emblematiche dell'attuale stato del nostro sistema di giustizia amministrativa, che sembra immerso in una situazione di perenne fluidità, a scapito delle garanzie di certezza che regole processuali ormai codificate dovrebbero assicurare. Non mi pare, però, che si possa dire che se colpe, se così si può dire, vi sono, queste siano tutte della Cassazione. Anzi, credo si possa dire che tutte e tre le nostre Corti Supreme, Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Consiglio di Stato, abbiano fatto un bel pasticcio, se è vero, come è, che, alla fine della storia (ammesso che questa storia possa mai aver fine), un diritto ritenuto fondamentale dalla Corte EDU è rimasto privo di giudice nel nostro ordinamento; così come sembrerebbe allo stato rimanere privo di giudice e di tutela un interesse che l'ordinamento eurounitario vuole invece senza ombra di dubbio protetto.

Nel bene e nel male, le due vicende (quella attualmente rimessa alla Corte di giustizia e quella decisa da Corte cost. 6/2018) sono comunque collegate ed è bene pertanto ricordare preliminarmente cosa sia successo anche nel primo caso.

3.2. Il caso deciso da Corte cost. 6/2018

La vicenda decisa da Corte cost. 6/2018 è originata da una (sconsiderata) norma di legge che nel lontano 1998 dispone sulla giurisdizione nelle controversie di lavoro con le pubbliche amministrazioni, sopprimendo la possibilità di tutela giurisdizionale per alcuni diritti. In un primo tempo tutte e tre le nostre Supreme Corti, costituzionale civile e amministrativa, respingono le istanze di tutela di chi si era visto privato della possibilità di agire in giudizio (Cass. Sez. un. 1511/2003 e Cass. Sez. un. 9101/2005; Corte cost. 382/2005 e da ultima Cons. Stato, Ad. Plen. 4/2007 che dichiara il difetto – a questo punto assoluto, essendo già esclusa la giurisdizione ordinaria - di giurisdizione). La questione viene però portata all'attenzione della CEDU, che, con le sentenze Mottola e Staibano del 2014 dichiara che ciò è lesivo del diritto fondamentale al giusto processo (accesso al giudice). Ciò pone il problema delle sorti delle pronunce contrastanti già rese dal giudice nazionale e l'Adunanza Plenaria, investita del ricorso per revocazione proposto dai ricorrenti vittoriosi in Corte EDU, porta la questione alla Corte costituzionale per sentire dichiarare la incostituzionalità della mancata inclusione di tale ipotesi (di contrasto con pronuncia della Corte EDU) tra i casi di revocazione; incostituzionalità che la Corte costituzionale evita però di pronunciare ritenendo che sia il legislatore a dover intervenire per trovare la giusta composizione del conflitto.

In altri casi in cui la sentenza del Consiglio di Stato non era ancora passata in giudicato per la pendenza del termine lungo, la declinatoria di giurisdizione viene impugnata in Cassazione per rifiuto di giurisdizione, anziché con ricorso per revocazione; ed è così che le Sezioni unite (ordinanza 6891/2016) rimettono a loro volta la questione alla Corte costituzionale, che si pronuncia appunto con la sentenza 6 del 2018. Se la Corte avesse dichiarato l'illegittimità della sconsiderata norma recata dall'art 69 co. 7 del d. lgs. 165/2001, per contrasto con la norma interposta della Convenzione come già interpretata dalla CEDU, avremmo avuto sicuramente meno problemi. Si consuma invece un grosso pasticcio. Nonostante la norma oggetto del giudizio di costituzionalità fosse pacificamente ed esplicitamente una norma regolatrice della giurisdizione, le Sezioni unite non si limitano a rappresentare il contrasto dell'art 69 co. 7 del d. lgs. 165/2001 con la norma interposta derivante dell'interpretazione della CEDU, ma ritengono di dover precisare che «la situazione in questione rientra in uno di quei casi estremi in cui il giudice adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per errores in iudicando o

in procedendo che danno luogo al superamento del limite esterno»; e, dal canto suo, la Corte costituzionale, fuorviata da una tale argomentazione giuridica, ritiene non rilevante la questione imperniando anch'essa il proprio percorso motivazionale nella confutazione della tesi che il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione possa comprendere anche il sindacato su errores in procedendo o in iudicando qualificandosi come una interpretazione evolutiva poiché ciò «non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale» (aggiungendo, dopo che aveva in precedenza evitato di emettere una pronuncia additiva quando questione praticamente identica era stata sollevata dall' Adunanza Plenaria, che il rimedio opportuno per rimuovere il contrasto con la sentenza CEDU sarebbe semmai quello della introduzione di un nuovo caso di revocazione!).

Comunque sia, sta di fatto che una dichiarazione fatta in via generale e astratta di difetto (assoluto) di giurisdizione nei confronti di un diritto ritenuto fondamentale dalla Corte EDU è rimasta così insindacabile¹³. Davvero un bel pasticcio, nel quale ognuna delle nostre Supreme Corti ci ha messo del suo, con buona pace dell'auspicato rimedio all'incertezza del diritto che dovrebbe scaturire dal 'dialogo' tra le Corti.

3.3. Il caso oggetto di Cass. Sez. un. 19598/2020

Il caso attuale è frutto invece del difficile dialogo che il nostro Consiglio di Stato ha con la Corte di giustizia sulla tutelabilità di interessi non 'finali', ma strumentali o procedimentali nelle gare pubbliche d'appalto. Volendo semplificare: sul modo d'intendere l'interesse legittimo.

La giurisprudenza della Corte di giustizia Europea maturata sul tema del ricorso incidentale escludente ha ripetutamente precisato che l'interesse, o se si vuole il bene protetto, non è necessariamente solo

¹³ L'evoluzione della complessa vicenda è seguita nella successione dei suoi momenti essenziali sopra riassunti in F. Francario, La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato, in , 21 giugno 2017; ID. Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione, in Treccani, Libro dell'anno del diritto, 2019 ai quali si rinvia per la più completa ricostruzione e per gli ulteriori riferimenti.

quello patrimonialmente apprezzabile all'aggiudicazione della gara espletata, ma anche quello alla correttezza della procedura alla quale si sia partecipato. Sono note le decisioni Fastweb del 2013 (4 luglio 2013, C-100/12, Puligienica del 2016 (5 aprile 2016, C-689/13) e Lombardi del 2019 (5 settembre 2019, C-333/18). Ci si limita a ricordare che l'ultima pronuncia viene resa su rimessione della questione da parte dell'Adunanza Plenaria (ord.za n. 6 dell'11 05 2018) che, trincerandosi dietro la confusione tra interesse ad agire e interesso protetto, riteneva fosse «maggiormente armonico con il sistema processuale nazionale e con il principio di autonomia processuale incentrato sull' iniziativa delle parti (ed "in parte qua" comune a quello di numerosi Stati-Membri), che venisse precisato che l'interesse del ricorrente principale attinto da un ricorso incidentale escludente, in quanto limitato alla reiterazione della procedura di gara (con esclusione di profili concernenti la "regolarità delle procedure di gara"), dovrebbe essere valutato nella sua concretezza, e non con riferimento a ragioni astratte, dal Giudice adito» e che «in quest'ottica, sarebbe opportuno che venisse rimesso agli ordinamenti processuali degli Stati Membri, in osseguio all'autonomia processuale loro riconosciuta, il compito di individuare le modalità di dimostrazione della concretezza del detto interesse, garantendo il diritto di difesa delle offerenti rimaste in gara e non evocate nel processo ed in armonia con i principi in materia di interesse concreto e attuale della parte al ricorso e in punto di onere della prova». Per tutta risposta, nella sentenza Lombardi, la Corte di giustizia afferma chiaramente che «l'articolo 1, paragrafo 1, co. 3, e paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorso»; precisando che «il principio di autonomia processuale degli Stati membri [...] non possa, comunque, giustificare disposizioni di diritto interno che rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione» (compreso il diritto alla buona amministrazione). Per essere ancor più

chiari, la Corte di giustizia, dopo aver richiamato (par. 22) il disposto dell'art 1 par. 1 co. 3, della direttiva 89/665 (cd direttiva ricorsi) a norma del quale «i ricorsi contro le decisioni adottate da un'amministrazione aggiudicatrice devono, per essere considerati efficaci, essere accessibili almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto», precisa al successivo par. 24 «che il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente escluso qualora la regolarità dell'offerta di ciascuno degli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento, dato che, in una situazione del genere, ciascuno dei concorrenti può far valere un legittimo interesse equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare».

Costante dunque il tentativo del giudice amministrativo nazionale di negare la tutelabilità dell'interesse strumentale e non finale e di restringere il diritto d'azione avverso l'attività illegittima solo a chi possa trarne immediato e concreto vantaggio; altrettanto costante la posizione della Corte europea nel ritenere meritevole di tutela l'interesse anche solo strumentale, ravvisabile laddove la probabilità di conseguire il bene della vita cui si aspira è garantita dalla correttezza del procedimento amministrativo.

Il caso di specie s'inscrive a pieno titolo in questo filone, in quanto il Consiglio di Stato nega la possibilità di ravvisare un interesse legittimo se l'interesse è soltanto strumentale alla ripetizione della gara e ritiene che in tal caso si sia in presenza di un interesse di mero fatto.

4. Il rifiuto di giurisdizione come questione classica di giurisdizione

La presunta 'ostinazione' delle Sezioni unite muove dunque da queste due situazioni emblematiche, nelle quali si riscontra il rifiuto aprioristico, fatto in via generale e astratta, di tutelare situazioni giuridiche soggettive che l'ordinamento reputa invece meritevoli di tutela. Entrambi i casi potevano essere decisi come classiche questioni di giurisdizione, perché in entrambi i casi si discuteva di un asserito difetto assoluto di giurisdizione; da decidere previa risoluzione dell'incidente di costituzionalità della norma di legge che, in contrasto con sentenza CEDU, nega la tutelabilità della situazione soggettiva, in un caso; dichiarando se l'interesse è meritevole di tutela come

interesse legittimo, nel secondo caso. Le questioni, tuttavia, non sono state prospettate dalle Sezioni unite in questi termini, ma assumendo che si fosse in presenza di un *novum genus* frutto di una interpretazione evolutiva che implicava l'allargamento del novero delle questioni di giurisdizione classiche. Rimandando ad altra occasione la considerazione delle ragioni che spingono la Corte di Cassazione in questa direzione, diventa importante a questo punto fare una distinzione.

Una cosa è, infatti, che nei tempi più recenti le Sezioni unite abbiano prospettato una nuova figura di 'rifiuto di giurisdizione' nell'ambito di una interpretazione evolutiva finalizzata ad attrarre nell'orbita dei motivi di giurisdizione casi estremi in cui l'errore di diritto rende la decisione giurisdizionale abnorme e si traduce in un diniego sostanziale di giustizia. Altra che la figura del rifiuto è sempre esistita come classica questione di giurisdizione.

Nei tempi meno recenti la figura del rifiuto di giurisdizione non ha avuto particolare evidenza perché tradizionalmente il problema e il dibattito si sono focalizzati principalmente sulla distinzione tra diritto e interesse e sulla formulazione di criteri di volta in volta mutevoli su cui fondare la distinzione¹⁴, ma ciò non deve far dimenticare che si è sempre pacificamente ritenuto che, a fianco al problema del conflitto relativo, virtuale o reale, tra giudice ordinario e amministrativo derivante dalla qualificazione della situazione soggettiva in termini di diritto o interesse, la questione di giurisdizione si potesse anche porre sotto il profilo del rifiuto di giurisdizione o dell'eccesso di potere giurisdizionale. Se solo si prende come termine di riferimento la classificazione operata (verrebbe da dire, in tempi non sospetti) da Mario Nigro, si vede come la tipizzazione dei possibili motivi di giurisdizione non solo comprende espressamente la figura del rifiuto di giurisdizione, ma apre proprio con essa l'elencazione delle tre possibili ipotesi classiche: «a) rifiuto di esercizio della potestà giurisdizionale sull'erroneo presupposto che la materia non possa essere oggetto, in modo assoluto, di funzione giurisdizionale o che non possa essere oggetto della funzione giurisdizionale propria dell'organo investito della domanda; b) invasione della sfera dell'altrui giurisdizione, cioè di quella attribuita ad altro giudice (giudice ordinario o giudice speciale); c) cd eccesso di potere giurisdizionale [...] sconfinamento dell'attività giurisdizionale ordinaria o speciale nel campo dei poteri spettanti ad

¹⁴ Il riferimento è alla distinzione, ad esempio, tra atti d'impero e di gestione; norme d'azione e relazione, carenza di potere e cattivo uso del potere e via discorrendo; per tutti al riguardo v. E. Cannada Bartoli, voce *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 295 ss.

organi amministrativi o legislativi o costituzionali...»¹⁵.

Per tradizione consolidata, motivo di giurisdizione è dunque non solo l'ipotesi del conflitto relativo di giurisdizione, reale o virtuale, tra giudice ordinario ed amministrativo; ma anche quella dell'eccesso di potere giurisdizionale, che si configura laddove il giudice amministrativo si sostituisce al legislatore o all'amministrazione tutelando situazioni soggettive che l'ordinamento non considera invece rilevanti come interessi protetti; nonché quella del rifiuto di giurisdizione, che si configura appunto laddove il giudice amministrativo nega in via generale e astratta la possibilità di tutelare un interesse che l'ordinamento vuole invece protetto¹⁶.

Rimane dunque pacifico che il rifiuto di giurisdizione (e l'eccesso di potere giurisdizionale) possano essere annoverati tra i motivi di giurisdizione e che le Sezioni unite possano sindacare sotto questi profili le sentenze del Consiglio di Stato dichiarando, in astratto e senza pregiudicare le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda, che una determinata tipologia d'interesse sia meritevole di protezione giurisdizionale ovvero che non lo sia.

A scanso di equivoci vale la pena ricordare che ciò è esplicitamente ribadito nella stessa sentenza 6/2018 della Corte costituzionale: «L' "eccesso di potere giudiziario", denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici».

¹⁵ M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Il mulino, Bologna 1979, p. 197.

¹⁶ Non si condivide ovviamente la tesi che vorrebbe esclusa dal sindacato sulla giurisdizione l'ipotesi del difetto assoluto di giurisdizione, nel presupposto che in tal caso si dovrebbe sollevare conflitto di attribuzione innanzi alla Corte costituzionale stante la riserva costituzionale di giurisdizione stabilita a favore del giudice speciale; in tal senso v. invece M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in «Dir. Proc. Amm.», 2012, p. 1693 che richiama anche V. CAIANIELLO, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in «Giur. it.», 1977, p. 23 ss.

5. Il problema dell'interpretazione "evolutiva" dell'interesse legittimo

Le questioni si sarebbero potute dunque decidere secondo gli schemi classici, senza scomodare interpretazioni evolutive di sorta o creazione di nuovi generi. Anche sgombrando il campo dall'equivoco dell'interpretazione evolutiva, nel primo caso le Sezioni unite non potevano però fare comunque a meno di investire pregiudizialmente la Corte costituzionale, poiché il diniego assoluto di giurisdizione contrastante con la lesione del diritto fondamentale accertata dalla decisione CEDU aveva causa in una norma di legge. Nel caso attuale viene da osservare che le forche caudine dell'interpretazione evolutiva non hanno lasciato alla Corte di Cassazione altra via che quella di investire la Corte di giustizia della questione della tutelabilità degli interessi ritenuti meritevoli di tutela dall'ordinamento comunitario; ma, in questo caso, eliminando l'equivoco della interpretazione evolutiva, la decisione avrebbe potuto essere tranquillamente presa senza necessità alcuna di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Tranquillamente si fa per dire perché, se ciò fosse avvenuto, le Sezioni unite si sarebbero comunque trovate di fronte ad una decisione non facile da prendere, stante l'ostinazione del Consiglio di Stato a negare la configurabilità di un interesse legittimo in casi come quello di specie e la conseguente necessità di definire positivamente quale sia l'effettiva consistenza di questa situazione giuridica soggettiva che ci fa discutere da più di un secolo.

Probabilmente si sarebbe resa necessaria un'altra decisione 'storica', com'è stata quella sulla risarcibilità dell'interesse legittimo adottata nel 1999 sempre dalle Sezioni unite, perché il vero tema posto sul tavolo della discussione da una questione di giurisdizione siffatta è proprio questo del chiarimento della natura e della consistenza dell'interesse legittimo. Nella sua essenza, il problema sembrerebbe riproporsi nell'assolutezza in cui era stato posto prima della Riforma Crispi e dell'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato nelle storiche parole del relatore della legge abolitiva del contenzioso amministrativo del 1865, Pasquale Stanislao Mancini, riferite al cittadino che non potesse vantare un vero e proprio diritto nei confronti della pubblica amministrazione, ma avesse nondimeno uno specifico 'interesse' a contestare una decisione amministrativa: «Ebbene, ch'ei si rassegni»¹⁷. Ecco, siamo praticamente

¹⁷ Il passo è riportato in A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino,

tornati innanzi al medesimo bivio, perché anche oggi si tratta di stabilire se il cittadino debba rassegnarsi o se sia giusto e doveroso tutelare l'interesse strumentale al corretto esercizio del potere; ovvero se l'interesse legittimo debba irrigidirsi sul carattere di una situazione finale o possa o debba sfruttare l'elasticità propria di una situazione strumentale. Sotto questo profilo, l'appuntamento con il passato è comunque soltanto rimandato; nel senso che il futuro intreccio tra le pronunce Corte di giustizia e Cassazione e (se verrà investita) Corte costituzionale dovrà necessariamente fornire un chiarimento al riguardo. Le Sezioni unite, in ultima analisi, hanno messo al centro della discussione una questione che non riguarda le decisioni abnormi del giudice amministrativo ma l'estensione della figura dell'interesse legittimo; questione che nel nostro ordinamento nazionale comunque non pare affatto scontata.

6. Un appuntamento rimandato

Si può conclusivamente osservare che, allo stato attuale, c'è sicuramente un netto contrasto tra Corte di giustizia e Consiglio di Stato sul modo d'intendere l'interesse legittimo, ma non mi pare che vi sia netto contrasto anche tra Corte di giustizia e Corte costituzionale

È evidente che la Corte di giustizia sposa una concezione decisamente elastica dell'interesse legittimo come interesse meritevole di protezione nei confronti della pubblica amministrazione¹⁸, ma anche la Corte costituzionale non è certamente irrigidita in una concezione puramente finalistica che possa escluderne la elasticità. Senza riandare necessariamente

Unione Tipografico 1897, p. 350 «Sia pure che l'autorità amministrativa abbia fallito alla sua missione, che non abbia provveduto con opportunità e saggezza, che non abbia saputo ottenere la massima somma di prosperità e di sicurezza pubblica mercé i suoi atti; sia pure che essa abbia, e forse anche senza motivi, rifiutato ad un cittadino una permissione, un vantaggio, un favore, che ogni ragione di prudenza e di buona economia consigliasse di accordargli; ovvero gli abbia ordinato di concorrere con soverchio e non necessario disagio allo scopo di un pubblico servigio, cui abbia potestà di provvedere con l'opera gratuita dei privati; sia pure che questo cittadino è stato in conseguenza ferito, e forse anche gravemente, nei propri interessi: che perciò? [...] Che cosa ha sofferto il cittadino in tutte le ipotesi testé discorse? Semplicemente una lesione degl'interessi? Ebbene ch'ei si rassegni».

18 In tal senso da ultimo v. D. Capotorto, Le condizioni dell'azione nel contenzioso amministrativo in materia di appalti: "l'interesse meramente potenziale" nuovo paradigma dell'ordinamento processuale?, in «Dir. Proc. Amm.», 2020, p. 665 ss. al quale si rinvia per gli ulteriori riferimenti dottrinari.

alla sentenza 204 del 2004, si può considerare anche solo la più recente sentenza 271/2019 (resa con riferimento alle disposizioni, per quanto successivamente abrogate, recate dall'art. 120, co. 2 bis, c.p.a. che oneravano le imprese partecipanti alle procedure di affidamento dei contratti pubblici di impugnare immediatamente le ammissioni delle altre imprese partecipanti), nella quale la Corte costituzionale, nell'escludere che la giurisdizione amministrativa abbia i caratteri propri di una giurisdizione di tipo oggettivo, ha già anticipato che «la giurisdizione amministrativa, nelle controversie tra amministrati e pubblico potere, sia primariamente rivolta alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e solo mediatamente al ripristino della legalità dell'azione amministrativa, legalità che pertanto può e deve essere processualmente perseguita entro e non oltre il perimetro dato dalle esigenze di tutela giurisdizionale dei cittadini»; ed ha precisato che «se è vero che gli artt. 24, 103 e 113 Cost., in linea con le acquisizioni della giurisprudenza del Consiglio di Stato, hanno posto al centro della giurisdizione amministrativa l'interesse sostanziale al bene della vita, deve anche riconoscersi che attribuire rilevanza, in casi particolari, ad interessi strumentali può comportare un ampliamento della tutela attraverso una sua anticipazione e non è distonico rispetto ai ricordati precetti costituzionali, sempre che sussista un solido collegamento con l'interesse finale e non si tratti di un espediente per garantire la legalità in sé dell'azione amministrativa, anche al costo di alterare l'equilibrio del rapporto tra le parti proprio dei processi a carattere dispositivo».

Il richiamo al saldo collegamento con l'interesse finale richiama le lucide teorizzazioni dottrinarie che hanno da sempre sostenuto che il diritto soggettivo è il presupposto necessario per la qualificazione dell'interesse legittimo e che quanto differenzia le due situazioni sono in ultima analisi i modi e i limiti in cui l'interesse sostanziale riceve protezione: immediata e diretta nel diritto soggettivo; indiretta e mediata nell'interesse legittimo¹⁹.

¹⁹ Per tutti si rinvia a E. Cannada Bartoli, voce *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Varese, 1972, p. 9 ss.; A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Jovene, Napoli 1989, p. 1202; G. Miele, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in «Foro amm.», 1940, ripubbl. in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano 1987, p. 275 ss. e F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino 2017 al quale si rinvia per la compiuta ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali. Mi limito ad osservare che il collegamento con la situazione di diritto soggettivo è evidente nei casi di interessi oppositivi, quando l'interesse del privato fronteggia provvedimenti ablatori o restrittivi o limitativi di diritti reali o personali che già rientrano nella sfera giuridica individuale. In questi casi l'interesse legittimo prende vita nel momento in cui il diritto viene a contatto con l'esercizio del potere amministrativo e viene protetto, prima e fuori del processo

Soddisfazione immediata e diretta della pretesa al bene della vita nel caso del diritto soggettivo; probabilità della soddisfazione della pretesa al bene della vita attraverso la garanzia di una corretta azione amministrativa nel caso dell'interesse legittimo. Sembra di leggere le sentenze della Corte di giustizia Europea sul tema del ricorso incidentale, senza che si debba agitare lo spauracchio di una giurisdizione di diritto oggettivo che nessuno vuole²⁰. Allo stato, non mi pare che tra Corte di giustizia europea e Corte costituzionale vi sia un contrasto sul modo d'intendere l'interesse legittimo (e quindi il proprium della giurisdizione amministrativa nel nostro ordinamento nazionale) tale da preconizzare l'innalzamento di controlimiti a seguito della futura pronuncia della Corte di giustizia. La formulazione impiegata dalla Corte costituzionale così come l'attuale stato del dibattito anche dottrinario, escludono il carattere oggettivo della giurisdizione amministrativa ma non negano affatto il carattere strumentale dell'interesse legittimo e non escludono l'elasticità della figura. Certamente dopo la pronuncia delle Sezioni unite si andrà necessariamente ad un chiarimento sull'effettiva natura e consistenza dell'interesse legittimo, ma è ancora tutto

amministrativo già nel dialogo procedimentale con l'amministrazione, come interesse a conservare il bene oggetto del diritto soggettivo. Anche nel caso degli interessi pretensivi, il collegamento con la situazione di diritto soggettivo si rende evidente solo che se ne eviti la confusione con il bene della vita che si aspira a conseguire e che potrà essere oggetto immediato e diretto di una pretesa tutelabile come diritto soggettivo solo se beneficiari del provvedimento finale. Una volta chiarito che non si fa riferimento al diritto a conseguire l'appalto o a vincere un concorso pubblico o a ottenere una concessione, è difficile non rinvenire anche solo nella nostra Carta costituzionale un diritto o una libertà fondamentale dell'individuo (libertà d'iniziativa economica; libertà di circolazione; diritto al lavoro; diritto alla salute diritto all'istruzione etc.) che non legittimino una richiesta di partecipazione al procedimento finalizzato ad attribuire il bene della vita cui si aspira. Se poi l'interesse non ha alcuna situazione ritenuta meritevole di protezione da parte dell'ordinamento sulla quale appoggiarsi, vuol dire che si ricade nell'ipotesi di un mero interesse di fatto, non tutelabile né come diritto soggettivo, né come interesse legittimo. La condizione del "saldo collegamento" postula la necessaria elasticità della figura dell'interesse legittimo.

²⁰ Andrebbe in realtà sottolineato al riguardo che la distinzione dall'interesse sostanziale protetto e la risoluzione dell'interesse legittimo nell'interesse alla legalità dell'azione amministrativa sul piano teorico avvengono proprio se e in quanto, in punto di rilevanza della situazione soggettiva, si ponga l'accento unicamente sull'interesse come presupposto processuale. Tra i contributi più recenti sul tema v. S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: un'analisi alla luce della dicotomia giurisdizione soggettival giurisdizione oggettiva*, in «Dir. Proc. Amm.», 2020, p. 602 ss. ed ivi per gli ulteriori riferimenti dottrinari tra i quali si segnalano i contributi raccolti nel volume F. FRANCARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli*, Esi, Napoli 2017.

da vedere se questo porterà ad appiattire completamente la figura su quella del diritto soggettivo, ravvisandolo (l'interesse legittimo) solo ove sia in grado di garantire utilità finali; ovvero se conserverà e svilupperà quella elasticità, auspicata e richiesta soprattutto dalla Corte di giustizia, tipica di una situazione strumentale correlata all'esercizio del potere amministrativo; di un potere che comunque, prima ancora di essere autoritativo, non può ritenersi proprio del soggetto titolare dell'interesse.

Per concludere sul punto, sono dell'avviso che le Sezioni unite avrebbero potuto evitare di sollevare la pregiudiziale comunitaria e decidere la questione di giurisdizione come una classica ipotesi di rifiuto o diniego di giurisdizione, decidendola in conformità alla norma comunitaria derivante dall'interpretazione della Corte di giustizia che, in quanto tale, è fonte di diritto obbiettivo anche nell'ordinamento nazionale e che vuole protetto come interesse legittimo l'interesse di chi abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e lamenti l'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare. La questione di giurisdizione non è stata decisa, ma l'appuntamento è stato per ora soltanto rimandato.

Parte seconda. Le sue ragioni.

7. Premessa

Il dibattito che si è immediatamente sviluppato sull'ordinanza delle Sezioni Unite n. 19598/2020 dimostra non solo come la pronuncia si presti a molteplici e svariate interpretazioni, ma anche e forse soprattutto che non si possa dare affatto per scontata la soluzione al problema, presumendo che in punto di giurisdizione tutto ormai era stato già chiarito dalla Corte costituzionale con la sentenza 6/2018 e guardando quasi con fastidio al fatto che la Cassazione torni a rendere problematica 'la questione di giurisdizione'. Quando si vuole risolvere seriamente e realmente un problema, bisogna innanzitutto capirne le cause e ciò significa, con riferimento al caso che ci facendo discutere, che bisogna focalizzare il problema di fondo che anima questa 'ostinazione' delle Sezioni unite nel porre il problema che i termini della questione di giurisdizione debbano oggi essere in qualche modo ripensati. Altrimenti, qualsiasi soluzione che si proponga sul piano puramente esegetico, valorizzando o enfatizzando questa o quella espressione, questo o quel lemma impiegato dalla Corte

costituzionale, dalla Cassazione, dal Consiglio di Stato o dalla CGUE in una sentenza piuttosto che in un'altra è destinata ad avere breve vita.

Più che prendere posizione a favore o contro la Cassazione (o, a seconda dei punti di vista, del Consiglio di Stato o della Corte costituzionale), il Giurista dovrebbe oggi innanzi tutto comprendere dove e perché nasca il problema e, conseguentemente, interrogarsi su quanto e come ciascuna delle rispettive categorie professionali di appartenenza (docenti universitari, consiglieri di stato, consiglieri di cassazione, giudici costituzionali) abbia contribuito ad originare il problema.

8. Le origini del problema nella sua consistenza attuale. La riscrittura del sistema di giustizia amministrativa operata dalle riforme che prendono avvio nel 1998 e approdano alla codificazione del 2010

Certamente questo difficile dialogo tra le Corti, nazionali e non solo, può essere letto in termini di antagonismo finalizzato all'affermazione di una primazia giudiziaria, o meglio, con specifico riferimento al rapporto Consiglio di Stato e Cassazione, per l'affermazione o meno di una piena ed assoluta equiparazione delle due giurisdizioni, amministrativa e ordinaria, con relativa nomofilachia 'differenziata'.

Se si cerca la soluzione di questo antagonismo sul piano del diritto positivo, dovendo lo scienziato del diritto fare riferimento innanzitutto alle norme e alle loro fonti, sarebbe difficile negare che, pur se relativa, la primazia spetterebbe alla Cassazione: anche se solo per motivi di giurisdizione, sono le sentenze del Consiglio di Stato che si impugnano in Cassazione e non viceversa.

Se se ne cercano invece le cause, non occorre risalire ai tempi del concordato D'amelio – Romano e sarebbe del resto cosa fuori luogo. Le ragioni affondano infatti le radici nelle riforme, legislative e 'giudiziarie', del 1998 – 2001, che finiscono poi con l'essere codificate nel 2010 dal c.p.a. e che, succintamente, possono essere riassunte nelle seguenti tappe:

Il d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80 ha dato l'avvio ad un disegno riformatore che, nelle intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto rendere superata, obsoleta e priva di interesse la problematica delle situazioni giuridiche soggettive, attraverso l'introduzione del criterio dei blocchi di materie come nuovo criterio di riparto della giurisdizione e l'attribuzione al giudice amministrativo del potere

- di condannare l'Amministrazione al risarcimento dei danni.
- Nel 1999 la storica sentenza 500 delle Sezioni unite afferma la risarcibilità degli interessi legittimi; nel presupposto (della sussistenza della giurisdizione ordinaria e) dell'eliminazione della pregiudizialità del previo annullamento dell'atto illegittimo, rimedio (l'annullamento) che, nell'impianto della sentenza 500, viene sostituito da quello della disapplicazione la quale garantisce l'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento²¹.
- Nel 2000 le norme che ampliano l'ambito delle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e che consentono allo stesso di condannare anche al risarcimento del danno, originariamente recate dagli artt. 33, 34 e 35 del d. lgs. n. 80/1998, vengono dichiarate incostituzionali per eccesso di delega da Corte Cost.17 luglio 2000 n. 292; ma vengono poi riprodotte dalla l. n. 205/2000 con l'eliminazione del riconoscimento della possibilità di condannare al risarcimento del danno nei soli casi di giurisdizione esclusiva²².
- Queste norme vengono infine trasfuse nel codice del processo amministrativo il quale precisa che l'azione risarcitoria può essere proposta tanto per diritti soggettivi, quanto per interessi legittimi,

²¹ Il problema dell'autonomia dell'azione risarcitoria è centrale nella sentenza 500/1999, che ritiene insussistente «la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento [...] in passato costantemente affermata per l'evidente ragione che solo in tal modo si perveniva all'emersione del diritto soggettivo, e quindi l'accesso alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c. riservata ai soli diritti soggettivi»; giungendo alla conclusione che «qualora (in relazione ad un giudizio in corso) l'illegittimità dell'azione amministrativa non sia stata previamente accertata e dichiarata dal giudice amministrativo, il giudice ordinario ben potrà quindi svolgere tale accertamento al fine di ritenere o meno sussistente l'illecito, poiché l'illegittimità dell'azione amministrativa costituisce uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.». Per più ampi riferimenti mi sia consentito rinviare a F. Francario, Degradazione e pregiudizialità quali limiti all'autonomia dell'azione risarcitoria, in «Dir. Amm.», 2007, p. 441 ss. ripubblicato in Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa, Esi, Napoli 2019, p. 355 ss.

²² In tal modo la domanda di risarcimento del danno, in origine questione sempre "riservata" all'autorità giudiziaria ordinaria anche nei casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, dopo aver rappresentato una questione che poteva essere conosciuta anche dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, è divenuta questione che può essere sempre conosciuta dal giudice amministrativo, anche quando è investito della sola giurisdizione di legittimità. L'evoluzione è meglio riassunta, nei termini essenziali di cui nel testo, in F. Francario, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in «Dir. proc. amm.», 2016, p. 1025 ss.

- che nel secondo caso va proposta nel termine di 120 giorni e che il risarcimento va escluso se i danni si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti (artt. 1227 c.c.- 30 cpa);
- Le norme sulla tutela risarcitoria, recate dalla legge 205/2000, prima, e dal codice del processo amministrativo, dopo, vengono entrambe 'salvate' dalla Corte costituzionale con le sentenze 204/2004 e 94/2017²³; non anche quelle sul criterio (di riparto della giurisdizione) dei blocchi di materie, censurato dalla sentenza 204/2004 perché prescinde dalla natura delle situazioni soggettive coinvolte²⁴.

La previsione della possibilità del giudice amministrativo di condannare al risarcimento del danno anche nelle ipotesi di sola giurisdizione generale di legittimità, e quindi a tutela di interessi legittimi, è uscita immune dal giudizio di costituzionalità operato dalla pronuncia Corte Cost. 6 luglio 2004 n. 204 e la secolare riserva al giudice ordinario delle «questioni patrimoniali consequenziali alla pronunzia di legittimità dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre», di cui all'art 30 del TU delle leggi sul Consiglio di Stato (r.d. n. 1054/1923), è stata così definitivamente eliminata: prima dalla sola giurisdizione esclusiva (d. lgs. n. 80/1998), poi dalla giurisdizione amministrativa tout court (l. n. 205/2000). Con specifico riferimento al profilo del termine di proposizione dell'azione nel termine di 120 giorni per il risarcimento degli interessi legittimi, Corte cost., 22 febbraio 2017 n. 94 afferma che «Il legislatore ha, dunque, delineato una disciplina che riconosce al danneggiato la facoltà di scegliere le modalità della tutela risarcitoria nei confronti dell'esercizio illegittimo della funzione pubblica, adottando un modello processuale che determina un significativo potenziamento della tutela, anche attraverso il riconoscimento di un'azione risarcitoria autonoma, con il conseguente abbandono del vincolo derivante dalla pregiudizialità amministrativa». Quella della pregiudizialità dell'annullamento è tuttavia una questione mai del tutto sopita, che continua ancor oggi a riproporsi praticamente nei medesimi termini in cui veniva posta anteriormente all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo negando la proponibilità dell'azione in assenza della previa impugnazione dell'atto amministrativo a prescindere dalla concreta incidenza sulla determinazione del risarcimento (v. ad es. nota redazionale a Cons. St., 13 maggio 2020 n. 3040, Il ritorno della pregiudiziale dell'annullamento per la tutela risarcitoria, in < https://www. giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1108-il-ritorno-della-pregiudizialedell-annullamento-per-la-tutela-risarcitoria>, 22 maggio 2020).

La sentenza afferma chiaramente che i criteri ai quali deve ispirarsi la legge ordinaria quando voglia riservare una 'particolare materia' alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non consentono «che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice "della" pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, co. 2, Cost.)» e che il criterio dei blocchi di materie non è pertanto un criterio che possa ritenersi sufficiente ai fini del riparto di giurisdizione; non lo è se e in quanto prescinde dalla natura delle situazioni soggettive coinvolte e se ignora le condizioni minime richieste per la sussistenza della giurisdizione generale di legittimità.

Insomma, sul finire degli anni Novanta del secolo scorso avevamo un problema che nasceva dal fatto che i criteri applicati per risolvere i conflitti di giurisdizione avevano finito con il creare un groviglio teorico quasi inestricabile che rischiava di paralizzare il sistema, al quale (problema) si è sommata anche l'esigenza di rimpolpare in qualche modo l'ambito della giurisdizione amministrativa, che proprio in quegli anni viene privata della materia che fino a quel momento aveva rappresentato la parte quantitativamente più importante del contenzioso giurisdizionale amministrativo, il rapporto di lavoro del pubblico impiego, che viene privatizzato con connesso trasferimento del relativo contenzioso innanzi al giudice civile del lavoro²⁵.

Il problema non lo abbiamo risolto. Con un'alzata d'ingegno tipicamente italica, lo abbiamo soltanto aggirato: abbiamo moltiplicato quasi all'infinito i casi di giurisdizione esclusiva, spostando in pratica quanto più possibile la tutela dei diritti soggettivi dal giudice ordinario al giudice amministrativo quando parte in causa è una pubblica amministrazione. Spostamento che si perfeziona con l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di condannare anche al risarcimento del danno.

Questa riscrittura del sistema di giustizia amministrativa supera sì il giudizio di costituzionalità, tanto con la pronuncia Corte Cost. 204/2004, quanto con la pronuncia 94/2017, ma non senza riserve o condizioni. La differenziazione delle situazioni soggettive rimane ferma e può (e deve) giustificare tutela differenziata anche nell'ambito del processo amministrativo.

Pur con i limiti e le riserve suddette, l'allargamento della giurisdizione esclusiva viene comunque legittimato dalla Corte costituzionale e il giudice amministrativo viene così chiamato ad apprestare tutela anche a quelle situazioni di diritto soggettivo che prima ricevevano tutela da parte del giudice ordinario principalmente attraverso la tutela risarcitoria o dichiarativa.

Ora, a mio avviso, il problema di fondo posto da questo processo riformatore è che la (tendenziale) realizzazione del principio di concentrazione della tutela giurisdizionale ha fatto perdere di vista la specificità delle tutele delle due situazioni soggettive, che rischiano di rimanere ibridate in una forma indistinta che sembra mutuare il peggio (i limiti) dell'una e dell'altra. Una cosa è assicurare la ragionevole durata di un processo; altra trasformare forma e sostanza della tutela della situazione soggettiva.

²⁵ Non è forse nemmeno del tutto casuale che la sentenza Corte cost. 6/2018 chiude una vicenda originata da una maldestra norma transitoria proprio del d. lgs. n. 80/1998 che aveva lasciato prive di tutela determinate situazioni soggettive.

9. I diritti soggettivi

I diritti soggettivi. Si può seriamente negare che lo spostamento della loro tutela innanzi al giudice amministrativo abbia posto, con buona pace dell'art. 113 Cost., un problema di effettività della tutela giurisdizionale?

Non si può negare il problema limitandosi ad osservare che il c.p.a. ormai consente al giudice amministrativo di esercitare tutti i poteri propri già del giudice ordinario. Il problema è che il giudizio amministrativo è, e si è comunque dimostrato nella concreta applicazione, fisiologicamente inidoneo ad erogare la tutela risarcitoria. Il dato storico è di tale ed immediata evidenza per tutti gli operatori del diritto da non richiedere particolare dimostrazione ed affonda le sue radici nella perdurante assenza di una vera e propria istruttoria nella fisiologia del processo amministrativo.

Intendo con ciò dire che, anche successivamente all'adozione del codice del processo amministrativo, la disciplina permette al giudice amministrativo di poter continuare a definire comunque il giudizio in base ad un giudizio sulla ragionevolezza della decisione amministrativa e/o a valutazioni puramente equitative o indennitarie dei risarcimenti, estranee alla cultura giuridica della vera e propria tutela risarcitoria. Ripeto a scanso di ogni possibilità di equivoco che non intendo con ciò dire che il giudice amministrativo oggi come oggi non abbia il potere di accertamento diretto dei fatti. La disciplina dei mezzi di prova e dell'attività istruttoria recata dagli artt. 63 e ss. del c.p.a. non lascia più dubbi al riguardo. Intendo dire che il sindacato sulla ragionevolezza della decisione amministrativa è ancora più che largamente impiegato come strumento alternativo all'accertamento diretto dei fatti, compromettendo la credibilità del sindacato giurisdizionale quantomeno in termini di equidistanza del giudice amministrativo dalle rappresentazioni delle parti²⁶.

Oltre ad essere un dato di comune esperienza per gli operatori del diritto, il profilo critico è generalmente sottolineato anche negli studi della dottrina sul tema. Alla lucida sintesi operata da M.A. SANDULLI, Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo, in «Dir e Soc.», 2020, p. 203 ss., per ulteriori riferimenti v. anche, tra gli altri, G. D'ANGELO, La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice, in Jus – online. Rivista di scienze giuridiche, 2020, p. 11 ss.; P. Lombardi, Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva temperata, in «Dir. proc. amm.», 2016, p. 125 ss.; S. Lucattini, Fatti e processo amministrativo, in «Dir. Proc. Amm.», 2015, p. 203 ss.; L. Perfetti, L'istruttoria nel processo e il principio di dispositivo, in «Dir e proc amm.», 2014, p. 46 ss; B. Marchetti, Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato, in «Dir. proc. amm.», 2014, p. 105 ss.; M. Ramajoli, Giusto processo e giudizio amministrativo, in «Dir. Proc. Amm.», 2013, p. 145; F. Saitta, Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo

E a ciò si può aggiungere che alla constatazione che il giudice amministrativo abbia il potere di condannare al risarcimento del danno per equivalente o anche ad un fare specifico, si accompagna l'osservazione che questo potere spesso e volentieri può prescindere dalla domanda di parte per il suo esercizio²⁷: alludo, per fare degli esempi, alla possibilità che in sede di cognizione, senza domanda di parte, il giudice può disporre «le misure idonee ad assicurare l'esecuzione del giudicato» (art. 34, co. 1 lett. e) c.p.a.); al fatto che ha il potere di dichiarare o meno l'inefficacia del contratto quando annulla l'aggiudicazione definitiva di una gara pubblica (art. 122 c.p.a.); al fatto che, nelle condanne pecuniarie, può limitarsi a stabilire «i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine» (art. 34 co. 4, c.p.a.).

Credo, in buona sostanza, non si possa negare la realtà delle cose e negare che il processo amministrativo sia inevitabilmente condizionato dalla rilevanza dell'interesse pubblico istituzionalmente affidato alle cure della pubblica amministrazione e che ciò abbia inevitabilmente incidenza sulla prevedibilità delle decisioni e limiti il sindacato giurisdizionale.

In questo contesto, il giudice amministrativo ha acquisito nell'ambito della sua giurisdizione i diritti soggettivi, ma la tutela si è persa in parte per strada.

Che posizione ha preso la Corte di Cassazione in questo scenario? In realtà non ne ha presa una. Ne ha prese due. Anzi tre.

- a) In primo luogo, ha rivitalizzato (con cui i limiti di cui *infra sub* c) la figura "classica" del rifiuto di giurisdizione, ritenendo censurabile l'arretramento che venisse fatto in via generale e astratta, in maniera aprioristica e non con riferimento alla specificità del caso concreto, della linea della giurisdizione fruibile dal cittadino. Nulla da eccepire.
- b) Ha poi provato a dilatare la concezione del motivo di giurisdizione alle ipotesi dell'errore abnorme *in procedendo* o *in judicando*. Si tratta della teorizzazione della c.d. interpretazione evolutiva, criticata e censurata da Corte cost. 6/2018.
- c) Ma in realtà le Sezioni unite hanno preso anche una terza posizione, che è stata quella di lasciare il rifiuto di giurisdizione (anche nella sua accezione classica, non solo nella sua interpretazione 'evolutiva') al livello

la codificazione, in «Dir. e proc. amm.», 2013, p. 126 ss.).

²⁷ Il tema è stato ampiamente trattato nell'edizione del 2018 delle "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa" i cui atti sono raccolti nel volume F. Francario, M.A. Sandulli (a cura di), *Profili soggettivi e oggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli*, Esi, Napoli 2018.

di figura più teorica che pratica²⁸. E questa è forse la cosa più grave, nel senso che ha contribuito ad acuire il problema e non a risolverlo, perché se le Sezioni unite, più che teorizzarne interpretazioni evolutive, ne avessero fatta maggiore applicazione nel concreto dei casi (del rifiuto di giurisdizione), il giudice amministrativo avrebbe fatto sicuramente maggior attenzione a muoversi nel nuovo scenario che lo ha visto operare come giudice dei diritti.

Voglio con ciò dire che se il problema nasce, in buona sostanza, per i modi e termini in cui i diritti soggettivi vengono protetti dal giudice amministrativo a causa della ibridazione di cui si è detto sopra, esso si risolve evitando che al cambio di giurisdizione segua un mutamento qualitativo della tutela fruibile. È sotto questo profilo che intendo dire che è quasi più grave che le Sezioni unite non abbiano quasi mai concretamente applicato la figura (del rifiuto di giurisdizione), piuttosto che il fatto che ne abbiano teorizzato interpretazioni evolutive.

Insomma, se siamo al punto in cui siamo, è perché, dal canto loro, le Sezioni unite hanno applicato poco o nulla la figura classica del rifiuto di giurisdizione; e perché il Consiglio di Stato, dal canto suo, si è spesso e volentieri rifiutato di erogare tutela risarcitoria nelle forme proprie della tutela civile dei diritti (e si è troppo spesso rifugiato nel sindacato di ragionevolezza, rifiutando l'accertamento diretto dei fatti). Per uscirne fuori, probabilmente basterebbe che le Sezioni unite cassassero le decisioni dove c'è rifiuto aprioristico e tipizzato, formulato in via generale e astratta, di una certa situazione; e che il Consiglio di Stato fosse meno creativo e più attento alle categorie generali dell'Ordinamento quando si tratta tutelare diritti soggettivi e rinunciasse a plasmarle o adattarle alla specificità del processo amministrativo, cosa che ha un senso se si tratta d'interessi legittimi, non di diritti soggettivi. Questa a mio avviso è la strada giusta da seguire per risolvere concretamente il problema. Va senz'altro apprezzata in tal senso, ad esempio, la recentissima Ad. Plen. 24/2020 sul termine di prescrizione, che ha evitato una di quelle ibridazioni che nel futuro prossimo venturo avrebbero altrimenti originato quasi sicuramente questioni di giurisdizione a non finire.

²⁸ Cfr. M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in < https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1422-guida-alla-lettura-dell-ordinanza-delle-sezioni-unite-della-corte-di-cassazione-n-19598-del-2020>, 30 novembre 2020.

10. Gli interessi legittimi

Gli interessi legittimi. L'esigenza di rispondere al bisogno di tutela proprio delle situazioni di diritto soggettivo e delle domande risarcitorie ha comunque concentrato su tali profili l'attenzione e lo sforzo del giudice amministrativo e ha fatto perdere di vista l'esigenza di tutela delle situazioni non riducibili a tali schemi e che dovrebbero invece rappresentare il proprium della giurisdizione amministrativa, la tutela dell'interesse legittimo. Il processo di ibridazione ha appiattito la forma di tutela di questa situazione su quella del diritto soggettivo, patrimonializzandola (dandole cioè un contenuto necessariamente patrimoniale, come pretesa a che un bene della vita entri nel proprio patrimonio ovvero non ne esca).

Ouanto ciò sia vero è presto testimoniato dalle recenti vicende che hanno interessato la tutela in materia di appalti, laddove si è cercato di riscrivere il sistema di tutela appiattendolo sulla tutela risarcitoria con esclusione di quella costitutiva di annullamento. Al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19, l'art. 4 del d.l. n. 76/2020 alla fine si è limitato a prevedere l'estensione, ai giudizi promossi avverso le procedure di gara bandite entro il 31 dicembre 2021, dell'articolo 125 del c.p.a., il quale, nonostante manifesti un indubbio favor per la tutela risarcitoria, non giunge sino al punto di escludere in assoluto la tutela di annullamento²⁹). Ma tutti ricordiamo molto bene come si sia molto discusso della possibilità di escludere del tutto la tutela costitutiva per lasciare spazio unicamente alla tutela risarcitoria³⁰. Probabilmente, anche per la ferma opposizione di buona parte della dottrina, alla fine il risultato è stato quello di estendere solo l'applicabilità dell'art. 125 c.p.a., ma non dimentichiamo che da più parti è stato seriamente messo in discussione il fatto che l'art. 113 Cost. offrisse copertura costituzionale al principio della giurisdizione generale di legittimità sostenendo che il legislatore potesse pertanto escludere, in determinate materie o per particolari categorie

²⁹ L'art 125 c.p.a., dettato con riferimento alle controversie relative a infrastrutture strategiche, dispone che «la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente».

³⁰ Il dibattito è significativamente riassunto nel convegno dedicato dall'Associazione Italiana Professori Diritto Amministrativo al tema "Poteri del giudice amministrativo ed efficienza della pubblica amministrazione in materia di appalti" visibile all'indirizzo https://www.youtube.com/watch?v=k5PiWR0kSv8.

di atti, l'impugnazione in sede giurisdizionale. Segno più evidente della tendenza a ridurre il giudice amministrativo a giudice del risarcimento del danno non potrebbe esservi e non è detto che si riesca a resistere anche al prossimo attacco che, sempre in nome dell'esigenza di recuperare efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, c'è da aspettarselo, tenderà nuovamente a sterilizzare quanto più possibile la possibilità di intervento del giudice amministrativo.

La vicenda occasionata dall'emergenza pandemica è emblematica e sintomatica del rischio insito nelle teorizzazioni che neghino la differenziazione tra le situazioni soggettive del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo e dei correlati bisogni di tutela: se il risarcimento diventa un modo come un altro per tutelare le situazioni di interesse legittimo (il che si verifica nel momento in cui le due tutele, demolitoria e risarcitoria, divengono fungibili tra loro), dell'annullamento dell'atto illegittimo se ne può anche fare a meno.

Ciò che ci riserva il futuro è il ritorno allo *status quo ante* riforma Crispi del 1889? Ritorno al futuro?

11. Superare l'ibridazione

Non è difficile immaginare che le presenti considerazioni andranno sicuramente incontro alla critica che insistere nel riproporre ancora la distinzione tra diritto e interesse è una posizione antistorica ormai superata dagli eventi. Senza insistere nel sottolineare che uno storicismo di maniera non può superare il chiaro dettato della Costituzione, almeno finchè questa non sia oggetto di puntuale revisione, l'interrogativo posto in chiusura del precedente paragrafo dimostra esattamente il contrario. È l'ibridazione che ci riporta al passato, non la distinzione delle due situazioni che devono essere lette come il portato di tutele differenziate in ragione di diversi bisogni di tutela del cittadino di fronte all'azione della pubblica amministrazione.

Fa specie dover constatare che il rischio di questo arretramento della linea della tutela giurisdizionale sul fronte dell'interesse legittimo si manifesti nel nostro ordinamento nazionale nel momento in cui le Corti e i trattati internazionali riconoscono il diritto alla buona amministrazione come diritto fondamentale della persona³¹.

³¹ Il primo immediato riferimento è all'art 41 CDFUE: «Ogni persona ha diritto a che

Proprio la nostra cultura giuridica, che è stata la culla della teorizzazione dell'interesse legittimo, sembra ora quasi dimenticare che la Quarta Sezione era stata istituita nel 1889 per assicurare quella 'Giustizia nell'Amministrazione' che lo schema tipico delle situazioni di diritto soggettivo non riusciva e non era in grado di assicurare.

Sotto questo profilo, anche e proprio come dottrina dovremmo iniziare a riflettere criticamente sui danni prodotti dal fatto di aver enfatizzato oltremodo la costruzione del processo amministrativo in termini di giudizio sulla fondatezza della 'pretesa' vantata dal ricorrente, sulla 'spettanza' del bene della vita, ponendo in secondo piano il fatto che nella generalità dei casi il conseguimento del bene della vita è pur sempre protetto in termini di probabilità e non di certezza. Trovo esemplari sotto questo profilo le parole di Riccardo Villata pronunciate in occasione del convegno celebrativo dei 130 anni della istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato: «Il processo amministrativo, abbandonato "finalmente" il modello di processo all'atto, è divenuto giudizio sul rapporto. Nel dettaglio, è un giudizio di spettanza nel senso che accerta la fondatezza della pretesa al bene della vita, pretesa che può oggi soddisfare tramite l'azione divenuta atipica o meglio il ventaglio di azioni che il c.p.a. riconosce e di cui si deve se mai criticare i limiti (quelli apposti alle azioni di adempimento, di nullità, risarcitoria) superandoli per quanto possibile nell'applicazione. Ebbene, io non mi riconosco affatto in questa prospettiva, spero non solo perché con il trascorrere degli anni ai propri convincimenti sempre più ci si affeziona e si consolida l'ostilità ad accettare tesi di segno diverso»³². Annullare il giudizio negativo di una commissione, annullare la lex specialis che impedisca la partecipazione a una gara, annullare la previsione di uno strumento urbanistico, accertare l'illegittimità del silenzio; in casi come questi casi e, più in generale, tutte le volte in cui l'esercizio della giurisdizione generale di legittimità lascia margini di scelta all'Amministrazione, non è possibile ravvisare l'obbligo di soddisfare in maniera immediata e diretta la pretesa

le questioni siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole» sul quale per tutti v. F. Aperio Bella, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Esi, Napoli 2017, p. 220 ss. e *ivi* per ulteriori riferimenti.

³² R. VILLATA, *Pluralità delle azioni ed effettività della tutela*, in *www.giustizia-amministrativa. it.* Con riferimento all'impiego della formula del giudizio di spettanza, Villata ricorda efficacemente come «l'autore – Falcon – di questa apprezzata formula divenuta di largo utilizzo ha avuto modo di precisare, rivendicando il valore dell'interesse legittimo quale fondamento di una raffinata tecnica di sindacato di legittimità del provvedimento, che "ciò che spetta non è in realtà che un nuovo, corretto esercizio della discrezionalità amministrativa" ovvero che la "spettanza è il risultato dell'esercizio del giudizio sul potere».

al bene della vita cui si aspira.

Sotto questo profilo le Sezioni unite finiscono con il rappresentare una importante occasione. Non so se, forse, sia sfuggito di mano, ma il vero problema che pongono adesso le Sezioni unite è se, muovendo dall'ordinamento comunitario, l'interesse legittimo debba essere inteso come una situazione prevalentemente strumentale, ovvero prevalentemente finale.

Andrea Proto Pisani

Attentato delle S.U. all'art. 111, ultimo comma della Costituzione? Su Cass. S.U. 19598/2020*

SOMMARIO:1. Introduzione – 2. La questione di giurisdizione e il difetto assoluto di giurisdizione – 3. Il regolamento preventivo di giurisdizione – 4. Il ricorso per cassazione ordinario per motivi attinenti alla giurisdizione – 5. Il caso sottoposto alle Sezioni unite – 6. La rimessione pregiudiziale alla Corte di giustizia – 7. Osservazioni finali

1. Introduzione

L'ordinanza delle Sezioni unite civili 19598/2020 (Pres. G. Mammone est. A.P. Lamorgese, su conclusioni difformi del P.M. Celentano) di rimessione pregiudiziale alla Corte europea di giustizia, a seguito di ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione avverso sentenza del Consiglio di Stato, ha determinato ampi interventi di amministrativisti, costituzionalisti e processualcivilisti¹. Io stesso ho pubblicato poco più di un appunto sulla parte solo telematica di *Judicium*, appunto che vorrei in questa sede approfondire, sia pure di poco.

Premetto che a mio modesto avviso l'ampia motivazione dell'ordinanza lascia molto a desiderare sia quanto all'uso spesso di un linguaggio atecnico e allusivo, sia quanto a logicità dei passaggi in cui si articola, sia infine quanto all'obiettivo che sembra prefiggersi con la rimessione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Sfruttando la 'pace dei sensi' che mi deriva dalla età avanzata, desidero in questa rapida nota, richiamare alcuni dati istituzionali, che mi sembrano,

Desidero ringraziare per i preziosi consigli indispensabili per mettere a fuoco molti dei problemi esaminati, senza con ciò limitare la mia esclusiva responsabilità per quanto scritto, fra i tanti gli amici e colleghi Gianni Comporti, Elena D'Alessandro, Giorgio Gaja, Franco Gaetano Scoca, Tonino Tizzano, Aldo Travi e Nicolò Trocker. Firenze, 31 dicembre 2020.

L'ordinanza è fra l'altro pubblicata sul «Foro it.», 2020, I, c. 11, con ampia nota di richiami giurisprudenziali e dottrinali, relativi anche alla Corte di giustizia dell'Unione europea di A. Travi e E. Calzolaio.

se non obliterati, offuscati dal singolare linguaggio, e non solo, delle Sezioni unite, e nel dibattito in atto.

Innanzi tutto, è opportuno richiamare con linguaggio tecnicamente corretto alcuni profili istituzionali.

2. La questione di giurisdizione e il difetto assoluto di giurisdizione

Il processo civile o amministrativo è introdotto da una domanda con cui l'attore agisce in giudizio a tutela di una situazione soggettiva e si conclude con una decisione che accerta se quella situazione soggettiva esista o no (accerta se l'attore ha ragione o ha torto). Questa decisione mira a risolvere il 'merito' della controversia, e normalmente ha attitudine al giudicato sostanziale. Prima che il giudice possa pronunciarsi sul 'merito', gli ordinamenti prevedono che debbano esistere alcuni presupposti di rito: i c.d. 'presupposti processuali' (secondo una terminologia forse antiquata ma di certo ancora utile per la comprensione del processo), quali la giurisdizione e la competenza del giudice adito, e la legittimazione ad agire, la legittimazione processuale e (spesso anche) l'interesse ad agire.

In particolare, per quello che ora interessa, la giurisdizione è un 'presupposto processuale' la cui mancanza dovrebbe determinare *in limite litis* la chiusura in 'rito' del processo, salva ovviamente la possibilità di trasmigrazione del processo davanti al giudice indicato come fornito di giurisdizione, con salvezza, in caso di riassunzione tempestiva, degli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta davanti al giudice dichiarato sfornito di giurisdizione. Ma come si vedrà nel proseguo ciò non vale in caso di c.d. difetto assoluto di giurisdizione perché sia stato dedotto in giudizio un interesse di mero fatto.

3. Il regolamento preventivo di giurisdizione

Detto questo in generale, riguardo alla giurisdizione le cose però possono complicarsi, almeno sul piano terminologico.

Accanto all'ipotesi - direi normale e di certo più frequente - che nell'ordinamento (italiano o straniero) esista un giudice fornito di giurisdizione, può darsi la diversa ipotesi che nessun giudice (italiano o straniero) sia fornito di giurisdizione perché l'interesse (la

situazione soggettiva) dedotto in giudizio sia un interesse non protetto dell'ordinamento: sia interesse di mero fatto e come tale non suscettibile di tutela. In questi casi la decisione del giudice sarà sempre una decisione di rigetto (cioè di non concessione della tutela): ma sarà una decisione che secondo le preferenze linguistiche potrà essere qualificata - come si chiarirà meglio oltre - di rigetto per ragioni di rito o anche di rigetto per ragioni di merito per difetto c.d. assoluto di giurisdizione, per mancanza di materia suscettibile di tutela giurisdizionale. È poi appena il caso di precisare che, a livello istituzionale, è irrilevante che l'interesse sia protetto o no alla stregua del diritto interno o del diritto europeo².

È possibile che la Corte di cassazione adita con il rimedio eccezionale del regolamento preventivo di giurisdizione (rimedio eccezionale perché esperibile solo, fino a che non è emanata una sentenza di primo grado, in una controversia tra privati e pubblica amministrazione ai sensi degli artt. 41 c.p.c. e 10 c.p.a. e mai pertanto nelle controversie tra privati per c.d. 'improponibilità assoluta della domanda', come invece a lungo in modo abnorme ritenuto dalla Corte di cassazione³) ritenga che la situazione soggettiva, l'interesse dedotto in giudizio, sia – alla stregua sia del diritto interno sia del diritto europeo - un mero interesse di fatto; in tal caso si sarà alla presenza di un difetto assoluto di giurisdizione, che non consentirà la prosecuzione del processo davanti al giudice di merito⁴.

4. Il ricorso per cassazione ordinario per motivi attinenti alla giurisdizione

Ancora, ribadita la denuncia della particolarità del regolamento c.d. preventivo di giurisdizione, è ben possibile che a seguito di un processo

Dovrebbe essere altresì pacifico che in questa seconda ipotesi (di interessi non protetti) - quale che sia la terminologia preferita - la decisione avrà attitudine quanto meno analoga al giudicato sostanziale: sull'argomento si veda, il titolo, della monografia, non sempre chiarissima, di M.P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Cedam, Padova 2002.

³ V. per tutti M.P. Gasperini, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, cit, p. 154 ss. e la monografia, ancora oggi fondamentale, di F. Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, Jovene, Napoli 1977, *passim* e p. 204 ss. *cui adde*, ma solo se si vuole, le mie note in «Foro it.», 1977, I, c. 2422, e 1979, I, c. 2703 nelle quali non a caso parlo di attentato alla 'credibilità della giustizia dello Stato', e di 'mostri che generano mostri'.

⁴ Ferma restando la pericolosità estrema del regolamento di giurisdizione per il carattere *lato sensu* sommario denunciato da CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizion*e, cit., *passim* e p. 159 ss.

davanti al giudice ordinario, o speciale amministrativo (o contabile), contro la relativa sentenza d'appello del giudice ordinario o contro la sentenza del Consiglio di Stato sia proposto ricorso 'ordinario' per cassazione per 'motivi inerenti alla giurisdizione' ai sensi dell'art. 111 penultimo e ultimo comma Cost., e in tal caso è anche possibile che i 'motivi inerenti alla giurisdizione' consistano nella circostanza che la decisione impugnata con ricorso e per cassazione abbia qualificato l'interesse dedotto in giudizio:

- a) come interesse di fatto, come tale non meritevole di tutela giurisdizionale;
- b) come situazione meritevole di tutela, laddove si denunci con il ricorso per cassazione, che si tratti invece di un mero interesse di fatto.

In entrambi i casi il ricorso per cassazione sarà ammissibile (ai sensi dell'art. 111, co. 7 e 8 Cost.) ed è ben possibile e legittimo che:

- aa) nella prima ipotesi, la Corte di cassazione ritenga che il giudice ordinario d'appello (o in unico grado), o il Consiglio di Stato (o la Corte dei conti) abbia errato a ritenere la situazione soggettiva non giuridicamente protetta (dal diritto interno o europeo non rileva). In tal caso se la sentenza impugnata è sentenza del giudice ordinario la Corte di cassazione casserà la sentenza e disporrà la rimessione della causa al giudice di primo o secondo grado ai sensi di quanto espressamene previsto dagli artt. 353 e 382 c.p.c. Sulla base di un'interpretazione sistematica, in caso di ricorso per cassazione avverso sentenze del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti), la Corte di cassazione dovrà rimettere davanti al giudice amministrativo di primo o secondo grado;
- bb) nella seconda ipotesi, ove la Corte di cassazione ritenga che la sentenza (del giudice ordinario o amministrativo o contabile) sia relativa a un interesse giuridicamente non protetto, ovvero (dal diritto interno o europeo non rileva) ad un interesse di mero fatto, la Corte dovrà cassare senza rinvio per difetto assoluto per giurisdizione⁵.

Quanto poi al numero dei processi in cui si siano verificate vicende di tale specie, rinvio al saggio di M.A. Sandulli citato all'inizio.

5. Il caso sottoposto alle Sezioni unite

Svolte queste premesse istituzionali, ne segue che nella fattispecie

⁵ Si pensi per tutte alla decisione c.d. di 'Italia nostra', Cass. 8 maggio 1978 2207, in «Foro it.», 1978, I, c. 1090 con ampia nota di C.M. BARONE.

concreta che ha dato luogo all'ordinanza che si annota, le Sezioni unite civili della Corte di cassazione, andando di contrario avviso a quello della sentenza impugnata del Consiglio di Stato (che aveva ritenuto giuridicamente non protetta la situazione soggettiva dedotta innanzi al giudice amministrativo) avrebbero ben potuto cassare la sentenza del Consiglio di Stato, chiudere il processo innanzi a sé e rimettere al giudice amministrativo la decisione sulla esistenza in concreto della situazione soggettiva qualificata da esse giuridicamente protetta alla stregua del diritto europeo (ma, è opportuno dire che nulla sarebbe cambiato se la protezione giuridica della situazione soggettiva fosse stata rinvenuta nel diritto c.d. interno). E ciò senza stare a scomodare l'equivoca espressione 'effettività' che tecnicamente si riferisce al processo e non alla protezione sostanziale⁶.

6. La rimessione pregiudiziale alla Corte di giustizia

La questione che aveva occasionato la sentenza del Consiglio di Stato era identica a quella che poi ha dato luogo poi all'ordinanza delle Sezioni unite di rimessione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea: la giuridicità o no della situazione soggettiva originariamente fatta valere, dedotta al TAR ma, come detto chiaramente nella motivazione della ordinanza che si annota, le Sezioni unite hanno preferito sospendere il giudizio per rimettere alla Corte del Lussemburgo la risoluzione pregiudiziale della questione relativa alla giuridicità o no - alla stregua del diritto europeo - della situazione soggettiva dedotta originariamente davanti al TAR.

Evitando inutili ripetizioni di quanto già detto, è da aggiungere solo che le Sezioni unite indicano chiaramente di avere preferito rimettere alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale (e non chiudere il giudizio cassando la sentenza del Consiglio di Stato con rinvio immediato allo stesso Consiglio di Stato) per il timore di porsi in contrasto con la sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale. È da dire subito che il timore era infondato e la rimessione pregiudiziale alla Corte di giustizia con ordinanza -è bene dirlo sin d'ora- motivata come si vedrà malissimo senza che il primo presidente, che pure risulta averla sottoscritta, svolgesse i controlli di forma e di sostanza, indispensabili almeno allo scopo di chiarire il pensiero delle Sezioni unite.

⁶ Si vedano le eleganti e autorevoli analisi di N. Trocker, da ultimo in *La formazione del diritto processuale europeo*, Giappichelli Torino 2011, p. 221 ss. e *passim*.

Ma procediamo con ordine, sia pure molto sinteticamente per 'punti'.

- a) Înesistenza di qualsiasi possibilità di entrare in contrasto con la sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale. Il contrasto mi sembra che non fosse ipotizzabile perché la sentenza 6/2018 (segnatamente, al suo punto 15 della sua motivazione) ribadisce che «l'eccesso di potere giudiziario denunciabile con il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione [...] va riferito [...] alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione», quale era quella sottoposta all'attenzione delle Sezioni unite della cassazione ai sensi dell'art. 111, 8° co. Cost.: unica differenza era l'esito del controllo della Corte di cassazione, a seconda che in un caso si affermasse il carattere di mero fatto dell'interesse dedotto in giudizio, e nell'altro caso se ne affermasse la protezione giuridica (si fosse propensi ad affermare, poiché poi si preferiva rimettere la questione alla Corte di giustizia dell'Unione europea).
- b) Esclusa, pertanto, la ipotizzabilità di qualsiasi contrasto tra le due Corti, diviene legittimo chiedersi perché le Sezioni unite abbiano fatto ricorso alla rimessione pregiudiziale alla Corte di giustizia. Dalla lettura della motivazione sembra proprio che ai giudici del Lussemburgo si chieda di enunciare un principio secondo cui il controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato sia ammissibile per qualsiasi violazione di norme, sostanziali o processuali, europee, non solo per i più ristretti motivi inerenti alla sola giurisdizione. Ma probabilmente sono io a non avere capito perché non credo che sia neanche ipotizzabile che la Corte di cassazione italiana chieda ai giudici della Corte di giustizia di dichiarare la illegittimità dell'ottavo comma dell'art. 111 della Costituzione italiana nella parte non prevede la ricorribilità in cassazione per qualsiasi violazione di legge sostanziale o processuali di origine europea.
- c) Il ricorso, comunque, è inammissibile perché la Corte di giustizia dell'Unione europea è giudice capace di emanare autorevolissimi precedenti giurisprudenziali, ma non legislatore con potere addirittura di modificare norme costituzionali degli Sati membri.

7. Osservazioni finali

Chiudo con due osservazioni finali.

Certo l'art. 111, ultimo comma, non è immutabile (così come non sono immutabili gli articoli della Costituzione che costituzionalizzano la

specialità del giudice amministrativo) ma lo è solo attraverso procedimento di revisione costituzionale, con le garanzie previste dalla nostra Costituzione e non attraverso un non ipotizzabile escamotage come quello che la cattiva tecnica interpretativa ed espositiva della motivazione dell'ordinanza in esame rischia di adombrare.

Nel luglio del 1961 Virgilio Andrioli mi avviò alla collaborazione al Foro italiano. Nel corso di oltre sessant'anni ho letto, estratto massime e note redazionali probabilmente relative a più di migliaia di provvedimenti soprattutto della Corte di cassazione e della Corte costituzionale. Devo confessare che mai mi sono imbattuto in una decisione mal redatta come quella in esame.

Di qui la speranza che il nuovo Primo Presidente della Corte di cassazione presti particolare attenzione nella scelta del giudice relatore ed estensore di giudizi delle Sezioni unite, e poi possibilmente nella lettura integrale del provvedimento che è chiamato a sottoscrivere.

Maria Alessandra Sandulli

Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020

Sommario: 1. Premessa – 2. Le origini del problema e l'utilità di 'fare ordine' sulla giurisprudenza delle Sezioni unite in tema di 'eccesso/rifiuto' di giurisdizione rispetto al quadro legislativo prima della sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale – 3. Il percorso delle Sezioni unite dalle ordinanze gemelle del 2006 alla sentenza n. 31226 del 29 dicembre 2017: vera 'interpretazione evolutiva' o *'self-restraint'*? – 4. La conferma dell'atteggiamento (eccessivamente) prudenziale delle Sezioni unite: la negazione, in concreto, di ipotesi di 'creazione normativa' non riconducibili al potere generale di interpretazione e la (conseguente) ricerca di giustificare il sindacato sul 'rifiuto di giurisdizione' con l'abnormità dell' 'errore interpretativo' implicante diniego di tutela in contrasto con il diritto UE – 5. (Segue) Il percorso delle Sezioni unite è stato 'riduttivo' e non 'evolutivo' – 6. La conferma dell'autolimitazione del sindacato sull'eccesso di potere giurisdizionale anche nella giurisprudenza più immediatamente prossima alla sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale e la conseguente possibilità di 'ridimensionare' la portata di tale sentenza – 7. Il self-restraint delle Sezioni unite (anche) nella sentenza 18592 del 9 settembre 2020 – 8. L'ordinanza del 18 settembre 2020 e la conferma della riduttiva autoqualificazione del 'diniego di giustizia' come 'errore interpretativo' – 9. Verso l'individuazione di alcuni punti fermi. – 10. Prime considerazioni sui quesiti proposti alla CGUE.

1. Premessa

L'ordinanza 18 settembre 2020 n. 19598 delle Sezioni unite civili della Corte di cassazione, reagendo alla 'rigida' lettura dell'art. 111, co. 8, Cost. propugnata dalla sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, ha riaperto lo scontro tra i vertici della magistratura ordinaria e amministrativa, estendendolo al Giudice delle leggi e chiamandone arbitro la Corte di Giustizia dell'Unione europea, sotto il profilo della compatibilità dei limiti al sindacato della Corte di cassazione sulle pronunce dei giudici amministrativi di ultima istanza con il principio di effettività della tutela giurisdizionale garantito dall'art. 47 della Carta di Nizza.

La pronuncia ha immediatamente scatenato un acceso dibattito, di cui

sono stati frutto interessanti contributi scritti¹ e vari webinar.

Nel condividere la preoccupazione generale sui rischi del coinvolgimento del Giudice sovranazionale su una questione interpretativa di una nostra disposizione costituzionale, la lettura dell'ordinanza alla luce del contesto in cui essa si inserisce fa a mio avviso sorgere un dubbio di fondo: era davvero necessario adire la Corte di Giustizia o le Sezioni unite potevano cassare direttamente la sentenza impugnata? Come noto, nel terzo quesito, che traccia poi la rilevanza della questione per il caso controverso, l'ordinanza chiede alla Corte di Lussemburgo di chiarire se sia compatibile con il diritto dell'Unione, come interpretato dalla stessa Corte di Giustizia (nelle, ormai varie, sentenze sui rapporti tra i motivi di impugnazione delle gare pubbliche), una normativa processuale nazionale (come quella ritenuta applicabile dal Consiglio di Stato) che impedisce al concorrente escluso da una gara con provvedimento di cui il giudice abbia affermato (sia pure in via non ancora definitiva) la legittimità, di vedere, comunque, esaminati anche gli ulteriori motivi di ricorso miranti (attraverso censure sulla legittima composizione della Commissione e sui criteri di valutazione delle offerte) all'annullamento dell'intera gara. Il tema, dunque, era, sotto una diversa angolazione, quello (potremmo dire, ormai, 'solito') della tutelabilità, in astratto, dell'interesse 'strumentale' alla ripetizione della gara, che il Consiglio di Stato aveva qualificato di 'mero fatto' e che le Sezioni unite 'dubitano' possa rientrare tra quelli che, sia pure con riferimento ai ricorsi incidentali reciprocamente escludenti e ai ricorsi con i quali lo

¹ Il presente lavoro riserva deliberatamente ad altra sede il confronto con i suddetti contributi, dei quali comunque, senza pretesa di esaustività, si dà doverosa indicazione per un più completo quadro di riflessione: oltre ai contributi in questo volume, v. G. Tropea, Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598), in < https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processoamministrativo/1315-il-golem-europeo-e-i-motivi-inerenti-alla-giurisdizione-nota-a-casssez-un-ord-18-settembre-2020-n-19598> , 7 ottobre 2020; B. Caravita, *Postilla* a S. Barbareschi - L.A. Caruso, La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 195982, in < https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=44383>, 4 novembre 2020; R. Bin, È scoppiata la terza (guerra tra le Corti'? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione, in < https://www. federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=44450>, 18 novembre 2020; Gin. GRECO, La violazione del diritto dell'Unione europea come possibile difetto di giurisdizione?, in «Eurojus», 2020; B. Nascimbene - P. Piva, Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?, in < https://www. giustiziainsieme.it/it/europa-e-corti-internazionali/1409-il-rinvio-della-corte-di-cassazionealla-corte-di-giustizia-violazioni-gravi-e-manifeste-del-diritto-dell-unione-europea>, 24 novembre 2020.

stesso escluso chiedeva anche (con motivi aggiunti) l'esclusione degli altri concorrenti, la Corte di Giustizia ritiene giuridicamente tutelabili secondo il diritto dell'Unione.

Si trattava, pertanto, di una ipotesi 'classica' di 'diniego di giustizia', censura che, a partire dalle note pronunce gemelle del 13 giugno 2006 sulla c.d. pregiudiziale di annullamento della tutela risarcitoria, seguite, a fronte del perdurante orientamento del giudice amministrativa a favore di tale pregiudiziale, dalla – più netta e 'severa' – sentenza n. 30254 del 2008, ha 'turbato' il 'dialogo' tra la Corte di cassazione e i giudici amministrativi di ultima istanza (Consiglio di Stato e Corte dei conti), già messo a rischio dall'improvvida estensione della giurisdizione esclusiva su 'gruppi di materie', opportunamente frenata dalla 'storica' sentenza n. 204 del 2004, ingenerando la preoccupazione dei secondi di subire la 'cassazione' delle proprie sentenze (oltre che per l'invasione dell'ambito delle altre giurisdizioni e della sfera riservata al 'merito amministrativo') anche per il c.d. 'arretramento' dalla propria *potestas iudicandi*.

Al di là di alcune affermazioni di principio (su cui tornerò nei prossimi paragrafi), l'atteggiamento delle Sezioni unite sul punto era sempre stato, tuttavia, estremamente prudente.

Il ricordato intervento del 2018 della Corte costituzionale (sulla cui effettiva portata si dirà meglio *infra*) ha però scatenato una reazione al 'rialzo', spingendo la Corte di cassazione a investire la Corte di Giustizia della ridefinizione del proprio ruolo di giudice ultimo di garanzia del rispetto del diritto dell'Unione da parte degli organi detentori del potere giurisdizionale nel nostro ordinamento.

2. Le origini del problema e l'utilità di 'fare ordine' sulla giurisprudenza delle Sezioni unite in tema di 'eccesso/rifiuto' di giurisdizione rispetto al quadro legislativo prima della sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale

Per una più consapevole e proficua riflessione sull'ordinanza del 18 settembre, credo sia importante preliminarmente fare ordine sullo 'stato dell'arte' della giurisprudenza prima e dopo la sentenza della Corte costituzionale e sulle questioni che la Corte di cassazione ha oggi portato all'esame della Corte di Giustizia, che, mi pare di poter affermare, sono, a ben vedere, diverse e, forse, a seconda dei punti di vista, meno o più eclatanti di quanto possa *prima facie* apparire.

Il problema dell'ambito del potere di 'cassazione' delle pronunce del

Consiglio di Stato e della Corte dei conti previsto dall'art. 111, co. 8, Cost. non è nuovo e, soprattutto, non è legato ai rapporti con il diritto UE. Mario Nigro, nella sua Giustizia amministrativa, negli anni '70, rappresentava l'esigenza di «precisare l'ambito della verifica che la Cassazione è chiamata a compiere», riportando le diverse formule usate dal Codice processuale civile e dalla Costituzione, per rilevare che «nessuna di tali disposizioni, come si vede, è idonea a fornire precisazioni circa il detto ambito». Osservava quindi lo stesso illustre studioso che, per comprendere quale sia una questione di giurisdizione ci si deve rivolgere all'esame della giurisprudenza formatasi sulle norme vigenti: giurisprudenza che, nell'interpretazione dell'articolo 37 c.p.c., ha dato un significato ampio alla formula 'difetto di giurisdizione', ricomprendendovi, oltre alla figura di improponibilità assoluta della domanda per difetto di potere giurisdizionale, le seguenti figure: a), rifiuto di esercizio della potestà giurisdizionale sull'erroneo presupposto che la materia non possa essere oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale o che non possa essere oggetto della funzione giurisdizionale propria dell'organo investito della domanda; b), invasione dell'altrui giurisdizione, cioè di quella attribuita ad altro giudice (ordinario o speciale) e, c), cosiddetto eccesso di potere giurisdizionale, inteso dalla Suprema Corte come «sconfinamento dell'attività giurisdizionale ordinaria o speciale nel campo dei poteri spettanti ad organi amministrativi o legislativi o costituzionali». Svolta questa premessa, il Maestro rilevava peraltro che le ipotesi di sconfinamento nel terreno di attività di organi legislativi e costituzionali si possono ritenere meramente teoriche e che lo sconfinamento nel campo legislativo si avrebbe quando il giudice non applica la norma esistente, ma una norma da lui creata e aggiungeva «ma è chiaro che di solito si tratta di mera e legittima attività interpretativa del giudice» (a sostegno dell'affermazione, citava le sentenze delle Sezioni unite nn. 2543/1954 e 304/1967 e, in diverso senso, soltanto la sentenza n. 333/1946 che aveva annullato per eccesso di potere giurisdizionale una decisione della Commissione per i ricorsi in materia di proprietà intellettuale per avere applicato una norma che, a giudizio della stessa Suprema Corte, era incostituzionale per eccesso di delega²). Lo stesso Autore

² Nella Relazione per l'apertura dell'anno giudiziario 1947 del Procuratore generale M. PILOTTI presso la Corte di cassazione (*L'amministrazione della giustizia e la riforma costituzionale*, in «Riv. Pen.», 1947) si legge al par. 10 che «In sede di applicazione del R. D. 29 giugno 1939 n. 1127, riguardante i brevetti per invenzioni industriali, ed emanato dal potere esecutivo in forza della delega contenuta nel r.d.l. 24 febhraio 1939 n. 317 (convertito. nella Legge 2 giugno 1939 n. 739), le Sezioni unite hanno dichiarato incostituzionale la disposizione dell'art. 4 che, contrariamente alla legislazione anteriore, esclude

riconduceva poi alla tipologia «sconfinamento in campo riservato ad altro organo costituzionale» l'ipotesi in cui il giudice esamina tanto a fondo una questione di legittimità costituzionale da superare i limiti di valutazione della non manifesta infondatezza, dando però atto della circostanza che la Suprema Corte aveva escluso un tale caso di sconfinamento con la sentenza n. 82/1968. Da ultimo, sottolineava che la tendenza a estendere il difetto giurisdizione al di là dei limiti in cui lo colloca l'articolo 37 c.p.c. aveva portato la Cassazione a comprendervi i vizi inerenti alla stessa posizione dell'organo giurisdizionale (organo privo della indipendenza) o alla sua costituzione (collegio composto da un numero di membri diverso da quello fissato dalla legge), nonché «la mancata motivazione» e aggiungeva che, con riferimento all'impugnativa di decisioni dei giudici amministrativi, la Cassazione aveva invece «giustamente negato» che rientrassero fra i motivi attinenti alla giurisdizione le denunce di vizi di extra o ultra petizione, di violazione del giudicato e di «improponibilità del ricorso per carenza di legittimazione ed interesse ad agire (Cass., Sez. un., n. 3145/1983) o per tardività del ricorso».

In altri termini, al di là della maggiore o minore rigidità nell'individuazione delle ipotesi effettivamente riconducibili alle tipologie del rifiuto di giurisdizione e all'eccesso di potere giurisdizionale e ferma – evidentemente – la grande difficoltà di distinguere lo straripamento o arretramento rispetto alla *potestas iudicandi* dal cattivo esercizio di tale *potestas*, non era in discussione che i 'motivi di giurisdizione' che la Costituzione affida al sindacato della Corte di cassazione non si esauriscono nel 'riparto' tra i diversi plessi giurisdizionali, ma coprono tutte le ipotesi di

dalla brevettabilità, oltre i medicamenti, anche 'i processi per la loro produzione'.È stata affermata l'incostituzionalità di questa innovazione, perché non consentita dalla legge di delega, che, nell'art. 3, si limitava a conferire al governo il potere di 'integrare, di modificare e di sopprimere' le disposizioni da attuare, e non quello di innovarle, mutando l'indirizzo della legislazione preesistente. L'incostituzionalità della norma, da considerarsi per tal modo arbitraria manifestazione del potere esecutivo, veniva a riflettersi nel campo giurisdizionale. Era infatti impugnata davanti alle Sezioni unite una decisione della Commissione dei ricorsi (giudice speciale, investito di competenza esclusiva per tutto ciò che riguarda il diritto al conseguimento di una privativa industriale) che aveva ritenuto fondato il rifiuto dell'Ufficio centrale brevetti di brevettare un processo di produzione di acidi, proprio in forza della disposizione proibitiva dell'art. 14 del R. D. n. 1127/1939. Si è così profilato un caso originale di eccesso di potere, in cui era incorso il giudice speciale (Commissione dei ricorsi) per aver posto a fondamento della sua pronuncia una invalida disposizione di legge. La Cassazione ha affermato che tale decisione è viziata ai sensi dell'art. 3, l. 3761/1877 n. 3761, perché eccede i limiti delle sue attribuzioni il giudice che le esercita in forza di una legge affetta da illegittimità».

violazione, in eccesso o in difetto, dei c.d. 'limiti esterni' alla giurisdizione³.

³ La bibliografia sul tema, naturalmente, è amplissima: tralasciando gli scritti sulla legge sui conflitti e i commenti alla Costituzione, si ricordano, ex plurimis, senza alcuna pretesa di esaustività, in termini generali – accanto alle pagine di E. CANNADA BARTOLI, Sui «motivi inerenti alla giurisdizione», in «Foro Amm»., II, 1963, p. 315 e ss. e di M. Nigro, Giustizia amministrativa, Bologna 1973, cap. VIII e V. CAIANIELLO, Il limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione, in Scritti in onore di G. Miele, Il processo amministrativo, Giuffrè, Milano 1979; F. Modugno, Eccesso di potere, in Enc. giur. Treccani, III, Roma 1989; I.M. MARINO, Corte di Cassazione e Giudici "Speciali" (sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost.) in Studi onore di Vittorio Ottaviano, Giuffrè, Milano 1993; B. TONOLETTI, Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, in «Foro It.», I, 1998, c. 1567 ss.. Il tema, analizzato a livello monografico da M.V. Ferroni, Il Ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, Cedam, Padova 2005 e I. ZINGALES, Pubblica amministrazione e limiti alla giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali, Giuffrè, Milano 2007, è stato oggetto di rinnovata attenzione dopo le ordinanze del 2006 sulla pregiudiziale di annullamento (su cui, inter alia, M.A. SANDULLI, Finalmente "definitiva" certezza sul riparto di giurisdizione in tema di "comportamenti" e sulla c.d. "pregiudiziale" amministrativa? Tra i due litiganti vince la "garanzia di piena tutela" (a primissima lettura in margine a Cass., Sez. Un., 13659, 13660 e 13911 del 2006), in «Riv. giur. edilizia», 2006, p. 898 ss. e R. VILLATA, Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa, in «Dir. proc. amm.», 2009, p. 897 ss.) e, soprattutto, nell'ultimo decennio. Cfr., tra altri, gli scritti di M. Mazzamuto, L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione, in «Dir. proc. amm.», IV, 2012, p. 1677 ss.; A. Corpaci, Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato, in «Dir. Pubbl.», 2013, p. 341 ss.; R. VILLATA, Sui "motivi inerenti alla giurisdizione", in «Riv. dir. proc. », 2015, p. 632 ss.; P. Patrito, I "Motivi inerenti alla giurisdizione" nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, Esi, Napoli 2016; R. DE NICTOLIS, L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e ricorso per "violazione di legge"), in https:// www.giustizia-amministrativa.it>, 2017; F. Francario, Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione, in Libro dell'anno del diritto, Treccani, Roma 2017; C.E. GALLO, Il controllo della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione del Consiglio di Stato, in https:// www.giustizia-amministrativa.it>, 2017; M.A. SANDULLI, A proposito del sindacato della Corte di Cassazione sulle decisioni dei giudici amministrativi, Intervento alla Tavola rotonda su "Attualità e prospettive del riparto di giurisdizione", nell'ambito dell'Incontro di Studi organizzato dalla SSM in collaborazione con l'Ufficio Studi massimario e formazione della giustizia amministrativa su "Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo: i settori controversi e l'esigenza di speditezza del giudizio civile", svoltosi al TAR del Lazio nei giorni 16 e 17 marzo 2017, ivi, 2017; gli Interventi al Seminario di Studi sul tema "Eccesso di potere giurisdizionale e diniego della giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione", Roma, Corte di Cassazione, 21 settembre 2017; e, dopo la sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, A. Panzarola, Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2018 p. 587 ss; A. Cassatella, L'Eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2018, p. 664 ss.; P. Tomaiuoli, L'altolà della Corte Costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018),

La distinzione teorica tra violazione di legge (insindacabile) ed eccesso/ rifiuto di giurisdizione (ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost.) era stata cioè tradizionalmente fondata, ben prima che si parlasse di obbligo di disapplicazione delle disposizioni di legge in contrasto con il diritto comunitario (ricordo che quest'ultimo tema è emerso alla fine degli anni Settanta⁴, e che la Corte costituzionale ha accolto la tesi dell'obbligo di disapplicazione delle norme interne in contrasto con il diritto sovranazionale solo con la sentenza n. 170/1984) sulla differenza tra interpretazione (attività tipica del giudice) e (indebita) creazione giurisprudenziale di regole – sostanziali o processuali – nettamente contra legem (eccesso di potere giurisdizionale nei confronti del legislatore) e, analogamente, tra negazione della tutela nel caso concreto per error in procedendo o in iudicando e negazione astratta e aprioristica della potestas iudicandi del proprio plesso giurisdizionale a fronte di situazioni soggettive giuridicamente protette dall'ordinamento.

3. Il percorso delle Sezioni unite dalle ordinanze gemelle del 2006 alla sentenza n. 31226 del 29 dicembre 2017: vera 'interpretazione evolutiva' o 'self-restraint'?

Sui riferiti presupposti, la Cassazione ha cominciato, anche se molto lentamente, ad acquisire maggiore consapevolezza e sicurezza del proprio ruolo, non soltanto dimostrando una minore ritrosia (non parlerei infatti, comunque, visto l'atteggiamento sempre molto 'accorto' e 'prudente'⁵, di

in «Consulta online», 2018; A. Police - F. Chirico, *I «soli motivi inerenti alla giurisdizione»* nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, in «Il Processo», 2019, p. 113 ss.

⁴ La Corte di Giustizia affermò l'obbligo dei giudici nazionali di disapplicazione delle leggi in contrasto col diritto comunitario in una sentenza del 9 marzo 1978, ma tale decisione, come sottolineava A.M. Sandulli nel suo *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli 1984, par. 13-ter, non collimava con il contenuto della sentenza n. 163 del 1977 della Corte costituzionale.

⁵ Cfr. Cass., Sez. un., 8 marzo 2012 n. 3622, che offre interessanti spunti per l'individuazione del confine tra l'operazione logica inerente al sindacato sulla motivazione e quella, di ben diversa natura, consistente nell'operare valutazioni di merito con il risultato di 'doppiare' la decisione amministrativa impugnata. La fattispecie riguardava una pronuncia del Consiglio Superiore della Magistratura per il conferimento dell'incarico di Presidente di una Corte d'appello. Le Sezioni unite, chiarendo preliminarmente che le decisioni del giudice amministrativo sono sindacabili per motivi di giurisdizione solo quando il giudice, sconfinando nella sfera di merito riservata all'amministrazione, compie

maggiore larghezza) nel riconoscimento dello sconfinamento del giudice

una diretta e concreta valutazione di opportunità e convenienza dell'atto (sia pur realizzata attraverso la forma dell'annullamento) afferma al contempo che, al fine di valutare eventuali sintomi di eccesso di potere che possono affliggere il provvedimento impugnato, il giudice non potrà esimersi da prendere in considerazione la congruità e la logicità del modo in cui l'amministrazione abbia motivato l'adozione di quell'atto, senza che tale valutazione possa considerarsi eccedente nei limiti della propria giurisdizione. Più recentemente, con la sentenza n. 18592 del 7 settembre 2020, le Sezioni unite hanno addirittura negato l'invasione del potere amministrativo in un'ipotesi in cui, andando peraltro ultra petita (perché il ricorrente non aveva ardito formulare una tale domanda!), il Consiglio di Stato, a fronte di reiterate pronunce di illegittimità del diniego di ASN per le funzioni di professore universitario, invocando i nuovi poteri riconosciuti al giudice di cognizione dall'art. 34, co. 1, lett. e, c.p.a., per assicurare l'attuazione del giudicato (tra cui la nomina del commissario ad acta destinato a subentrare all'amministrazione in caso di inottemperanza), in luogo di nominare un organo tecnico ad acta in sostituzione di quelli ritenuti inadeguati, ha direttamente condannato il Ministero al rilascio dell'abilitazione. In quel caso, la Suprema Corte, pur riconoscendo la natura tecnico discrezionale della valutazione de qua, ha invero a ben vedere affiancato il Consiglio di Stato in un'operazione che, a parte l'invasione della sfera amministrativa, si è sostanziata nella "creazione" di una norma ampliativa del potere giurisdizionale totalmente eccentrica al sistema. Si legge infatti nella sentenza, in termini che lasciano sinceramente delusi sull'effettivo esercizio della funzione di controllo che la Cassazione sarebbe chiamata a svolgere, che «Dalla riportata sintesi della sentenza in oggetto risulta evidente che è da escludere che il Consiglio di Stato – avendo ordinato all'Amministrazione di attribuire alla La Macchia l'abilitazione scientifica nazionale (di seguito: "ASN") alle funzioni di professore universitario di prima fascia senza sottoporre l'interessata al riesame di una nuova Commissione e quindi avendo disposto l'attribuzione diretta alla ricorrente del bene della vita cui ella aspirava – abbia arbitrariamente invaso il campo dell'attività riservata alla Pubblica Amministrazione", in quanto "la suddetta conclusione è il frutto di una interpretazione articolata ed "evolutiva" delle norme del codice del processo amministrativo, a partire dall'art. 34, co. 1, lettera e) che consente al giudice della cognizione di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi compresa la nomina di un commissario ad acta esercitando così un potere, una volta spendibile solo nella successiva sede dell'ottemperanza. E va aggiunto che essa rappresenta una prima applicazione di un rimedio che il Consiglio di Stato ha inteso apprestare per fare sì che le proprie decisioni di annullamento anche - e forse specialmente in caso di provvedimenti delle Commissioni esaminatrici di concorsi pubblici dotate di discrezionalità tecnica, come si afferma nella sentenza - possano trovare una definizione della fattispecie sostanziale, conforme all'esigenza di una tutela piena ed effettiva dell'interessato "secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo", cui il codice del processo amministrativo attribuisce primario rilievo (art. 1), senza costringere il privato all'introduzione di un indefinito numero di giudizi di cognizione prima di poter essere completamente soddisfatto». (Questi principi vanno presumibilmente letti in parallelo a quanto affermato nella sentenza n. 19787 del 2015, citata alla nota successiva). Il confronto tra questa sentenza e la – pressocché coeva (tra le due date di pubblicazione corrono appena 11 giorni) – ordinanza del 18 settembre rivela quindi, per un verso, una sostanziale convergenza delle due magistrature supreme nella ricerca di "interpretazioni

amministrativo nell'ambito della sfera riservata alla P.A.⁶, ma anche – ed è questo evidentemente il tema oggetto di più acceso dibattito – spingendosi, in alcuni, ma pur sempre limitatissimi, casi, a rilevare (ancorché, come si dirà, tendenzialmente con altro *nomen iuris*) il cosiddetto 'rifiuto di giurisdizione'.

In particolare, come ricordato in premessa, le pronunce gemelle del 13 giugno 2006 (ordd. nn. 13559, 13660 e 13911), facendo peraltro sin da allora leva sul diritto comunitario, che aveva imposto di riconoscere tutela risarcitoria a ogni posizione soggettiva lesa dalla violazione delle direttive in tema di appalti pubblici⁷, avevano stigmatizzato come 'rifiuto di giurisdizione' l'orientamento dei giudici amministrativi che, prima del c.p.a., subordinava l'ammissibilità dell'azione risarcitoria alla c.d.

evolutive", e, per l'altro, una estrema – ed eccessiva – ritrosia della Corte di cassazione nel censurare gli 'eccessi' del Consiglio di Stato, che stigmatizza solo in caso di 'arretramento'. ⁶ Ricordo, per tutti, la sentenza Cass., Sez. un., 9 novembre 2011 n. 23302, dichiarativa del difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato per aver disposto, in sede di ottemperanza, la ripetizione 'ora per allora' di una procedura selettiva precedentemente annullata (per il conferimento dell'incarico di Procuratore Generale aggiunto presso la Corte di cassazione), nonostante i ricorrenti non potessero più fruirne perché collocati in pensione; nonché le sentenze nn. 2312 e 2313 del 2012, che hanno cassato (con rinvio) due pronunce in cui il Consiglio di Stato aveva annullato provvedimenti di esclusione/ annullamento dell'aggiudicazione da gare pubbliche per precedenti risoluzioni adducendo il 'dubbio' che il reiterato inadempimento documentato dalla stazione appaltante non fosse la 'vera' ragione dell'esclusione/autotutela; e, più recentemente, Cass., Sez. un., 15 ottobre 2015 n. 19787, che, nel confermare i principi affermati dalla sentenza n. 23302 del 2011 in tema di limiti al potere del giudice di ottemperanza, ha cassato (sempre con rinvio) una pronuncia con cui il Consiglio di Stato, in sede di cognizione, rilevata l'illegittimità di una delibera del CSM per il conferimento di un incarico giudiziario, aveva sostituito la propria valutazione di merito a quella dell'organo di autogoverno.

⁷ Vi si legge infatti testualmente e significativamente che «II sistema – al di là di qualche decisione provocatoria della Cassazione, rimasta isolata (Cass., 3 maggio 1996 n. 4083), o di eccezioni di incostituzionalità, poi disattese (Corte cost., 8 maggio 1998 n. 165) – è durato dal 1865 fino al 1992 (un periodo lungo ben 127 anni). A metterlo in crisi sono stati i principi comunitari in tema di appalti pubblici di lavori o forniture». Le stesse ordinanze rilevavano peraltro che la previsione della tutela risarcitoria degli interessi legittimi introdotta per gli appalti di lavori pubblici dall'art. 13 della legge comunitaria n. 142 del 1992 (espressamente abrogata dal d.lgs. n. 80 del 1998, che, come noto, all'art. 35, generalizzò la tutela risarcitoria degli interessi legittimi devolvendola alla giurisdizione esclusiva del g.a.) «ha contribuito a smantellare il precedente sistema orientato ad evitare il risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo; e per altro verso che per il suo mezzo sono state poste le premesse perché la Corte costituzionale fosse indotta a riconoscere nella concentrazione delle tutele dinanzi allo stesso giudice una piena attuazione dell' art. 24 della Costituzione» (il riferimento era, evidentemente, alle sentenze nn. 204 del 2004 e 191 del 2006, che, per usare sempre le parole delle ordinanze del 13 giugno lasciano però «impregiudicato il punto del trattamento processuale della tutela risarcitoria»).

pregiudiziale di annullamento⁸; e, due anni e mezzo dopo, a fronte della insistenza del giudice amministrativo (anche in sede di Adunanza plenaria) sulla pregiudiziale, la sentenza n. 30254/2008, confermò, sia pure, come sottolineerò subito dopo, con diversa – e più complessa – motivazione, la riconducibilità di tale 'diniego di tutela' a un problema di 'giurisdizione', sul quale si riconosceva, in virtù dell'art. 111, co. 8, Cost., il potere/dovere di intervenire. Invece di invocare, sic et simpliciter, il - più classico - e teoricamente acquisito, 'rifiuto di giurisdizione' richiamato nel 2006, le Sezioni unite giustificarono però il loro sindacato proponendo una puntuale esegesi del concetto di 'giurisdizione' nella Costituzione. Osservava in particolare la sentenza che, alla luce della 'convergenza' degli artt. 24, co. 1, 113, co. 1 e 2, e 111, co. 1 («che, mediante i principi del giusto processo e della sua ragionevole durata, esprime quello di effettività della tutela giurisdizionale»), il termine 'giurisdizione', per quanto interessava ai fini della questione sottoposta alla Suprema Corte, «è termine che va inteso nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi e dunque in un senso che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento». La conseguenza di tale ragionamento era che «Se attiene alla giurisdizione l'interpretazione della norma che l'attribuisce, vi attiene non solo in quanto riparte tra gli ordini di giudici tipi di situazioni soggettive e settori di materia, ma vi attiene pure in quanto descrive da un lato le forme di tutela, che dai giudici si possono impartire per assicurare che la protezione promessa dall'ordinamento risulti realizzata, dall'altro i presupposti del loro esercizio». Il sindacato della Corte sul 'rifiuto' dei giudici amministrativi di pronunciarsi sulle azioni risarcitorie non precedute dall'annullamento dell'atto illegittimo (o dalla declaratoria di illegittimità del silenzio) è ritenuto, in questo

Alla luce di un attento *excursus* del quadro legislativo, le ordinanze avevano ritenuto che «il giudice amministrativo non possa, allo stato della legislazione, se non esercitare la giurisdizione che le norme gli attribuiscono quanto alla tutela risarcitoria autonoma, prescindendo dalle regole proprie della giurisdizione di annullamento» e (dopo aver comunque negato la possibilità di introdurre «una norma che oggi manca e che in modo esplicito assoggettasse ad un termine di decadenza la domanda di solo risarcimento del danno davanti al giudice amministrativo» rendendo detto «termine sostanzialmente eguale a quello cui è soggetta la domanda di annullamento perché ciò varrebbe a porre il diverso problema della legittimità di una disciplina che tornasse a negare la tutela risarcitoria autonoma per le situazioni soggettive sacrificate dall'esercizio illegittimo del potere della pubblica amministrazione»), avevano espressamente affermato che «il rifiuto della tutela risarcitoria autonoma, motivato sotto gli aspetti indicati, si rivelerà sindacabile attraverso il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione. II giudice amministrativo avrà infatti rifiutato di esercitare una giurisdizione che gli appartiene».

quadro, ammissibile in quanto dipendente «non da determinanti del caso concreto sul piano processuale o sostanziale, ma da un'interpretazione della norma attributiva del potere di condanna al risarcimento del danno, che approda ad una conformazione della giurisdizione da cui ne resta esclusa una possibile forma», il che «si traduce in menomazione della tutela giurisdizionale spettante al cittadino di fronte all'esercizio illegittimo della funzione amministrativa ed in una perdita di quella effettività, che ne ha giustificato l'attribuzione al giudice amministrativo». Al punto 11.1, la sentenza rafforzava peraltro la prospettata ricostruzione, ritornando in certo qual modo allo schema tradizionale, laddove precisava che «Rientra d'altra parte nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, per verificare se il giudice amministrativo non rifiuti lo stesso esercizio della giurisdizione, quando assume della norma un'interpretazione che gli impedisce di erogare la tutela per come essa è strutturata, cioè come tutela risarcitoria autonoma», in quanto «è pacifico [invero] che possibile oggetto di sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione sia anche la decisione che neghi la giurisdizione del giudice adito».

Attraverso il complesso iter logico seguito dalla sentenza, in altri termini, in nome della inscindibile coesione tra 'giurisdizione' e 'tutela giurisdizionale effettiva', si cercava – condivisibilmente – di 'svincolare' il 'rifiuto di tutela' dalla problematica del labile confine tra 'interpretazione' e 'creazione'. Ciò si avverte chiaramente dal principio di diritto enunciato in chiusura, che, premessa la mancanza nel sistema di una norma che avallasse in modo chiaro l'orientamento della giurisprudenza sulla pregiudiziale, stabiliva che «Proposta al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento».

Le Sezioni unite, confermando il loro atteggiamento di estrema cautela⁹,

⁹ Lo stesso A. Lamoregese, estensore dell'ordinanza di rinvio alla CGUE, alla vigilia della pubblicazione della sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, in uno scritto su *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in < https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/01/Eccesso-di-poteregiurisdizionale-e-sindacato-della-Cassazione-sulle-sentenze-del-Consiglio-di-Stato.pdf >, si doleva che la Cassazione avesse negli ultimi anni avuto un atteggiamento di *self-restraint*, svolgendo un sindacato sui "motivi inerenti alla giurisdizione" troppo "cauto" e

avevano però cura di puntualizzare che «pur così ampliato il campo del suo impiego, la regola dei limiti esterni è in grado di servire allo scopo di espungere dall'area dei motivi attinenti alla giurisdizione ogni segmento del giudizio che si rivela estraneo alla ricognizione della portata della norma che attribuisce giurisdizione, ricognizione che costituisce invece l'oggetto su cui al giudizio del giudice amministrativo si può sovrapporre, modificandolo, quello della Corte di cassazione a Sezioni unite».

In altri termini, non si cercava affatto di aprire un varco per estendere il sindacato della Corte di cassazione a qualsiasi erronea 'interpretazione di legge', ma, in termini affatto diversi, si voleva evitare che il labile confine tra 'interpretazione' e 'creazione' (che aveva e ha di fatto precluso il sindacato sull'eccesso di potere giurisdizionale su questioni di diritto sostanziale) potesse costituire un ostacolo – anche – al sindacato sul, sempre teoricamente ammesso, 'rifiuto di tutela giurisdizionale' di posizioni giuridicamente protette nella forma (di diritto soggettivo o di interesse legittimo) riconosciuta loro dall'ordinamento (nella specie della tutela risarcitoria, azione autonoma 'senza pregiudiziali').

Nella medesima linea, con la sentenza n. 3854/2012, le Sezioni unite hanno rilevato l'eccesso di potere giurisdizionale di una sentenza e di due decreti camerali con i quali la Corte dei conti, attraverso un'errata lettura dell'art. 1, co. 232 e 233, della legge finanziaria n. 266/2005, avevano ritenuto che il giudice contabile di appello potesse dichiarare l'inammissibilità della domanda di definizione anticipata di una controversia fuori dai limiti entro i quali la legge attributiva gli consente di rifiutare una decisione nel merito.

non abbastanza penetrante. Analogamente, DE NICTOLIS, L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e ricorso per "violazione di legge"), cit., p. 32, attribuendo tale cautela ad una (evidente) «consapevolezza che si tratta di un terreno scivoloso in cui, se non si vuole accedere alla tesi del giudice come "bocca della legge", è innegabile che l'interpretazione della legge ha insito un margine di "creazione" della regola del caso concreto. E se tale "creazione" venisse stigmatizzata come "invasione di campo", si perderebbe del tutto il confine tra "violazione di legge" e "invasione della competenza legislativa"».

4. La conferma dell'atteggiamento (eccessivamente) prudenziale delle Sezioni unite: la negazione, in concreto, di ipotesi di 'creazione normativa' non riconducibili al potere generale di interpretazione e la (conseguente) ricerca di giustificare il sindacato sul 'rifiuto di giurisdizione' con l'abnormità dell' 'errore interpretativo' implicante diniego di tutela in contrasto con il diritto UE

La 'prudenza' con cui la Suprema Corte ha sempre affrontato – e continua ad affrontare – il tema del rapporto tra eccesso/rifiuto di giurisdizione e mera violazione di legge trova del resto piena conferma nel fatto che, nonostante l'innegabile tendenza del giudice amministrativo a sostituirsi a un legislatore sempre meno 'coerente' e 'convincente' non

Cfr. le considerazioni critiche svolte in M.A. SANDULLI, "Principi e regole dell'azione amministrativa" riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale, in < https:// www.federalismi.it>, 6 dicembre 2017, e, da ultimo, in Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione, in «Il Processo», 2018. Nella Relazione di insediamento e inaugurazione dell'anno giudiziario 2016, l'allora Presidente del Consiglio di Stato A. Pajno, osservava del resto significativamente (pag. 7) che «La crisi dell'amministrazione e quella della legislazione chiamano direttamente in causa la giurisdizione, e in particolare la giurisdizione amministrativa. Anche questa si colloca nel contesto della crisi istituzionale, ed è da essa attraversata, contribuendo talora a risolvere i problemi e qualche volta a complicarli»; e l'attuale Presidente, F. PATRONI GRIFFI, nella Relazione introduttiva al Primo congresso nazionale dei Magistrati amministrativi, Palazzo Spada, 7-8 giugno 2019 (Il giudice amministrativo oggi: ruolo, etica, responsabilità, in < https://www.giustizia-amministrativa.it/-/patroni-griffi-il-giudice-amministrativo-oggiruolo-etica-responsabilita>) sottolineava che «La crisi della legge impone la revisione del principio di legalità come ereditato dal costituzionalismo moderno. Va in crisi il circuito tradizionale del rapporto tra legge amministrazione e giudice. Il percorso lineare "interesse pubblico - norma di attribuzione del potere - provvedimento", alla base del principio di legalità del secolo scorso, si è da tempo irreversibilmente modificato, evidenziando il farsi diacronico dell'interesse pubblico in concreto». Sul tema, tra gli altri, L. FERRAJOLI, Contro la giurisprudenza creativa, in «Questione giustizia», IV, 2016; nonché i contributi ai Convegni nazionali AIPDA degli anni 2014 e 2015 (su L'incertezza delle regole e Le fonti del diritto amministrativo), in Atti AIPDA, Napoli, 2015 e 2016 e alle Giornate di studio sulla Giustizia amministrativa, svoltesi a Modanella nel 2018 (su "Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica"), raccolti a cura di F. Francario -M.A. SANDULLI, Jovene, Napoli, 2018 e *ivi*, in particolare i rilievi critici di R. Bin, *Il diritto* alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale, p. 41 («L'inerzia del legislatore giustifica che lui si avventuri a rispondere alla domanda del privato, per non denegare giustizia: ma il bilanciamento dei diritti non è di sua competenza, spetta al legislatore fissarlo e alla Corte costituzionale controllarne la accettabilità») e di G. Severini, La sicurezza giuridica e le nuove implicazioni della nomofilachia, e nel 2019 (su "Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo"), raccolti a cura di F. Francario - M.A. Sandulli, Jovene, Napoli 2019 e ivi in particolare M. Luciani, L'errore di diritto e l'interpretazione della norma

constano, a tutt'oggi, pronunce che, in nome dell'art. 111, co. 8, Cost., abbiano riconosciuto in concreto l'eccesso di potere giurisdizionale nei confronti del legislatore non traducentisi in un siffatto 'rifiuto'¹¹.

Se è vero infatti che, come visto, a livello teorico, si ammetteva in termini generali che la Corte di cassazione, in quanto deputata dalla Costituzione a giudice supremo dei confini della giurisdizione, avesse il potere/dovere di sindacare e, se del caso, cassare anche le sentenze dei giudici amministrativi di ultima istanza nell'ipotesi in cui, esorbitando dall'ambito tipico della potestas iudicandi, avessero coniato una 'propria' regula iuris, sostanziale o processuale, le Sezioni unite hanno, fino a oggi (e già prima della sentenza n. 6/2018 della Corte costituzionale), costantemente e puntualmente dichiarato inammissibili i ricorsi proposti per tale motivo e cassato, peraltro

giuridica, p. 63; e ancora, lo stesso F. Patroni Griffi, *Interpretazione giurisprudenziale e sicurezza giuridica*, in *Lo Stato*, XII, 2019, p. 376 e, da ultimo, G. Corso, *Il principio di legalità*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Giuffrè, Milano 2020, p. 43 ss.

¹¹ Nel 1990 la Corte costituzionale riconobbe invece un caso di eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al legislatore (costituzionale) commesso proprio dalla Corte di cassazione, in una nota pronuncia in cui la III sezione penale (n. 2734 del 1989) disapplicò una legge regionale (dell'Emilia Romagna) ritenendola non conforme alla Costituzione. In quel caso la Consulta (sent. 14 giugno 1990 n. 285), investita dalla Regione per conflitto di attribuzione, premessa l'ammissibilità del conflitto, perché la Regione aveva denunciato un «errore sui confini stessi della giurisdizione e non sull'esercizio di essa», affermò che il giudice ordinario, avendo disapplicato la legge regionale, aveva esercitato un potere di giurisdizione che la Costituzione affida solo al giudice costituzionale (in violazione degli artt. 101, 117 e 134 Cost.), testualmente riaffermando che «uno dei principi basilari del nostro sistema costituzionale è quello per cui i giudici sono tenuti ad applicare le leggi, e, ove dubitino della loro legittimità costituzionale, devono adire questa Corte che sola può esercitare tale sindacato, pronunciandosi, ove la questione sia riconosciuta fondata, con sentenze aventi efficacia erga omnes. Questo principio non può soffrire eccezione alcuna». È noto poi, e non è questa la sede per ricordarlo, il dibattito che, all'inizio di questo millennio, si è acceso sul c.d. potere di interpretazione conforme. É interessante peraltro ai nostri fini segnalare che, in quella occasione, la Corte costituzionale colse l'occasione per «aggiungere che ben altra ipotesi è quella di leggi statali o regionali confliggenti con regolamenti comunitari. In tal caso il potere-dovere del giudice di applicare la norma comunitaria anziché quella nazionale (riconosciuto ai giudici dalla sentenza n. 170 del 1984 di questa Corte e dalle successive che hanno confermato e sviluppato tale giurisprudenza) non si fonda sull'accertamento di una presunta illegittimità di quest'ultima, bensì sul presupposto che l'ordinamento comunitario è autonomo e distinto da quello interno, con la conseguenza che nelle materie previste dal Trattato CEE la normativa regolatrice è quella emanata dalle istituzioni comunitarie secondo le previsioni del Trattato stesso, fermo beninteso il rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili della persona umana: di fronte a tale normativa l'ordinamento interno si ritrae e non è più operante».

assai raramente e sempre con rinvio al Giudice che le aveva emesse, soltanto le pronunce che, senza il chiaro supporto di fonti normative primarie (nel caso della pregiudiziale di annullamento e della definizione anticipata dell'appello alla Corte dei conti) o in frontale contrasto con il diritto UE (negli altri comunque soltanto due - casi), avessero escluso, in modo, aprioristico e astratto, l'accesso alla tutela giurisdizionale di situazioni giuridicamente protette (che, proprio per tale 'protezione', tanto che abbiano la consistenza di un diritto soggettivo, quanto che abbiano quella di un interesse legittimo, non possono essere private, in via, appunto 'presupposta' e 'aprioristica', di tale tutela; sicché il giudice competente a conoscere delle relative istanze non può, in via autonoma, perimetrarne l'ammissibilità in senso arbitrariamente riduttivo rispetto a quanto stabilito dalle fonti regolatrici dell'accesso alla giurisdizione).

Le stesse Sezioni unite, del resto, hanno in varie occasioni rilevato la marginalità dell'ipotesi generale dell'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore, osservando che tale ipotesi, presupponendo che il giudice applichi una norma da lui creata in luogo della norma esistente e che quindi eserciti un'attività di produzione normativa in luogo di un attività meramente euristica, non può che avere rilevanza meramente teorica (cfr., sostanzialmente in termini, *inter alia*, le sentenze 26 marzo 2012 n. 4769 e 28 febbraio 2019 n. 6059¹²). È significativo che anche la sentenza 20169/2018, che menziona una serie di precedenti a sostegno dell'ammissibilità di tali ricorsi (sì che, a prima lettura, sembrerebbe dar conto di varie decisioni cassatorie), indica in realtà sentenze che, nelle specifiche fattispecie, li avevano dichiarati inammissibili, qualificando il vizio denunciato come mero errore interpretativo. La tradizionale e consolidata 'ritrosia' della Corte di cassazione a sindacare l'eccesso di potere giurisdizionale 'puro' nei confronti del legislatore

¹² Si legge, infatti, in quest'ultima sentenza, che «Giova ancora ribadire che alla non configurabilità dell'eccesso di potere nelle ipotesi in cui il Giudice speciale od ordinario individui una regula juris facendo uso dei suoi poteri di rinvenimento della norma applicabile attraverso la consueta attività di interpretazione, anche in via analogica, del quadro delle norme, questa Corte è pervenuta movendo dalla considerazione secondo cui l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è figura di rilievo affatto teorico, in quanto – dovendosi ipotizzare che il giudice applichi, non già la norma esistente, ma una norma all'uopo creata – detto eccesso potrebbe ravvisarsi solo a condizione di poter distinguere un'attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice, da un'attività interpretativa; attività quest'ultima certamente non contenibile in una funzione meramente euristica, ma risolventesi in un'opera creativa della volontà della legge nel caso concreto».

emerge con evidenza anche dalla sentenza n. 27842/2019¹³, che, a fronte di un'ipotesi inconfutabile di 'creazione' di un 'principio di diritto' ignoto all'ordinamento (la normativa transitoria introdotta dall'Adunanza Plenaria n. 13 del 2017, a vantaggio dell'amministrazione, in materia di autorizzazioni paesaggistiche), ha brillantemente 'evitato' di entrare nel merito della questione e di esprimere in qualche modo un'opinione sul punto, sia pure con un mero *obiter dictum*, trincerandosi dietro l'argomento che il potere conferitole dall'art. 111, co. 8, Cost. opera solo rispetto alle pronunce che, «definendo il giudizio di appello mediante accoglimento o rigetto dell'impugnazione e dettando la regola del caso concreto, siano per questo in concreto suscettibili di arrecare un *vulnus* all'integrità delle attribuzioni di altri» (e, dunque, non si estenderebbe alle – mere – *regulae iuris* create, in astratto, dall'Adunanza Plenaria!).

Senonché, per tenere saldamente fermo questo limite (che, verosimilmente, trae origine dal fatto che ogni giudice tende a rafforzare il potere interpretativo della giurisdizione, rifiutando in buona sostanza in radice l'idea della configurabilità di un eccesso di potere giurisdizionale nei confronti del legislatore), ma, al tempo stesso, salvare il sindacato sul c.d. diniego di giurisdizione, le Sezioni unite, invece di considerarlo, come pare ontologicamente più corretto, una *species* aggravata dell'eccesso di potere giurisdizionale, che, per la sua particolare gravità, rende meno fragile il confine tra interpretazione e creazione e osta a una lettura estensiva della funzione interpretativa, lo hanno progressivamente ricondotto proprio a tale ultima funzione, coniando l'ibrida figura del 'radicale stravolgimento' delle norme di rito, mediante una 'interpretazione' manifestamente 'abnorme' delle medesime.

È molto chiara in tal senso, tra le tante, la sentenza 20360/2016, che, prima della sentenza 6/2018 della Corte costituzionale, ricordava come la Corte di cassazione avesse «precisato che l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è configurabile solo qualora il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete e non quando il Consiglio di Stato si sia attenuto al compito interpretativo che gli è proprio, ricercando la *voluntas legis* applicabile nel caso concreto, anche se questa abbia desunto non dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma dalla *ratio* che il loro coordinamento sistematico,

¹³ Cfr. le considerazioni critiche di T. COCCHI, L'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera legislativa. Ancora un'ipotesi meramente teorica? (Note a margine della sentenza Cass., sez. un., 30 ottobre 2019, n. 27842), in Osservatorio di giurisprudenza sulla giustizia amministrativa, a cura di M.A. SANDULLI e M. LIPARI, in «Foro amm.», 2020, p. 635.

potendo dare luogo, tale operazione, tutt'al più, ad un *error in iudicando*, non alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale (Cass., Sez. un., 12 dicembre 2012 n. 22784)». E rimarcava che la stessa Corte aveva, 'ancora', «chiarito che la violazione o falsa applicazione di norme processuali può tradursi in eccesso di potere giurisdizionale, denunciabile con ricorso per cassazione, soltanto nei casi in cui l'*error in procedendo* abbia comportato un radicale stravolgimento delle norme di rito, tale da implicare un evidente diniego di giustizia (Cass., Sez. un., 14 settembre 2012 n. 15428)»¹⁴.

Si ha però l'impressione che proprio questa estrema attenzione e 'prudenza' nel contenere le ipotesi di conflitto, che ha portato a qualificare il diniego di giustizia come una forma aggravata di *error in procedendo*, abbia, a ben vedere, dato il fianco all'intervento riduttivo del Giudice delle leggi.

Per quanto 'abnorme' e 'radicalmente stravolgente', il 'rifiuto di giurisdizione' è pur sempre (a mio avviso inutilmente) proposto, dalla stessa Corte di cassazione, come un 'errore interpretativo', ovvero come un vizio che, senza una lettura in chiave evolutiva e dinamica dell'art. 111, co. 8, nei termini indicati anche dall'ordinanza di rimessione, tale da affidare alla Corte di cassazione il sindacato ultimo sulla effettività della tutela, non potrebbe farsi rientrare nell'ambito 'classico' dei 'motivi di giurisdizione'.

¹⁴ Nella richiamata sentenza 18592 del 2020, le medesime Sezioni unite hanno, più recentemente, ribadito che «l'eccesso di potere giurisdizionale - qui denunciato — che costituisce un aspetto dei motivi inerenti alla giurisdizione per i quali le sentenze dei Giudici speciali possono essere impugnate dinanzi a queste Sezioni unite, in base all'art. 111, co. 8, Cost., deve essere inteso come esplicazione di una potestà riservata dalla legge ad un diverso organo, sia esso legislativo o amministrativo, e cioè come una usurpazione o indebita assunzione di potestà giurisdizionale. Esso presuppone il superamento dei limiti esterni delle attribuzioni giurisdizionali del giudice speciale e l'esistenza di quei soli vizi attinenti all'essenza della funzione giurisdizionale, con esclusione di ogni sindacato sui modi di esercizio della funzione medesima (fra le tante: Cass., Sez. un, 11 novembre 1983 n. 6690; Id., 19 aprile 1984 n. 2566; Id., 9 novembre 1994 n. 9290 e, in continuità: Cass., Sez. un., 5 dicembre 2016 n. 24740; Id., 5 giugno 2018 n. 14438; Id., 6 marzo 2020 n. 6462). Pertanto, il suddetto vizio non è configurabile con riferimento all'attività di interpretazione delle norme effettuata dal Giudice speciale perché tale attività – anche quando la voluntas legis sia stata individuata, non in base al tenore letterale delle singole disposizioni, ma alla 'ratio' che esprime il loro coordinamento sistematico - rappresenta il 'proprium' della funzione giurisdizionale e non può dunque integrare, di per sé sola, la violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale ma, eventualmente, dare luogo ad un 'error in judicando', estraneo al sindacato di queste Sezioni unite (indirizzo consolidato, di recente ribadito da Cass., Sez. un., 28 febbraio 2020 n. 5589)».

5. (Segue) Il percorso delle Sezioni unite è stato 'riduttivo' e non 'evolutivo'

Una prospettiva più distaccata – e meno 'difensiva' delle tendenze creative rivelate da certa giurisprudenza amministrativa (penso, ad esempio, oltre al caso affrontato dalla richiamata Adunanza plenaria n. 13 del 2007, all'individuazione di ambiti 'privilegiati' di potere sottratti al regime del silenzio assenso¹⁵, all'obbligo di motivazione generalmente e inderogabilmente imposto dal legislatore per gli atti di autotutela¹⁶, o alla configurazione di poteri impliciti con implicazioni sanzionatorie delle Autorità amministrative¹⁷) – mostra però che, al di là dei termini utilizzati, il riferito percorso della Suprema Corte, ben lungi dall'essere 'evolutivo', è stato in realtà 'riduttivo'.

Essendo infatti innegabile che il rifiuto (astratto e aprioristico) di una forma di tutela prevista dall'ordinamento sia una forma particolare di eccesso di potere giurisdizionale nei confronti del legislatore, la Corte ha finito a ben vedere proprio col circoscrivere tale 'eccesso' (che ben potrebbe – e dovrebbe – rinvenirsi anche rispetto a norme di diritto sostanziale, ipotesi che però in concreto ha sempre escluso in nome della labilità del confine con l'interpretazione mai rilevato) alle forme più gravi e abnormi di 'sconfinamento' nell'ambito legislativo, ovvero quelle attraverso le quali, mediante una indebita usurpazione del potere riservato alle fonti normative primarie, il giudice, con un indebito 'arretramento' dal doveroso esercizio della *potestas iudicandi* conferitagli dalle norme di rito ('norme sulla giurisdizione'), abbia precluso in radice (in modo astratto e aprioristico) l'accesso alla giustizia.

È emblematica in tal senso la sentenza n. 2242/2015, ampiamente citata

¹⁵ Cfr. le sentenze con cui il Tar Lazio (sentt. n. 2169 e 7460 del 2019 e 12464 del 2020) e il Consiglio di Stato (sent. n. 2859 del 2018) hanno assimilato all'interesse ambientale (che rientra nell'elenco tassativo delle materie cui, in via assolutamente eccezionale, l'istituto non si applica) quello, meramente economico, al recupero degli incentivi in tesi illegittimamente concessi per le fonti rinnovabili di produzione energetica. Si è significativamente in attesa di una pronuncia delle Sezioni unite.

¹⁶ Il riferimento è all'interesse pubblico 'autoevidente' invocato dall'Adunanza plenaria n. 8 del 2017, che pure, correttamente, esclude l'ammissibilità della cd 'motivazione in *re ipsa'* (facendola però, non senza contraddizione, rientrare dalla finestra *sub specie* di autoevidenza). ¹⁷ Cfr. Cons. St., 29 ottobre 2019 n. 7411 che, riformando la sent. Tar Lazio, Sez. I, n. 11494/2018, ha ritenuto che, nonostante il silenzio della legge, l'ANAC avesse un potere di accertamento di sulle ipotesi di inconferibilità ed incompatibilità disciplinate dal d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39 e, in generale, sulla corretta applicazione della suddetta disciplina ai sensi dell'art. 16, co. 1, del medesimo decreto.

nell'ordinanza di remissione alla CGUE, di cui, indubbiamente costituisce un'anticipazione.

In tale pronuncia le Sezioni unite hanno cassato la sentenza del Consiglio di Stato a seguito di una sopravvenuta giurisprudenza della CGUE al fine di «impedire, anche nell'interesse pubblico, che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo, esplichi i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, così come interpretato dalla Corte di giustizia, con grave nocumento per l'ordinamento europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi degli Stati membri deve conformarsi alla normativa comunitaria. In altri termini, la Cassazione, che deve decidere di un motivo di difetto di giurisdizione, applica, nel momento in cui decide, la regola che risulta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e, se riscontra che la regola applicata dal Consiglio di Stato è diversa, cassa la decisione impugnata». La decisione viene, peraltro, giustificata anche con l'esigenza di evitare la responsabilità risarcitoria dello Stato italiano.

Anche tale sentenza, tuttavia, mantiene un profilo di estrema prudenza. Nel «principio di diritto» specifica infatti che «In tema di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione (che l'articolo 111, co. 8, Cost., affida alla Corte di cassazione) non include anche una funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, neppure sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex articolo 267, co. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea», ricostruendo il proprio potere come sindacato 'eccezionale' sull'interpretazione, giustificato dal riferito contrasto con quella, anche sopravvenuta, data dalla Corte di Giustizia. Si afferma infatti nel successivo periodo, significativamente introdotto da una congiunzione avversativa, che «Tuttavia, è affetta da vizio di difetto di giurisdizione e per questo motivo va cassata la sentenza del Consiglio di Stato che, in sede di decisione su ricorso per cassazione, è riscontrata essere fondata su interpretazione delle norme incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo; accesso affermato con l'interpretazione della pertinente disposizione comunitaria elaborata dalla Corte di giustizia».

Lungi dall'allargare l'ambito astrattamente consentito dall'art 111, co. 8, quando ha portato al vaglio della Corte costituzionale la questione dell'estensibilità del sindacato sulla giurisdizione al diniego di giustizia rispetto alla giurisprudenza CEDU, la Corte di cassazione lo aveva quindi, nella sostanza, ristretto.

6. La conferma dell'autolimitazione del sindacato sull'eccesso di potere giurisdizionale anche nella giurisprudenza più immediatamente prossima alla sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale e la conseguente possibilità di 'ridimensionare' la portata di tale sentenza

Nella stessa linea si poneva anche l'ordinanza n. 6891 dell'8 aprile 2016, con cui, poco più di un anno dopo, le Sezioni unite – adite per 'motivi di giurisdizione' avverso una sentenza con la quale il Consiglio di Stato, in applicazione all'art. 69, co. 7, del d.lgs. n. 165 del 2001 (recante «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche»), aveva dichiarato l'inammissibilità delle azioni proposte da alcuni medici dopo il termine decadenziale (15 settembre 2000) previsto dalla suddetta legge, invocando la circostanza che, dopo il deposito di tale decisione, la Corte europea dei diritti dell'uomo, adita da altri medici che versavano nella medesima condizione giuridica dei ricorrenti, aveva accertato la violazione dell'art. 6 CEDU¹⁸ – avevano ritenuto di potere, in via analogica a quanto fatto nel 2015 per il denunciato contrasto con la giurisprudenza UE, sindacare tale sentenza per 'motivi di giurisdizione' e avevano conseguentemente, ritenuto di poter, direttamente, rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità del suddetto art. 69, co. 7, d.lgs. n. 165 del 2001 «nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30.06.98 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000».

În tal modo, più o meno consapevolmente¹⁹, la Corte di cassazione ha aperto il varco al Giudice delle leggi per intervenire (attraverso la pregiudiziale decisione sulla rilevanza) sull'ammissibilità della proclamata 'estensione' del controllo sulla 'giurisdizione' riservatole dall'art. 111, co. 8, Cost. ai casi di 'abnorme interpretazione' delle regole processuali in senso riduttivo del diritto alla tutela.

Ed è (soltanto) su questa 'estensione' che la Consulta esprime, anche se in modo forse eccessivamente duro, il proprio giudizio negativo.

Ricorda, del resto, il Giudice costituzionale, nella sentenza 6/2018, che l'ordinanzadi rimessione, ricostruendo l'interpretazione consolidata dell'art. 111, co. 8, Cost. (che la sentenza, si badi, non contesta!), aveva sottolineato che «A tale stregua, il rimedio in questione sarebbe esperibile nell'ipotesi

¹⁸ Cfr. le note sentenze *Mottola* e *Staibano* del 4 febbraio 2014.

¹⁹ È significativa – e interessante – a tali fini la lettura degli *Interventi* al Seminario di Studi organizzato presso la Corte di cassazione il 21 settembre 2017, cit. alla nota 4.

in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia violato l'ambito della giurisdizione in generale esercitandola nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, oppure, al contrario, negandola sull'erroneo presupposto che la domanda non possa formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale ovvero nell'ipotesi in cui abbia violato i cosiddetti limiti esterni della giurisdizione, allorquando, cioè, si pronunci su materia attribuita al giudice ordinario o ad altro giudice speciale, oppure neghi la sua giurisdizione nell'erroneo convincimento che appartenga ad altro giudice».

La Consulta non ha dunque contestato il potere della Cassazione di sindacare il rifiuto radicale di giurisdizione, il quale, come detto, lungi dal costituire (come riduttivamente ritenuto dalle Sezioni unite) un 'abnorme' errore interpretativo, deve essere più correttamente ricondotto a una forma di eccesso di potere giurisdizionale in forma di arretramento (rispetto al potere/ dovere di tutela conferito al giudice dal contesto normativo di riferimento).

Al punto 15, la sentenza 6/2018 ha anzi, espressamente, affermato che «L'eccesso di potere giudiziario, denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici».

Ciò posto, la Corte costituzionale ha, in termini affatto diversi, escluso - soltanto - che l'art. 111, co. 8, possa giustificare la tesi 'evolutiva' secondo cui «il concetto di controllo di giurisdizione, così delineato nei termini puntuali che ad esso sono propri», ammetterebbe soluzioni intermedie, come quella pure proposta nell'ordinanza di rimessione, dirette a consentire, in via eccezionale, la censura di sentenze 'abnormi' o 'anomale' con le quali il giudice amministrativo o contabile adotti, attraverso uno 'stravolgimento', a volte definito radicale, delle 'norme di riferimento', una 'interpretazione di una norma processuale o sostanziale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda'. Il sostanziale 'arretramento' effettuato dalla Corte di cassazione attraverso l'autoqualificazione di siffatte questioni come 'interpretative' (da ultimo, ancora l'ordinanza n.

19084 del 14 settembre 2020!) ha consentito in altri termini al Giudice delle leggi di negarne l'ammissibilità, con la motivazione, *ex se* difficilmente contestabile, che «attribuire rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio è, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive».

Per una più completa valutazione della posizione della Corte di cassazione prima della riferita decisione della Consulta merita peraltro soffermarsi anche sulla sentenza n. 31226/2017 (immediatamente precedente, dunque, all'arresto della Corte costituzionale), che ha, per la terza e, ad oggi, ultima volta (in un arco di oltre 70 anni) disposto una 'cassazione' di una sentenza del Consiglio di Stato per 'diniego di giustizia'. Ribadendo la posizione che ho sopra definito 'riduttiva', le Sezioni unite avevano infatti anche in quella occasione sottolineato che «il sindacato esercitato dalle Sezioni unite della Cassazione rispetto alle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti ha ad oggetto l'osservanza dei soli limiti esterni della giurisdizione e non anche dei suoi limiti interni (quali, ad es., gli errori in iudicando o in procedendo) pur quando ciò abbia determinato violazioni dei principi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. Tale premessa è parimenti valevole con riferimento alle norme del diritto dell'Unione europea, la cui violazione non costituisce, in quanto tale, vizio attinente alla giurisdizione, neppure sotto il profilo della violazione dell'obbligo di rimessione alla Corte di giustizia delle questioni interpretative relative ai trattati e agli atti dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 TFUE». E, per ammettere – e accogliere – il ricorso (originato per vero da una situazione di fatto di cui non smetterò mai di denunciare l'estrema gravità), hanno fatto appello a quella che esse stesse hanno qualificato "ulteriore" interpretazione, c.d. "dinamica" o "funzionale" [dell'art. 111, co. 8] secondo la quale rientra nell'ambito della giurisdizione l'interpretazione della norma che quest'ultima attribuisca,[...], pure in quanto descrive da un lato le forme di tutela che a livello giurisdizionale possono essere impartite a garanzia che la protezione assicurata dall'ordinamento risulti realizzata, dall'altro i presupposti del loro esercizio». Richiamando quanto affermato nel lontano 2008 sulla pregiudiziale di annullamento, la sentenza ha poi aggiunto che «Sarà quindi considerata norma attinente alla giurisdizione non solo quella volta a determinare i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che specifica i contenuti del potere specificando le forme di tutela finalizzate all'estrinsecazione del potere stesso». In termini ancora più chiaramente indicativi di una posizione sostanzialmente 'prudenziale', la pronuncia sottolineava poi che «[...]resta

ferma, anche nella giurisprudenza di legittimità posteriore [alla richiamata sentenza del 2008], l'esclusione da tale categoria delle questioni attinenti alla mera violazione del diritto dell'Unione europea (cfr. Cass., Sez. un., nn. 2403/2014, 23460/2015, 3236/2012, 16886/2013, citt.) e dei principi del giusto processo (Cass., Sez. un., nn. 3688/2009, 12539/2011, 16165/2011, 12607/2012, 12497/2017, citt.)». E, a chiusura della proposta ricostruzione, osservava che «2.4. L'apertura alla nuova concezione della giurisdizione quale tutela delle situazioni giuridiche soggettive ha successivamente trovato ulteriore specificazione nell'orientamento secondo cui, alla regola della non estensione agli errori in iudicando o in procedendo del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni del giudice amministrativo, può derogarsi nei casi eccezionali o estremi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, tale da ridondare in manifesta denegata giustizia (tra le molte, Cass., Sez. un., n. 14/09/2012; 15428/2012; 30/10/2013, n. 24468; 12/12/2013, n. 27847; 04/02/2014, n. 2403; 06/02/2015, n. 2242; 31/05/2016, n. 11380; 17/01/2107, n. 964; 19/09/2017, n. 21620)».

Con specifico riferimento allo spazio che, anche in questa ipotesi, spettava alla Corte di cassazione nel caso in cui la denegata giustizia fosse riconducibile al contrasto con il diritto UE, aggiungeva peraltro che «Con riguardo all'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione (attribuito dall'art. 111, co. 8, Cost. alla Corte di Cassazione) non ricomprende anche l'operare di una verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto eurounitario» e, nuovamente, circoscriveva il potere cassatorio, per «difetto di giurisdizione», di una sentenza del Consiglio di Stato all'ipotesi in cui essa «si rilevi fondata su una interpretazione delle norme volta a negare alla parte la possibilità di accedere alla tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo; accesso che invece è garantito in base all'interpretazione della pertinente disposizione comunitaria elaborata dalla Corte di giustizia».

Nella specie, pur accogliendo il ricorso, ritenendo «contrastante con il diritto dell'Unione europea, così come statuito dalla Corte di Giustizia, una norma nazionale che, per quanto concerne ricorsi simmetricamente escludenti relativi a una procedura di appalto pubblico con due soli concorrenti, consenta al giudice di non procedere all'esame nel merito delle censure che un concorrente abbia azionato avverso l'ammissione del secondo concorrente quale conseguenza dell'accoglimento del ricorso di quest'ultimo rispetto all'ammissione del primo», le Sezioni unite rinviavano comunque la definizione della controversia al suo 'giudice naturale'²⁰.

²⁰ Il ricorrente non ha tuttavia più riassunto il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato.

7. Il self-restraint delle Sezioni unite (anche) nella sentenza 18592 del 9 settembre 2020

La posizione di *self-restraint* delle Sezioni unite rispetto alle ipotesi di 'sconfinamento' del giudice amministrativo era stata peraltro confermata anche dalla sentenza 18592/2020 (già richiamata alle note 4 e 13), assunta alla stessa camera di consiglio dell'ordinanza in commento e pubblicata solo nove giorni prima della stessa, con la quale, avallando la decisione con cui il Consiglio di Stato, esorbitando peraltro dai limiti della domanda, aveva direttamente ordinato al Ministero dell'Università il rilascio di un'Abilitazione nazionale all'esercizio delle funzioni di professore universitario, le Sezioni unite, pur riconoscendo la natura tecnico discrezionale della valutazione sottesa alla predetta Abilitazione, hanno supportato il Consiglio di Stato in un'operazione che, a parte l'indebita invasione della sfera amministrativa, si è sostanziata nella evidente 'creazione' di una norma ampliativa del potere giurisdizionale totalmente eccentrica al sistema. Si legge infatti nella sentenza, in termini che lasciano sinceramente delusi sull'effettivo esercizio della funzione di controllo che la Cassazione sarebbe chiamata a svolgere, che «alla riportata sintesi della sentenza in oggetto risulta evidente che è da escludere che il Consiglio di Stato – avendo ordinato all'Amministrazione di attribuire alla (omissis) l'abilitazione scientifica nazionale (di seguito: "ASN") alle funzioni di professore universitario di prima fascia senza sottoporre l'interessata al riesame di una nuova Commissione e quindi avendo disposto l'attribuzione diretta alla ricorrente del bene della vita cui ella aspirava – abbia arbitrariamente invaso il campo dell'attività riservata alla Pubblica Amministrazione, in quanto la suddetta conclusione è il frutto di una interpretazione articolata ed evolutiva delle norme del codice del processo amministrativo, a partire dall'art. 34, co. 1, lettera e) che consente al giudice della cognizione di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi compresa la nomina di un commissario ad acta esercitando così un potere, una volta spendibile solo nella successiva sede dell'ottemperanza. E va aggiunto che essa rappresenta una prima applicazione di un rimedio che il Consiglio di Stato ha inteso apprestare per fare sì che le proprie decisioni di annullamento anche – e forse specialmente in caso di provvedimenti delle Commissioni esaminatrici

Il rilevato 'diniego di giustizia' ha così fatto salvo l'affidamento di una concessione di costruzione e gestione per ben 33 anni di un'opera strategica finanziata con fondi comunitari a un soggetto che non ha mai prodotto (né nel procedimento, né in giudizio) i prescritti certificati penali.

di concorsi pubblici dotate di discrezionalità tecnica, come si afferma nella sentenza – possano trovare una definizione della fattispecie sostanziale, conforme all'esigenza di una tutela piena ed effettiva dell'interessato "secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo", cui il codice del processo amministrativo attribuisce primario rilievo (art. 1), senza costringere il privato all'introduzione di un indefinito numero di giudizi di cognizione prima di poter essere completamente soddisfatto».

Non è questa la sede per entrare più approfonditamente nel dettaglio della questione, ma non si può non rimarcare che essa non atteneva tanto al potere del giudice di anticipare alla fase di cognizione l'assunzione di misure idonee a dare attuazione al giudicato, bensì al potere del giudice di pretermettere la fase di valutazione tecnico discrezionale (che, anche in ottemperanza, esso è chiamato a effettuare, direttamente o attraverso un commissario appositamente individuato per le sue competenze tecniche), arbitrariamente avocandosi il potere (mai conferitogli dalla legge) di 'sanzionare' la reiterata illegittimità dell'operato amministrativo trasformando un'abilitazione (che, a prescindere dal soggetto chiamato a rilasciarla, il legislatore ha costruito come esito di una 'valutazione') in un atto vincolato. E la soluzione accolta è tanto più grave in quanto, come chiaramente si legge nel riportato passaggio della sentenza, essa sarà utilizzata anche per le procedure concorsuali e, dunque, anche a danno di potenziali controinteressati!!

Il confronto tra questa sentenza e la – immediatamente successiva – ordinanza di rinvio alla CGUE quindi, per un verso, rivela una sostanziale convergenza delle due magistrature supreme nella ricerca di 'interpretazioni evolutive' a sostegno di una 'estensione' dei propri poteri e nella giustificazione della potenziale lesione arrecata ad altri poteri con il richiamo all'effettività della tutela e ai principi del diritto europeo (che, singolarmente, nella prima sentenza fa 'gioco' al Consiglio di Stato e nella seconda gli si ritorce contro), e, per l'altro, conferma una estrema – ed eccessiva – ritrosia della Corte di cassazione nel censurare gli 'eccessi' del Consiglio di Stato, che, al di là delle affermazioni di puro principio, disconosce sempre in concreto e stigmatizza solo nel caso in cui si sostanziano in un 'arretramento' e, anzi, come detto, attraverso l'indebita assimilazione all'errore interpretativo, in un 'abnorme' arretramento, che peraltro, dopo le risalenti pronunce sulla pregiudiziale di annullamento (comunque ricondotte al diritto comunitario) e quella (del 2012) nei confronti della Corte dei conti, ha, fino ad oggi, riconosciuto (una volta nel 2015 e una volta nel 2017!) soltanto nelle ipotesi di 'rifiuti' in frontale contrasto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia.

8. L'ordinanza del 18 settembre 2020 e la conferma della riduttiva autoqualificazione del 'diniego di giustizia' come 'errore interpretativo'

Anche l'ordinanza del 18 settembre, nella prima parte (al punto 26), riconduce a ben vedere il proprio sindacato per denegata giustizia agli 'errores in procedendo', ascrivendo comunque a tale categoria (piuttosto che a quella, a mio avviso, per quanto detto, più propria, dell'eccesso di potere giurisdizionale) «l'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia».

Qualche spunto per una più corretta chiave di lettura del 'rifiuto di giustizia' sembrava forse rinvenibile (solo) nella sentenza n. 771/2014, che, nel ribadire, anche in quel caso, l'inammissibilità del ricorso per error in iudicando o in procedendo, osservava come non fosse applicabile alla fattispecie controversa «il principio secondo il quale la questione di giurisdizione si presenta non solo quando sia in discussione la circostanza che essa spetti al giudice cui la parte si è rivolta, in quanto solo al medesimo competa di provvedere, ma anche allorché si debba stabilire se, in base alla norma attributiva della giurisdizione, ricorrano le condizioni alla cui presenza il giudice abbia il dovere di esercitarla (così Cass., Sez. un., n. 2065/2011, che ha fatto seguito all'approfondita analisi cui a Cass., Sez. un., n. 30254/2008; e cfr. anche, ex multis, Cass., Sez. un., nn. 11075/2012 e 15428/2012)». E ricordava che «È stato infatti chiarito che il ricorso col quale venga denunciato un rifiuto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo rientra fra i motivi attinenti alla giurisdizione, ai sensi dell'art. 362 c.p.c., soltanto se il rifiuto sia stato determinato dall'affermata estraneità della domanda alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice, che non possa per questo essere da lui conosciuta (così Cass., Sez. un., n. 3037/2013), sicché l'evoluzione del concetto di giurisdizione nel senso di strumento per la tutela effettiva delle parti comunque non giustifica il ricorso avverso la sentenza del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111 Cost., co. 8, quando non si verta in ipotesi di aprioristico diniego di giustizia (cfr. Cass., Sez. un., n. 10294/2012), ma la tutela giurisdizionale si assuma negata dal giudice speciale in conseguenza di errori in iudicando o in procedendo che si prospettino dal medesimo commessi in relazione allo specifico caso sottoposto al suo esame».

Al di là del generico richiamo all'effettività della tutela, la sentenza sembrava dunque (correttamente) distinguere il 'rifiuto di giurisdizione'

dall'ambito degli errori interpretativi, piuttosto che configurarlo come una tipologia eccezionale di tale categoria.

Più confusa e in parte contraddittoria, la ricostruzione proposta dall'Adunanza Plenaria 11/2016, che comunque si riferisce, ancora una volta, all'ipotesi, più revocatoria che cassatoria, del contrasto con decisione CGUE sopravvenuta. Come rileva la suddetta ordinanza di rinvio, infatti, il Supremo Consesso giurisdizionale amministrativo aveva evidenziato «come sia già [...] presente nel nostro ordinamento il principio che impone al giudice nazionale di adoperarsi per evitare la formazione (o la progressiva formazione) di un giudicato anticomunitario o, più in generale, contrastante con norme di rango sovranazionali cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione», ricordando testualmente [sempre l'Adunanza Plenaria] che «Come, infatti, le Sezioni unite della Corte di Cassazione hanno anche recentemente ribadito, l'interpretazione da parte del giudice amministrativo di una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione europea, secondo quanto risultante da una pronunzia della Corte di giustizia successivamente intervenuta, dà luogo alla violazione di un "limite esterno" della giurisdizione, rientrando in uno di quei "casi estremi" in cui il giudice adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per "errores in iudicando" o "in procedendo" che danno luogo al superamento del limite esterno [...]. In questi "casi estremi" [...] si impone la Cassazione della sentenza amministrativa "indispensabile per impedire che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo ed efficace, esplichi i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, con grave nocumento per l'ordinamento europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi dello Stato deve conformarsi alla normativa comunitaria"».

Al di là del *nomen* utilizzato, ciò che però soprattutto emerge dalla suddetta analisi è che il vero 'criterio guida' sul quale, fino all'ordinanza del 18 settembre, la Corte di cassazione ha tracciato il confine tra violazione di legge (insindacabile) e motivo di giurisdizione (sindacabile) non era tanto – né soltanto – il contrasto con il diritto sovranazionale, ma proprio il 'diniego di giurisdizione', che, ma solo occasionalmente (si vedano infatti le sentenze del 2008 e del 2012, che lo hanno rilevato rispetto al diritto interno) tale contrasto ha aggravato (reso più 'abnorme'). Si precisa infatti, nella stessa ordinanza di rinvio alla CGUE, che «si è ritenuto ammissibile il sindacato delle Sezioni unite sulle decisioni del Consiglio di Stato, per motivi inerenti alla giurisdizione, nei casi di radicale stravolgimento delle norme di rito, tali da implicare un evidente diniego di giustizia e un eccesso

di potere giurisdizionale (Cass., Sez. Un., 17 gennaio 2017, n. 964; Id., 12 ottobre 2015, n. 20413; Id., 30 ottobre 2013, n. 24468; Id., 14 settembre 2012, n. 15428)».

Per parlare, ancora una volta, con la voce della Cassazione, si ricorda che la sentenza n. 956/2017 aveva d'altro canto assai chiaramente precisato che «come già rilevato in casi simili dalle stesse Sezioni unite in materia di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione – che l'articolo 111 Cost., co. 8, affida alla Corte di cassazione – non include anche una funzione di verifica della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea (Cass., Sez. un., n. 14043, n. 14042 e n. 10501 del 2016) e l'error in iudicando non si trasforma in eccesso di potere giurisdizionale sol perché venga denunciata la violazione di nome funzionali quali chiarite dalla Corte di giustizia (ex plurimis, Cass., Sez. un., n. 3915/2016; n. 2403/2014; n. 16886/2013)». E, ancora più nettamente, ha specificato (al pt. 2.4), sgombrando il campo da possibili equivoci, che i 'casi estremi' in cui un error in iudicando del Consiglio di Stato per contrarietà ad una pronuncia della Corte di giustizia, ove idoneo a realizzare un «radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento, così come interpretate dalla Corte di giustizia» (e cita Cass., Sez. un., nn. 11380/2016; 2242/2015 e 15428/2012), «si risolve eccezionalmente in un eccesso giurisdizionale tale da consentire il ricorso per Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione [che] vanno necessariamente identificati [soltanto] in fattispecie in cui la decisione del Consiglio di Stato contraria alla giurisprudenza unionale preclude, rendendola non effettiva, la difesa giudiziale con conseguente ingiustificato (anche dal punto di vista costituzionale) vuoto di tutela giurisdizionale per l'indicato "indebito rifiuto di erogare" tale tutela "a cagione di una malintesa autolimitazione", in via generale, dei poteri del giudice speciale (Cass., Sez. un., n. 2403/2014) con un "aprioristico diniego di giurisdizione" (Cass., Sez. un., n. 771/2014)»²¹.

²¹ Analogamente, nella sentenza n. 6605 del 2015 si affermava che «La giurisprudenza di queste Sezioni unite 2011 e n. 15428 del 2012) ha infatti ripetutamente chiarito che il ricorso col quale venga denunciato un rifiuto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo rientra fra i motivi attinenti alla giurisdizione, ai sensi dell'art. 362 c.p.c., soltanto se il rifiuto sia stato determinato dalla affermata estraneità della domanda alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice, la quale non possa per questo essere da lui conosciuta (v. Sez. un., n. 3037 del 2013 e tra le altre v. anche Sez. un., n. 26583 del 2013, secondo la quale appartiene all'area del sindacabile rifiuto della propria giurisdizione solo quel diniego di tutela da parte del giudice amministrativo che si radichi nella affermazione della esistenza di un ostacolo generale alla conoscibilità della domanda, mentre si sottrae a detto sindacato quel diniego che discenda direttamente

9. Verso l'individuazione di alcuni punti fermi

Alla luce delle precedenti considerazioni, mi sembra possibile individuare alcuni, primi, punti fermi.

i) Il rifiuto radicale di giustizia, sub specie di 'arretramento' – aprioristico e astratto – dall'obbligo di fornire tutela giurisdizionale a una situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento, adducendo ostacoli in rito manifestamente confliggenti con il sistema normativo primario, è una species, particolarmente grave, del genus 'eccesso di potere giudiziario' nei confronti del potere legislativo.

Ricostruito in questi termini – e davvero non si vede come possa non esserlo – il 'rifiuto' è, tipicamente, una 'questione di giurisdizione' e rientra, come tale, nell'ambito delle garanzie primarie dello Stato democratico che il Costituente ha inteso assicurare, anche, e direi proprio, nei confronti dei giudici amministrativi, che più facilmente, anche per la loro istituzionale vicinanza al potere normativo (come consulenti istituzionali e come componenti degli uffici legislativi), possono propendere allo sconfinamento.

ed immediatamente: dalla lettura o dalla applicazione delle norme invocate a sostegno della pretesa e che pertanto di tale lettura costituisca applicazione nel processo), onde l'evoluzione del concetto di giurisdizione nel senso di strumento per la tutela effettiva delle parti comunque non giustifica il ricorso avverso le sentenze del Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 111 Cost., co. 8, quando non si verta in ipotesi di aprioristico diniego di giustizia (cfr. Sez. un., n. 10294 del 2012), ma la tutela giurisdizionale si assuma negata dal giudice speciale in conseguenza di errori in iudicando o in procedendo che si prospettino dal medesimo commessi in relazione allo specifico caso (cfr. anche su n. 771 del 2014). Deve peraltro aggiungersi che secondo la giurisprudenza di queste Sezioni unite è configurabile l'eccesso di potere giurisdizionale con riferimento alle regole del processo amministrativo solo nel caso di radicale stravolgimento delle norme di rito, tale da implicare un elidente diniego di giustizia e non già nel caso di mero dissenso del ricorrente nell'interpretazione della legge (v. su n. 24468 del 2013 nonché tra le altre su n. 17933 del 2013 n. 15428 del 2012) ed inoltre che, ove il problema si ponesse eventualmente in relazione alla interpretazione della giurisprudenza comunitaria, anche l'eventuale erroneità della decisione sul punto non la renderebbe perciò solo sindacabile in questa sede (v. tra le altre su n. 2242 del 2015, secondo la quale il controllo del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111 Cost., co. 8, affida alla Corte di cassazione - non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori "in iudicando" o "in procedendo" per contrasto con il diritto dell'Unione europea, salva l'ipotesi, "estrema", in cui l'errore si sia tradotto in una interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla Corte di Giustizia Europea, sì da precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo)». Analogamente, tra le successive, la sentenza n. 26899 del 2016 e, in riferimento alla giurisprudenza CEDU, la sentenza n. 26992 del 2016.

ii) In questi termini, il problema tocca o dovrebbe toccare solo accidentalmente il diritto eurounitario, ovvero lo tocca soltanto se e in quanto il 'rifiuto' si realizza rispetto a una fonte UE, atteso che, per le stesse ragioni, la Corte di cassazione dovrebbe potere, e a mio avviso può e deve, cassare le decisioni dei giudici amministrativi di ultima istanza nell'ipotesi in cui 'creino' un radicale e aprioristico vuoto di tutela, in frontale contrasto con il quadro legislativo interno: è quanto, del resto, era stato chiaramente affermato nelle pronunce gemelle del 2006 sulla *vexata quaestio* della pregiudiziale amministrativa (ed è stato, ancorché con una formula più incerta, affermato dalle richiamate sentenze n. 30254/2008 e n. 3854/2012).

Quello che vorrei cioè sottolineare è che il legame tra le vicende in cui la Corte di cassazione ha rilevato il diniego di giustizia e il diritto europeo (UE e CEDU) non può essere decisivo e, dunque, non solo giustificare, ma

neppure esaurire, il sindacato su tale 'rifiuto'.

L'argomento del «radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento, così come interpretate dalla Corte di Giustizia» (invocato, ex plurimis, nelle sentenze nn. 11380/2016, 2242/2015 e 1548/2012), è, invero, piuttosto, servito alle Sezioni unite per rafforzare la gravità (e i rischi) del rilevato diniego e, se mai, per circoscrivere – ulteriormente rispetto all'art. 111, co. 8 – l'ambito delle pronunce cassatorie, che, come visto, al di là delle numerose affermazioni di principio, non sono mai concretamente intervenute sull'eccesso di potere giurisdizionale nei confronti del nostro legislatore e, soltanto in due casi, sono state giustificate dal diniego di giustizia rispetto a una norma interna (ricordo, ancora, che le ordinanze gemelle del 2006 si limitarono a una 'ammonizione' e che le sentenze n. 30254/2008 e n. 3854/2012 utilizzarono peraltro la formula dell'estensione della questione di giurisdizione ai 'contenuti' della tutela).

iii) L'uso, molto accorto, che la Corte di cassazione ha fatto finora dello strumento e i limiti in cui essa stessa lo ha, come visto, dichiaratamente contenuto, negando in buona sostanza la concreta rinvenibilità di ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale nei confronti del legislatore in ambito sostanziale e riducendo quelle in ambito processuale all'aprioristico e 'abnorme' diniego di giustizia (riconosciuto in un arco di 70 anni solo in quattro occasioni, di cui solo due in riferimento al diritto UE), rendeva molto remoto – e direi, anzi, puramente teorico – il rischio che esso si trasformasse, da garanzia dell'assetto costituzionale dei poteri pubblici, in un eccentrico terzo grado di giudizio amministrativo²².

²² Appare utile riportare alcuni passaggi principali della sentenza 4 febbraio 2014 n.

Il timore di una progressiva 'colonizzazione' del terreno riservato al

2403, chiarissima, in tal senso, in cui le Sezioni unite hanno dichiarato l'inammissibilità di un ricorso proposto ex art. 111, co. 8, Cost. per contestare una decisione del Consiglio di Stato ritenuta ingiustamente applicativa di una norma sostanziale contraria al diritto UE, affermando testualmente che «In questa prospettiva, il ricorso con il quale venga denunciato un rifiuto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo rientra fra i motivi inerenti alla giurisdizione soltanto se il rifiuto sia stato determinato dall'affermata estraneità della domanda alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice, oppure nei casi, estremi, nei quali l'errore si sia tradotto in una decisione anomala o abnorme, frutto di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, non quando si prospettino come omissioni dell'esercizio del potere giurisdizionale meri errori in iudicando o in procedendo (Cass., Sez. Un., 26 gennaio 2009, n. 1853; Id., 12 marzo 2012 n. 3854; Id., 8 febbraio 2013 n. 3037; Id., 24 luglio 2013 n. 17933; Id., 9 settembre 2013 n. 20590; Id., 16 gennaio 2014 n. 774; Id., 27 gennaio 2014 n. 1518). L'evoluzione del concetto di giurisdizione nel senso di strumento per la tutela effettiva delle parti non giustifica il ricorso avverso la sentenza del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost., quando non si verta in ipotesi di aprioristico diniego di giustizia, ma la tutela negata si assuma negata dal giudice speciale in conseguenza di errori, di giudizio o processuali, che si prospettino dal medesimo commessi in relazione allo specifico caso sottoposto al suo esame (Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2014 n. 771). Con particolare riguardo, poi, alla questione se l'esigenza di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea e la necessità che le disposizioni di legge vigenti siano conformi ai vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione, ai sensi dell'art. 117 Cost., impongano di ritenere impugnabili per cassazione le sentenze del Consiglio di Stato che abbiano adottato una interpretazione della norma interna non conforme al diritto eurounitario o abbiano violato l'obbligo di disapplicazione per illegittimità comunitaria, queste Sezioni unite hanno escluso che la violazione del diritto dell'Unione da parte del giudice amministrativo valga, di per sé, ad integrare un superamento delle attribuzioni del giudice amministrativo. La primazia del diritto dell'Unione europea – si è osservato (Cass., Sez. un., 10 marzo 2012 n. 3236) – "non sovverte gli assetti procedimentali degli ordinamenti nazionali (e la relativa funzione di garantire certezza e stabilità ai rapporti giuridici)": sicché, per un verso, "il mancato accoglimento, da parte del Consiglio di Stato (organo di vertice dell'ordinamento giurisdizionale di appartenenza), di una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia del Lussemburgo... è determinazione che, essendo espressione della potestas iudicandi devoluta a quel giudice, non esorbita i 'limiti interni' della sua giurisdizione", e, per l'altro verso, "il ricorso per cassazione, teso ad accertare la ricorrenza, esclusa dal Consiglio di Stato, delle condizioni per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, è inammissibile, giacché si risolve in una impugnativa diretta, non già a prospettare una questione attinente alla giurisdizione del giudice amministrativo, ma a denunciarne un (supposto) errore di giudizio". In questa prospettiva, si è ribadito (Cass., Sez. un., 20 gennaio 2014 n. 1013, cit.) che il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato alla Corte di giustizia non configura una questione attinente allo sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo, e che - impugnata per cassazione una decisione del giudice amministrativo - non sussistono neppure le condizioni perché la Corte, la cui cognizione è limitata ai motivi attinenti alla

giudice amministrativo, attraverso un lento e progressivo tentativo delle

giurisdizione, prospetti alla Corte di giustizia "quesiti interpretativi che attengono al merito della vertenza e non al tema della giurisdizione"; non senza ricordare che "l'ordinamento giuridico interno assicura comunque una effettività di tutela rispetto al pregiudizio ipoteticamente subito a fronte della lesione di un diritto riconosciuto dal Trattato europeo, ben potendo il preteso danneggiato ottenere il relativo ristoro in sede risarcitoria" (Cass., Sez. un., 5 luglio 2013 n. 16886). 4. Nella specie il ricorrente non denuncia un rifiuto di giurisdizione: non si duole, cioè, che il giudice amministrativo, al quale si è rivolto, si sia rifiutato di erogare la richiesta tutela per l'affermata estraneità alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice della domanda proposta. Egli lamenta, piuttosto, che il giudice amministrativo, nell'esaminare la domanda, l'abbia rigettata per un errore interpretativo, non avendo dato all'art. 11 della legge della Regione Siciliana n. 11 del 1988 una lettura conforme a quella risultante da pronunce della Corte di giustizia con riguardo alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio. Il ricorrente contesta la legittimità del concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali attribuite al giudice amministrativo, e quindi finisce in realtà per sollecitare, al di là della prospettazione formale, un sindacato per violazione di legge. La doglianza non attiene alla corretta individuazione dei limiti esterni della giurisdizione – che, come detto, non sono soltanto quelli che separano i diversi plessi giurisdizionali ma anche quelli che stabiliscono fin dove ciascun giudice è tenuto ad esercitare il potere-dovere di ius dicere - ma investe un vizio del giudizio concernente il singolo e specifico caso. Sennonché, l'error in iudicando non si trasforma in eccesso di potere giurisdizionale solo perché viene in gioco, nell'interpretazione della norma sostanziale attributiva di diritti, il diritto dell'Unione. Non ogni pretesa deviazione dal corretto esercizio della giurisdizione, sotto il profilo interpretativo ed applicativo del diritto sostanziale, si risolve in un difetto di giurisdizione sindacabile ad opera della Corte di cassazione, a meno che non ci si trovi di fronte ad un indebito rifiuto di erogare la dovuta tutela giurisdizionale a cagione di una male intesa autolimitazione, in via generale, dei poteri del giudice speciale. "Qualsiasi erronea interpretazione o applicazione di norme in cui il giudice possa incorrere nell'esercizio della funzione giurisdizionale, ove incida sull'esito della decisione, può essere letta – hanno ricordato queste Sezioni unite (sentenza 17 maggio 2013, n. 12106) – in chiave di lesione della pienezza della tutela giurisdizionale cui ciascuna parte legittimamente aspira, perché la tutela si realizza compiutamente soltanto se il giudice interpreta ed applica in modo corretto le norme destinate a regolare il caso sottoposto al suo esame. Non per questo, però, ogni errore di giudizio [...] imputabile al giudice è qualificabile come un eccesso di potere giurisdizionale assoggettabile al sindacato della Corte di cassazione". 5. Il Collegio ritiene che, nei confronti delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione che la Costituzione affida alla Corte di cassazione non includa la funzione di finale verifica della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea. La tesi, prospettata dal ricorrente, di una funzione di nomofilachia della Corte di cassazione estesa fino a comprendere l'esercizio di un sindacato sull'osservanza, da parte del giudice amministrativo, della giurisprudenza della Corte di giustizia o dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, non tiene conto della circostanza che – fermo il compito affidato dalla Costituzione alle Sezioni unite della Cassazione di verificare il mantenimento delle varie giurisdizioni speciali, compreso il Consiglio di Stato, nei limiti dei loro poteri e delle loro competenze – nel plesso della giurisdizione amministrativa

Sezioni unite di convergere verso l'unicità della giurisdizione²³, sembrava, quindi, in concreto infondato.

E, significativamente, esso si è palesato soprattutto quando si è temuto che la Suprema Corte, più che attraverso le sue (come visto, rarissime) pronunce cassatorie, nella motivazione sottesa al 'rinvio' alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale delle norme

spetta al Consiglio di Stato, alle sue sezioni e all'adunanza plenaria, quale giudice di ultima istanza ai sensi dell'art. 267, co. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (ex art. 234 TCE), garantire, nello specifico ordinamento di settore, la compatibilità del diritto interno a quello dell'Unione, anche e soprattutto attraverso l'operazione interpretativa del diritto eurounitario, originario e derivato, svolta dalla Corte di giustizia, all'uopo sollecitata, se del caso, mediante il meccanismo della questione pregiudiziale, e così contribuire alla formazione dello jus commune europaeum. Del resto, la soluzione prospettata dal ricorrente, ad essere conseguenti, dovrebbe valere non solo quando l'azione amministrativa rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, ma anche quando essa abbia un'origine esclusivamente nazionale: anche in tal caso, infatti, il principio di effettività della tutela richiederebbe, per coerenza, la garanzia dell'uniformità dell'interpretazione delle norme attributive di diritti soggettivi, tanto più quando sono in gioco i diritti fondamentali della persona (di cui sempre più spesso conosce il giudice amministrativo, con un catalogo di materie rientranti nella sua giurisdizione esclusiva che si va facendo via via più fitto ed esteso), e quindi una nuova configurazione dell'eccesso di potere giurisdizionale derivante dall'errore interpretativo. A questo risultato, tuttavia, le Sezioni unite, sinora, non hanno ritenuto di poter pervenire, pur nella consapevolezza dell'esistenza di profili problematici, perché il principio di eguaglianza postula "l'esigenza della uniforme interpretazione della legge", la quale invece, "stante la non ricorribilità delle sentenze dei giudici amministrativi per violazione di legge", non ha "strumento alcuno per attuarsi a fronte di differenti orientamenti (e di un diverso diritto vivente, quindi) che dovesse (e lo potrebbe) formarsi in ordine a medesime disposizioni [...] nelle non comunicanti giurisprudenze dei giudici ordinari e amministrativi" (Cass., Sez. un., 30 marzo 2000 n. 72). Certo, può accadere che la decisione del giudice amministrativo di ultima istanza contenga una violazione del diritto comunitario in pregiudizio di situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto dell'Unione. Ma il principio di effettività della tutela in presenza di danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario imputabili al giudice amministrativo di ultima istanza non impone né di riaprire quella controversia ormai definitivamente giudicata negli aspetti di merito né di attribuire alla parte soccombente un nuovo grado di impugnazione dinanzi al giudice regolatore della giurisdizione al fine di rimediare ad un errore che, pur "sufficientemente caratterizzato", non si traduca in uno sconfinamento dai limiti della giurisdizione devoluta al giudice amministrativo. L'ordinamento conosce infatti, là dove la violazione del diritto comunitario sia grave e manifesta, altri strumenti di tutela, secondo una logica di compensazione solidaristica (cfr. CGUE, 30 settembre 2003, Köbler, C-224/01; Id., 13 giugno 2006, Traghetti del Mediterraneo s.p.a., C-173/03; Id., 24 novembre 2011, Commissione europea contro Repubblica italiana, C-379/10)».

²³ Cfr. Mazzamuto, *L'eccesso di potere*, cit.

in contrasto con le sentenze CEDU sui casi *Mottola* e *Staibano*, insistendo sulla portata evolutiva del concetto di giurisdizione e sul proprio potere di sindacare la decisione di inammissibilità assunta, in forza di tali norme, dal Consiglio di Stato (in violazione della Carta EDU), stesse in realtà cercando di legittimare un più ampio sindacato sull'interpretazione, suscettibile di sconfinare nella identificazione con il sindacato generale sulla violazione di legge di cui all'art 111, co. 7, Cost.

È questo, mi pare, anche alla stregua di un'attenta rilettura 'a freddo' della sentenza n. 6/2018, il problema che ha preoccupato il Giudice delle leggi, che, lungi dal negare valenza alla suddetta costruzione 'tradizionale', ha semplicemente affermato che, fermo restando il sindacato sull'eccesso di potere nei confronti dell'amministrazione e del legislatore, e quello sull'aprioristico e astratto diniego di giustizia, il contrasto con l'interpretazione del diritto UE accolta dalla Corte di Giustizia non è di per sé idoneo a consentire alla Corte di cassazione un sindacato generale sulla – diversa – ipotesi della, pur abnorme, 'interpretazione' del quadro normativo da parte del giudice amministrativo, per ciò che detto sindacato sarebbe assimilabile alla violazione di legge.

Per quanto sopra esposto, si tratta però, di un 'falso problema', ché, appunto, il rifiuto aprioristico di tutela di una posizione giuridica nelle forme stabilite dall'ordinamento non è una mera 'violazione di legge', ma è, incontrovertibilmente, una 'questione di giurisdizione'

iv) In questo quadro, il problema della possibilità di rilevare/riconoscere il suddetto 'rifiuto' (l'eccesso di potere giurisdizionale *sub specie* di rifiuto di giustizia) anche rispetto alle forme di tutela stabilite dal diritto dell'Unione e, più in particolare, all'interpretazione datane dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, presenta alcuni contorni particolari, legati, per un verso, al primato del diritto dell'Unione e al valore di 'fonte' super primaria che si riconosce all'interpretazione datane dalla sua Corte e, per l'altro, alla peculiare funzione di quest'ultima, che, come ben rilevato in passato dalle stesse Sezioni unite, «non opera, nell'esercizio del potere d'interpretazione delle norme del Trattato, come giudice del caso concreto, bensì come interprete di disposizioni ritenute rilevanti ai fini del decidere da parte del giudice nazionale» (sent. n. 6605 del 2015, cit.).

Sotto il primo profilo, si potrebbe dunque porre il problema se lo 'sconfinamento/arretramento' rispetto alla regola interpretativa data dalla Corte di Giustizia sia davvero equiparabile a quello nei confronti del legislatore. Il secondo profilo rileva invece essenzialmente ai fini della configurabilità dell'omesso rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE come

invasione delle competenze di un'altra 'giurisdizione'. Un ulteriore profilo investe l'organo competente a risolvere tali questioni e, in particolare, la spettanza dell'ultima parola a un organo sovranazionale.

Si tratta, evidentemente, di interrogativi che non hanno e non avranno un'univoca soluzione.

Una cosa a me pare comunque certa. Il sindacato sull'eccesso di potere giurisdizionale rispetto al diritto UE 'va necessariamente insieme' a quelli sul 'rifiuto' e allo 'sconfinamento' rispetto al 'quadro' tracciato dal legislatore interno: se si nega, nei fatti, quest'ultimo, perché lo si assimila all'errore interpretativo, non si può, a mio avviso, affermare il sindacato della Corte di cassazione solo per l'arretramento rispetto alla tutela assicurata a una posizione giuridica soggettiva dal diritto UE, perché non si riuscirebbe a ricondurlo a una 'questione di giurisdizione'.

L'ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia, del resto, è ben consapevole che le due cose 'vanno insieme': lo dimostra al punto 41, laddove invoca il principio dell'equivalenza, rappresentando al Giudice sovranazionale che, in Italia, la Cassazione può effettuare il sindacato sull'eccesso di potere nei confronti del legislatore e che, in un caso come quello del giudizio *a quo*, rispetto al diritto nazionale, lo avrebbe effettuato, censurando l'operato del giudice per avere «esercitato poteri giurisdizionali di cui è privo».

Il rischio del vuoto di tutela paventato dalle Sezioni unite per giustificare il ricorso ai Giudici di Lussemburgo si percepisce, dunque, piuttosto, all'inverso e in termini più generali, nel fatto che, fino a oggi, il nostro 'Giudice garante dei limiti della giurisdizione' abbia invece – tenacemente – disconosciuto la rilevabilità di ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale rispetto al legislatore e, per di più, 'dequotato' il diniego di giustizia a mero errore interpretativo, avvertendo poi l'esigenza di ricorrere al radicale stravolgimento delle regole UE per giustificarne la sindacabilità, così, in buona sostanza, teorizzandone il confinamento a tale ipotesi (così peraltro indebolendo, se non radicalmente svilendo, il richiamo all'equivalenza).

Più delicato, indubbiamente, il problema se, spettando alla Corte di Giustizia l'interpretazione delle regole unionali e imponendo l'art. 267 del TFUE ai giudici nazionali di ultima istanza di rimettere allo stesso Giudice sovranazionale i loro eventuali 'dubbi', il mancato rispetto di quest'obbligo di rimessione possa essere, ex se, ricondotto a una questione su 'motivi di giurisdizione', soggetta, pertanto, al sindacato della Corte di cassazione. Per un verso, infatti, si tratta in questo caso, evidentemente, di una 'interpretazione', come tale, per quanto ripetutamente sottolineato dalle stesse Sezioni unite, insindacabile ai sensi dell'art. 111, co. 8.

Per l'altro verso, tuttavia, è innegabile che la decisione sulla necessità o meno del rinvio impatta sulla 'riserva' di interpretazione della Corte di Giustizia, tanto che il mancato rinvio è causa di responsabilità per gli Stati e, di conseguenza, per gli stessi giudici. Tali circostanze potrebbero indurre a ritenere che il mancato rinvio sia, in effetti, riconducibile ai 'motivi di giurisdizione'. Nella linea seguita in questa analisi, non si può in proposito omettere di ricordare che, come visto, fino all'ordinanza del 18 settembre, la Corte di cassazione ha costantemente escluso che anche la propugnata lettura 'evolutiva' della nozione di 'giurisdizione' possa legittimare l'attrazione al suo sindacato del mancato esercizio di detto obbligo di rinvio (menziono, tra le altre, ancora una volta, la sentenza n. 6605/2015, cit., che, confermando la propria linea di estrema cautela, osserva che, dal momento che «la suddetta Corte non opera, nell'esercizio del potere d'interpretazione delle norme del Trattato, come giudice del caso concreto, bensì come interprete di disposizioni ritenute rilevanti ai fini del decidere da parte del giudice nazionale (in capo al quale permane in via esclusiva la funzione giurisdizionale), il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato a detta Corte non configura una questione attinente allo sconfinamento dalla giurisdizione del giudice amministrativo (cfr., tra le altre, Cass., Sez. un., n. 16886/2013)»; analogamente, oltre a quelle già richiamate, anche la sentenza n. 14042/2016).

Tornando però ai 'punti fermi', rilevo che, quale che sia la soluzione che si ritenga di accogliere in merito a tale profilo, non vi sono, a mio avviso, margini per una distinzione tra omesso rinvio su questioni processuali e omesso rinvio su questioni sostanziali, con conseguente oggettiva difficoltà di evitare un' apertura del varco al sindacato generale della Corte di cassazione su tutte le questioni di rilevanza eurounitaria (fermo restando che essa dovrebbe rimetterne la formulazione del quesito al Giudice amministrativo).

10. Prime considerazioni sui quesiti proposti alla CGUE

Come si inserisce in questo contesto l'ordinanza del 18 settembre? In modo sicuramente dirompente.

Le Sezioni unite compiono invero un indubbio *révirement* rispetto alla precedente giurisprudenza e, cancellando i confini entro i quali,

come ricordato al punto 23 della stessa ordinanza²⁴, con giurisprudenza consolidata, avevano delimitato il loro potere (abnorme stravolgimento di norme di rito tali da implicare un evidente diniego di giustizia e un eccesso di potere giurisdizionale, precludendo l'accesso alle forme di tutela riconosciute dall'ordinamento, anche attraverso l'interpretazione accoltane dalla Corte di Giustizia, ferma in ogni caso l'insindacabilità delle decisioni del giudice amministrativo per omesso rinvio *ex* art. 267 TFUE) e, 'preoccupate' dall'arretramento annunciato, anche in tali casi, dalla propria giurisprudenza all'esito della richiamata sentenza n. 6/2018 della Corte costituzionale²⁵, allargano il compasso e, abbandonando (*recte*, rinnegando)

²⁴ Vi si legge infatti testualmente (e in coerenza con il menzionato scritto del suo estensore, antecedente alla sentenza della Consulta) che «L'orientamento consolidato delle Sezioni unite (sino alla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 di cui si dirà) era nel senso che, in sede di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo dei limiti esterni della giurisdizione — che l'articolo 111, co. 8, Cost., affida alla vigilanza della Corte di cassazione — non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare meri errori in iudicando o in procedendo, "salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tali da ridondare in denegata giustizia, ed in particolare, salvo il caso, tra questi, di errore "in procedendo" costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia" (in tal senso Cass., Sez. un., 29 dicembre 2017, n. 31226 cit.; in senso conforme, Cass., Sez. un. 18 dicembre 2017 n. 30301; Id., 17 gennaio 2017 n. 953; Id., 8 luglio 2016 n. 14042; Id., 29 febbraio 2016 n. 3915; Id., 6 febbraio 2015 n. 2242, cit.)».

²⁵ L'ordinanza ha per vero buon gioco nel ricordare, che la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 6 del 2018, riconosce che «specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, il problema indubbiamente esiste», ma osserva che «deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione [quindi, di quella amministrativa per le sentenze dei giudici amministrativi], eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'articolo 395 c.p.c.»; e nel rappresentare (criticamente) al Giudice sovranazionale che «Tale rimedio, tuttavia, non è previsto dal legislatore nazionale come strumento ordinario per porre rimedio alle violazioni del diritto dell'Unione che siano addebitate agli organi giurisdizionali. La stessa Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni normative pertinenti nella parte in cui non prevedono tra i casi di revocazione quello in cui essa si renda necessaria per consentire il riesame del merito della sentenza impugnata per la necessità di uniformarsi alle statuizioni vincolanti rese, in quel caso, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte cost., 27 aprile 2018 n. 93); in altra decisione, ha dichiarato inammissibile una analoga questione sollevata dai giudici amministrativi (Corte cost., 2 febbraio 2018 n. 19)». Aggiunge peraltro, e correttamente, che «Tale rimedio, comunque, non sarebbe agevolmente praticabile per i limiti strutturali dell'istituto della revocazione (sub paragrafo 15, in relazione all'art. 395 c.p.c.) e, specialmente, quando le

l'atteggiamento riduttivo che riportava il diniego di giustizia a un errore interpretativo per ricondurlo (finalmente, ma, per quanto visto, per la prima volta) alla – inammissibile – 'attività di produzione normativa', affermano innanzitutto, in termini generali, che il riferito orientamento «era fondato sulla decisiva considerazione che il giudice nazionale che faccia applicazione di normative nazionali (sostanziali o processuali) o di interpretazioni elaborate in ambito nazionale che risultino incompatibili con disposizioni del diritto dell'Unione applicabili nella controversia, come interpretate dalla Corte di giustizia [...] esercita un potere giurisdizionale di cui è radicalmente privo, ravvisandosi un caso tipico di difetto assoluto di giurisdizione – per avere compiuto un'attività di diretta produzione normativa non consentita nemmeno al legislatore nazionale – censurabile per cassazione con motivo inerente alla giurisdizione, a prescindere dall'essere la sentenza della Corte di giustizia precedente o successiva alla sentenza amministrativa impugnata nel giudizio di cassazione».

Su questa base, investono la CGUE della valutazione della compatibilità con il diritto unionale (in particolare, «gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, del TUE e 2, paragrafi 1 e 2, e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»), della 'prassi interpretativa' (che, secondo l'ordinanza, prenderebbe le mosse dalla Corte costituzionale, ma che, in realtà, come visto, fuori dai più volte richiamati confini, era già consolidata nella propria giurisprudenza) che «modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione sotto il profilo del cosiddetto difetto di potere giurisdizionale, non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) nei quali gli Stati membri hanno rinunciato ad esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto, con l'effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere corrette tramite il predetto rimedio e di pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, in contrasto con l'esigenza che tale diritto riceva piena e sollecita attuazione da parte di ogni giudice, in modo vincolativamente

sentenze delle Corte sovranazionali siano precedenti alla sentenza impugnata. È comunque dubbio che esso sia idoneo a paralizzare l'ammissibilità del ricorso per cassazione, non potendosi escludere che anche la sentenza emessa ipoteticamente in sede di revocazione possa incorrere in violazione dei limiti della giurisdizione».

conforme alla sua corretta interpretazione da parte della Corte di giustizia, tenuto conto dei limiti alla "autonomia procedurale" degli Stati membri nella conformazione degli istituti processuali». Anche se il quesito è ampio e generale, tre elementi potrebbero essere indici di una volontà delle Sezioni unite di mantenere comunque la distinzione tra il contrasto con le norme in rito e quello con le norme sostanziali, limitando in ogni caso il proprio potere di intervento cassatorio soltanto al primo: (i) il riferimento all'asserita «modifica del precedente orientamento», che, come visto, apriva il sindacato solo al contrasto con le norme processuali, (ii) il riferimento, al pt. 41, al potenziale contrasto col principio di equivalenza della prassi interpretativa che ritiene pregiudizialmente inammissibili i ricorsi per cassazione volti a denunciare il difetto di potere giurisdizionale del giudice che eserciti poteri di produzione normativa preclusi anche al legislatore nazionale «elaborando ed applicando regole processuali» contrarie al diritto UE e, soprattutto (iii) l'accento posto, al pt. 43.1, sul fatto che la Corte di Lussemburgo avesse affermato il primato del diritto UE sull'autonomia procedurale degli Stati membri «con riguardo al rispetto dei diritti della difesa e del regolare svolgimento del procedimento».

A seguire, proprio perché 'dubitano' della effettiva ravvisabilità di un frontale contrasto della decisione del giudice amministrativo con il diritto UE, per come interpretato dalla Corte di Giustizia nelle note sentenze Lombardi, Fastweb e Puligenica (tanto da formulare il terzo quesito: v. infra), rimettono alla stessa Corte sovranazionale di valutare «Se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, TUE e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art, 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [e dunque il combinato disposto tra il primato del diritto UE, l'obbligo di rinvio pregiudiziale dei dubbi interpretativi alla CGUE e il principio di effettività della tutela²⁶], ostino all'interpretazione e applicazione degli articoli 111, co. 8, della Costituzione, 360, co. 1, n. 1, e 362, co. 1, del codice di procedura civile e 110 del codice processo amministrativo, quale si evince dalla prassi giurisprudenziale nazionale [sembrerebbe, dai precedenti passaggi dell'ordinanza, anche della Corte costituzionale],

²⁶ Si ricorda al punto 42 dell'ordinanza che «Una rilevante declinazione del principio di effettività trova specifico riconoscimento negli articoli 19, par. 1, co. 2, TUE e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, i quali impongono agli Stati membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare ai singoli una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione (ad esempio, CGUE, 4 giugno 2013, C-300/11, punti 55, 57, 65). Nell'ordinamento nazionale la tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo costituisce obiettivo proclamato anche nel codice del processo amministrativo (articolo 1)».

secondo la quale il ricorso per cassazione dinanzi alle Sezioni unite per "motivi inerenti alla giurisdizione", sotto il profilo del cosiddetto 'difetto di potere giurisdizionale', non sia proponibile come mezzo di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato che, decidendo controversie su questioni concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione, omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, da essa tassativamente indicate (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C-238/81) che esonerano il giudice nazionale dal suddetto obbligo, in contrasto con il principio secondo cui sono incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che prevedano una privazione, anche temporanea, della libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario, di rendere irrimediabile (e favorire il consolidamento del)l'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare la uniforme applicazione e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione».

Da ultimo, confidando nell'esito dei primi due quesiti nel senso favorevole al proprio potere/dovere di procedere direttamente al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE a fronte di un rilevato 'arretramento' di tutela del giudice amministrativo, sottopongono alla Corte di Giustizia il 'dubbio' sulla questione principale, ovvero «Se i principi dichiarati dalla Corte di giustizia con le sentenze 5 settembre 2019, Lombardi, C-333/18; 5 aprile 2016, *Puligienica*, C-689/13; 4 luglio 2013, *Fastweb*, C100/12, in relazione agli articoli 1, par. 1 e 3, e 2, par. 1, della direttiva 89/665/CEE, modificata dalla direttiva 2007/66/CE, siano applicabili nella fattispecie che è oggetto del procedimento principale, in cui, contestate dall'impresa concorrente l'esclusione da una procedura di gara di appalto e l'aggiudicazione ad altra impresa, il Consiglio di Stato esamini nel merito il solo motivo di ricorso con cui l'impresa esclusa contesti il punteggio inferiore alla soglia di sbarramento attribuito alla propria offerta tecnica e, esaminando prioritariamente i ricorsi incidentali dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'impresa aggiudicataria, li accolga dichiarando inammissibili (e ometta di esaminare nel merito) gli altri motivi del ricorso principale che contestino l'esito della gara per altre ragioni (per indeterminatezza dei criteri di valutazione delle offerte nel disciplinare di gara, mancata motivazione dei voti assegnati, illegittima nomina e composizione della commissione di gara), in applicazione di una prassi giurisprudenziale nazionale secondo la quale l'impresa che sia stata esclusa da una gara di appalto non sarebbe legittimata a proporre censure miranti a contestare l'aggiudicazione all'impresa concorrente, anche mediante la caducazione della procedura di gara, dovendosi valutare se sia compatibile con il diritto dell'Unione l'effetto di precludere all'impresa il diritto di sottoporre all'esame del giudice ogni ragione di contestazione dell'esito della gara, in una situazione in cui la sua esclusione non sia stata definitivamente accertata e [ma questo secondo inciso non è pertinente, non avendo nella specie il ricorrente chiesto l'esclusione di altri concorrenti] in cui ciascun concorrente può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere alla scelta di un'offerta regolare e all'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, alla quale ciascuno degli offerenti potrebbe partecipare».

I quesiti fanno riflettere sotto diversi profili.

I) Era davvero necessario chiamare in causa la Corte di Giustizia? O, essendo stata di fatto investita di un 'rifiuto di giurisdizione', la Corte di cassazione poteva, alla luce di quanto sopra esposto, semplicemente abbandonare l'atteggiamento 'riduttivo' e cassare la sentenza, rimettendo il giudizio al Consiglio di Stato, censurandone la decisione come 'arretramento' rispetto alle forme di tutela garantite dall'ordinamento (nella specie dell'Unione europea, come – già – interpretate dalla 'sua' Corte di Giustizia), per non aver valutato la questione nel merito, o, facendo un 'ulteriore' passo avanti, per non avere interrogato il Giudice sovranazionale sulla effettiva portata delle norme del suo ordinamento?

II) Può davvero la Corte di Giustizia interferire con l'organizzazione del nostro sistema giurisdizionale, al punto da imporre un giudice unico di nomofilachia per le materie di rilevanza eurounitaria? Non posso nascondere che, pur essendo fermamente convinta della necessità di frenare alcune tendenze di giurisprudenza 'creativa' in malam partem nei confronti degli amministrati²⁷, e, soprattutto, pur ritenendo che la Corte di cassazione abbia il potere/dovere di intervenire su qualunque 'arretramento' di tutela che si sostanzi in un 'aprioristico e astratto' diniego di giustizia, perché esso le è riconosciuto – e, imposto – dal nostro quadro costituzionale, ho dei dubbi sul fatto che la lettura di questo quadro spetti alla Corte di Giustizia, e che il principio di effettività della tutela possa ritenersi ex se violato se

Rinvio, da ultimo, alle considerazioni svolte in CAIANIELLO, *Processo amministrativo*, cit. alla nota 4.

uno Stato membro non preveda un giudice unico interno di nomofilachia o, comunque, un unico organo giurisdizionale di controllo interno sul rispetto delle norme UE. L'ordinanza di rimessione, del resto, è costretta ad affermare che «La nozione di giurisdizione è tuttavia sufficientemente ampia da fare ritenere a queste Sezioni unite — le quali vigilano sul «rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni» (articolo 65 del r.d. 12/1941, sull'Ordinamento giudiziario) — che il ricorso per cassazione costituisca l'estremo rimedio apprestato dall'ordinamento nazionale per evitare la formazione di qualunque giudicato contrario al diritto dell'Unione»: ma chi ha il potere di interpretare e definire la 'nozione di giurisdizione' che fonda il sindacato della Corte di cassazione nell'art. 111, co. 8, della nostra Costituzione, se non i 'nostri' giudici interni? Ciò posto, è indubbio che l'interpretazione delle norme costituzionali spetta alla Corte costituzionale, ma è altrettanto indubbio che nel caso di specie questa deve muoversi nel rispetto della prerogativa che la vigente Costituzione riconosce alla Corte di cassazione quale giudice naturale della giurisdizione. In altri termini, laddove la nostra Costituzione non prevedesse alcuna forma di sindacato della Corte di cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, potremmo solo per questo dire che il nostro sistema viola il principio eurounitario di effettività della tutela? Non mi sembra, restando peraltro sempre aperta, in caso di effettiva violazione di tale principio, la possibilità di ricorso alla CEDU. Sembra allora anche difficile affermare che la lettura dell'art. 111, co. 8, Cost. e la definizione dei confini entro i quali esso delinea l'intervento della Corte di Cassazione possano essere rimessi alla Giudice sovranazionale.

III) Anche se il problema si è posto finora per le questioni di rito e l'ordinanza, come visto, fa riferimento in alcuni passaggi al diritto di difesa e invoca la garanzia di effettività della tutela delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza eurounitaria (punto 47), vi è davvero un fondato timore che le Sezioni unite stiano cercando un più generale 'lasciapassare' per un sindacato ex art. 111, co. 8, Cost. su ogni ipotesi in cui il giudice amministrativo intenda applicare una regola diversa da quella risultante dal diritto UE come 'letto' dalla Corte di Giustizia, a prescindere dal fatto che il contrasto attenga a una questione sostanziale o processuale? E, in caso affermativo, questa ricerca sarebbe criticabile? Anche se la lettura 'teorica' finora data dell'art. 111, co. 8, Cost. dovrebbe, per le ragioni già dette, consentire un tale sindacato (dal momento che il limite alla potestas iudicandi non dovrebbe conoscere distinzioni tra norme processuali e sostanziali), il fatto che, in concreto, la Dottrina ne abbia riconosciuto

l'oggettiva difficoltà e la Corte di cassazione non abbia mai riconosciuto l'eccesso di potere giurisdizionale nei confronti del legislatore interno, escludendo in buona sostanza la possibilità di distinguere tra creazione e interpretazione, riducendo così essa stessa la nozione di 'sconfinamento rispetto al legislatore' al solo diniego di giustizia (tanto da sentire il bisogno di legittimare il relativo sindacato non tanto con la sua irriducibilità a un errore interpretativo, ma con l'abnormità di tale errore) fa sorgere il dubbio che occorra cercare ancora un giusto equilibrio, come del resto era stato fatto fino alla sentenza n. 6/2018; e come, forse, vuole ancora fare la Corte di cassazione quando, nell'ordinanza, fa più volte riferimento alle questioni di diritto processuale. È questo, evidentemente, il tema sul quale la Dottrina è chiamata a dare il suo contributo. Ed è questa la ragione per la quale mi è sembrato opportuno iniziare ad offrire un quadro quanto più possibile completo dell'evoluzione giurisprudenziale che ha preceduto la rimessione alla Corte di Giustizia, confidando di offrire, quanto meno, uno strumento utile al dibattito, che, probabilmente, continuerà per molti anni a non trovare una soluzione.

Torno allora sui quesiti.

Una volta preso atto dell'assoluta novità del percorso intrapreso dalle Sezioni unite – e lasciata da parte la questione della insindacabilità da parte della Corte di Giustizia del nostro sistema di organizzazione dei rapporti tra le giurisdizioni e della scelta, a mio avviso puramente interna (e dunque salvaguardata dall'autonomia procedura degli Stati membri), di affidare o meno a un unico giudice (nella specie, l'organo di vertice della magistratura ordinaria, cui, tra l'altro, si affida la soluzione del conflitto tra le giurisdizioni) ogni ipotesi di sconfinamento/arretramento dalla *potestas iudicandi* – il primo quesito è davvero così dirompente? Forse anche no.

Mi sembra infatti di poter dire che – se, come si è sempre sostenuto, si identifica come 'motivo di giurisdizione' ogni sconfinamento del giudice dalla sua *potestas iudicandi* e se, come è oggettivamente difficile negare, il giudice, amministrativo o ordinario, non ha il potere di coniare una regola 'opposta' a quella stabilita dal diritto UE (che prevale anche sul potere legislativo interno), già chiaramente definita, in riferimento a fattispecie perfettamente sovrapponibili, dal suo interprete istituzionale – nel caso in cui una decisione di un giudice amministrativo di ultima istanza si ponga effettivamente in un siffatto frontale contrasto con una esplicita giurisprudenza della Corte di Giustizia, non sembra possibile negare che si ponga una 'questione di giurisdizione', sindacabile dalla Corte di cassazione. Ma non per il fatto che essa è la vestale del controllo del rispetto del diritto

UE, quanto piuttosto perché, come si è fino ad oggi pacificamente ritenuto (e la Corte costituzionale nella sentenza n. 6/2018 non ha negato), essa è il giudice ultimo del rispetto dei confini del potere giurisdizionale. E, se una questione di interpretazione del diritto UE è già stata risolta in una determinata direzione dalla sua Corte di Giustizia, non vi è più spazio per 'interpretazioni' del nostro giudice: non soltanto per 'creazioni', ma neppure per 'interpretazioni'. Non si potrebbe, quindi, invocare il 'labile confine' tra le due operazioni che ha finora consentito alle Sezioni unite di sottrarsi al potere/dovere di sindacare lo sconfinamento nel potere legislativo interno, giustificandone l'atteggiamento di self-restraint per le questioni che non si traducono (addirittura) in un diniego di giustizia. Il ragionamento svolto dalla Corte costituzionale può anzi, in quest'ottica, essere ribaltato: se non è ammissibile una 'graduazione' del vizio, non lo è neppure per lo sconfinamento, che è sindacabile, non solo rispetto al diritto UE, ma anche rispetto al diritto interno, anche quando non si traduca in un diniego di giustizia.

Affinché si versi in questa situazione, occorre però che non vi siano margini di dubbio interpretativo: ovvero che la disposizione violata sia netta e inequivocabile o che la Corte di Giustizia si sia già pronunciata su quella specifica questione.

Delimitato in questi termini, lo spazio per il ricorso per 'cassazione' di cui si chiede al Giudice sovranazionale di affermare (recte, ribadire) la necessità, sul presupposto (a oggi indiscusso e, per quanto detto, non verificabile dalla CGUE) che la nostra Costituzione affida alle Sezioni unite il controllo sul rispetto dei limiti della giurisdizione, non sembra a ben vedere maggiore (se il giudice amministrativo resta nell'ambito del suo potere) di quello che il sistema riconosce (e che le Sezioni unite dovrebbero più ampiamente utilizzare) per lo sconfinamento rispetto al diritto interno. Se poi le parti faranno abuso dello strumento, utilizzandolo in via strumentale al mero scopo di impedire il passaggio in giudicato delle sentenze dei giudici amministrativi, l'ordinamento interno dovrà trovarvi adeguati rimedi, con l'eventuale previsione di filtri e/o con un accorto uso della condanna alle spese.

Resta, tuttavia, un dubbio sulla rilevanza: nel caso rimesso alla Corte di Giustizia, infatti (i) si trattava proprio di un diniego di giustizia, ma (ii) la questione era (almeno parzialmente) diversa da quella (*recte*, quelle) già risolte dalla sua giurisprudenza. Il ricorrente escluso, infatti, non contestava (come riferito dall'ordinanza nell'ultima parte del terzo quesito²⁸) l'ammissibilità

²⁸ Laddove si fa indebito riferimento all'esigenza di ciascun concorrente di «far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri».

delle offerte concorrenti (questione affrontata dalle precedenti pronunce della Corte di Lussemburgo), ma, più in generale, la validità della gara (illegittima composizione della Commissione e indeterminatezza dei criteri).

Il quesito più dirompente è infatti, a ben vedere, proprio il secondo: è parimenti riconducibile a un 'motivo di giurisdizione' il mancato rinvio di un 'dubbio interpretativo' alla Corte di Giustizia? È questa la questione centrale che viene, a mio avviso, sollevata dall'ordinanza: l'obbligo di rinvio pregiudiziale previsto dall'art. 267 TFUE è sufficiente ad affermare che il giudice nazionale, omettendo di disporlo, potrebbe avere, solo per questo, superato i confini del suo potere, giustificando così il 'controllo' del Giudice garante dei confini della giurisdizione?

La risposta richiede alcuni passaggi logici.

Sembra invero difficile disconoscere che, nell'esercizio del potere di interpretazione, che è proprio di ogni giurisdizione, ci sia, evidentemente, anche quello di ritenere che il quadro normativo e giurisprudenziale non dà adito a dubbi. Se così è, l'eventuale errore commesso in tale valutazione (pur nella specie a mio avviso difficilmente disconoscibile) non sembra riconducibile ai 'motivi di giurisdizione', neppure invocando lo sconfinamento nella potestas della Corte di Giustizia, che, non solo non è propriamente 'giurisdizione', ma, soprattutto, è chiamata solo a risolvere i 'dubbi', laddove il giudice del caso concreto ne abbia rilevati. Il fatto che il giudice interno di ultima istanza abbia l'obbligo di rimettere i 'dubbi interpretativi' sulla portata delle norme UE al Giudice sovranazionale non sembra invero sufficiente ad affermare che esso non abbia il potere di valutare in autonomia se ricorra o meno un'ipotesi di dubbio, non diversamente da quanto si ritiene per la rimessione alla Consulta delle questioni di legittimità costituzionale. Sicché peraltro, ancora una volta, l'effetto dell'allargamento del compasso prospettato dalle Sezioni unite sarebbe più ampio, aprendo il varco al sindacato della Corte di cassazione anche con riferimento alle mancate rimessioni alla Corte costituzionale.

Non sembra infatti che l'esigenza di evitare la responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE, pur indubbiamente importante e potenzialmente utile, sia argomento sufficiente per trasferire l'ultima parola interpretativa sulla configurabilità di dubbi di compatibilità eurounitaria al Giudice delle questioni di giurisdizione, né, qualora gli si riconoscesse tale potere, per fondare il discrimine tra questa 'interpretazione' e quella che sta alla base del mancato rinvio alla Corte costituzionale.

Confidando di avere offerto un quadro abbastanza ampio ed esauriente di riflessione per il dibattito, ritengo che la complessità delle problematiche sollevate dall'ordinanza e i rischi degli effetti che potrebbe avere un conflitto tra le Corti – nazionali e sovranazionali – coinvolte imponga di affrontare il problema aperto abbandonando tesi preconcette e ricercando un nuovo punto di equilibrio, che riconosca alla Corte di cassazione il sindacato sui casi di eccesso di potere giurisdizionale anche in forma di diniego di giustizia senza trasmodare nell'ammissione di un terzo grado di giudizio nel merito delle decisioni del giudice amministrativo.

Aldo Travi

I motivi di giurisdizione nell'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598/2020, fra ruolo della Cassazione ed esigenze di riforma costituzionale dell'assetto delle giurisdizioni*

SOMMARIO: 1. Cass. Sez. un. n. 19598/2020 – 2. Violazione del diritto sostanziale e questione di giurisdizione – 3. Interesse legittimo, interesse semplice e limiti esterni della giurisdizione – 4. I problemi di metodo.

1. Cass. Sez. un. n. 19598/2020

L'ordinanza delle Sezioni unite della Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa, fondato su due giurisdizioni distinte e sulla possibilità di ricorrere alla Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione» (art. 111, co. 8, Cost.). L'occasione della rimessione è rappresentata dall'impugnazione avanti alla Cassazione di una sentenza del Consiglio di Stato che aveva ritenuto inammissibile il ricorso proposto, contro l'esito di una gara d'appalto, da un concorrente che era stato escluso dalla gara stessa in seguito all'accoglimento del ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario (Cons. St., Sez. III, 7 agosto 2019 n. 5606). Il concorrente aveva impugnato la sentenza del Consiglio di Stato per motivi di giurisdizione, lamentando che il giudice amministrativo non avesse considerato sufficiente, per ammettere il ricorso contro la gara, la 'mera probabilità' che in accoglimento del ricorso potesse essere disposta la riedizione della gara¹.

Il testo costituisce una rielaborazione, con integrazioni, di una nota all'ordinanza delle sezioni unite, in corso di pubblicazione su Il Foro italiano.

¹ Nel caso esaminato dalle Sezioni unite l'aggiudicazione era stata impugnata anche per profili inerenti alle modalità di nomina e alla composizione della commissione di gara, e cioè per vizi che, se ritenuti fondati, avrebbero potuto travolgere lo svolgimento della gara; inoltre l'esclusione del concorrente era dipesa non dalla mancanza di requisiti o di altre condizioni necessarie per la partecipazione alla gara, ma dal conseguimento di un punteggio per l'offerta tecnica inferiore al minimo richiesto per l'ammissione alle fasi

Nel ricorrere per cassazione quel concorrente aveva invocato la nota giurisprudenza della Corte di giustizia sul ricorso incidentale nei giudizi su gare d'appalto, secondo cui non può essere esaminato prioritariamente il ricorso incidentale dell'aggiudicatario che abbia eccepito l'inammissibilità del ricorso principale perché proposto da un concorrente che avrebbe dovuto essere escluso. La posizione della Corte di giustizia avrebbe rappresentato l'esigenza di assicurare a tutti gli operatori concretamente interessati la possibilità di richiedere l'intervento del giudice per ripristinare la legalità². D'altra parte, secondo la Corte di giustizia, solo in presenza di una esclusione rimasta del tutto incontestata o, nel caso di impugnazione, definitivamente accertata (ossia, accertata con sentenza già passata in giudicato), il ricorso avrebbe potuto ritenersi inammissibile³.

Anche secondo le Sezioni unite il Consiglio di Stato avrebbe violato il diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte di giustizia. D'altra parte, secondo le Sezioni unite, il ricorso per cassazione costituirebbe «l'unico strumento per reagire a violazione del diritto dell'Unione imputabili a sentenze del Consiglio di Stato». L'esigenza di porre rimedio alla violazione del diritto dell'Unione sosterrebbe il superamento della 'prassi giurisprudenziale' che esclude oggi la possibilità di ricondurre ai motivi inerenti alla giurisdizione una violazione del genere.

In questa logica sono state sottoposte alla Corte di giustizia tre questioni pregiudiziali, che attengono in sintesi: *a*) alla conformità al Trattato della esclusione del ricorso per cassazione contro sentenze del Consiglio di Stato che risultino confliggenti con il diritto dell'Unione, *b*) alla conformità al Trattato della esclusione del ricorso per cassazione contro sentenze del Consiglio di Stato che abbiano deciso vertenze rilevanti per l'applicazione del diritto dell'Unione, omettendo senza ragione il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, e *c*) alla conformità, ai principi del diritto dell'Unione affermati dalla Corte di giustizia, dell'orientamento accolto dal Consiglio

successive. L'esclusione per insufficienza del punteggio era stata a sua volta contestata dal concorrente nel suo ricorso principale: la censura era stata esaminata nel merito dal Consiglio di Stato, ma ritenuta infondata. Su questa base il giudice amministrativo aveva ritenuto che gli altri motivi del ricorso, che concernevano la procedura di gara, dovessero ritenersi inammissibili, perché proposti da un concorrente escluso e la cui esclusione era stata oggetto di un'impugnazione però respinta.

² Cfr. particolarmente CGUE, 4 luglio 2013, *Fastweb*, C-100/12, in «Foro it.», 2014, IV, p. 395; Id., 5 aprile 2016, *Puligienica*, C-689/13, in «Foro it.», 2016, IV, p. 324, con nota di G. Sigismondi, da ultimo CGUE, 5 settembre 2019, *Lombardi*, C-333/18, in «Foro it.», 2020, IV, p. 55, con nota di E. Zampetti.

³ Cfr. CGUE, 10 maggio 2017, Archus, C-131/16; Id., 21 dicembre 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung, C-355/15.

di Stato sulla carenza di legittimazione dell'impresa esclusa a contestare l'esito della gara.

2. Violazione del diritto sostanziale e questione di giurisdizione

L'ordinanza delle Sezioni unite merita innanzi tutto di essere segnalata per la particolare chiarezza nell'esposizione e l'ampiezza dei riferimenti giurisprudenziali. Questi elementi rappresentano un segno evidente dell'attenzione riservata dal collegio per la questione in oggetto. In effetti l'ordinanza affronta vari profili nodali che attengono sia al diritto dell'Unione che al diritto interno.

Il tema delle condizioni di ammissibilità del ricorso in materia di appalti pubblici è il campo di interpretazioni del giudice di Lussemburgo e del giudice amministrativo italiano che non appaiono facilmente conciliabili: è stato sostenuto come la giurisprudenza della Corte di giustizia, nell'assetto maturato dopo una serie di rinvii pregiudiziali di giudici italiani a partire dalla cit. sentenza Fastweb (Corte giustizia UE, 4 luglio 2013 n. 100/12), risulti sempre più allineata su modelli che mal si confrontano con gli orientamenti di fondo della giurisdizione amministrativa italiana. A me pare che il problema di fondo sia soprattutto questo: la Corte di giustizia, per l'ammissibilità del ricorso, sembra considerare decisiva la circostanza che il concorrente abbia partecipato alla procedura di gara (come si è già ricordato, gli effetti legittimanti di questa partecipazione sono 'superati' solo da un'esclusione che abbia il carattere della definitività, e cioè da un'esclusione che se impugnata sia stata confermata da una sentenza passata in giudicato), mentre nella giurisprudenza amministrativa italiana l'interesse legittimo fatto valere dal concorrente che impugna l'aggiudicazione è qualcosa di più e di diverso, perché ha una componente essenziale rappresentata dalla pretesa all'aggiudicazione della gara.

Fino ad oggi i tentativi di conciliazione fra i due modelli non sembrano riusciti. In particolare non mi sembra risolutiva a questi fini la proposta di accogliere una nozione di legittimazione a ricorrere basata sulla mera affermazione della posizione soggettiva, sulla falsariga di quanto vale pacificamente per il processo civile: il tema della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo presenta indubbiamente un'elevata complessità, ma non è trasferendo la rilevanza della situazione soggettiva invocata per il giudizio, dalla verifica della sua effettiva sussistenza alla mera

affermazione, che si realizza una conciliazione fra i due modelli. Anche rimanendo sul piano della 'affermazione' il riferimento dovrebbe valere pur sempre rispetto ad una posizione soggettiva. Ed appare difficile ricondurre all'interesse legittimo, così come viene comunemente inteso, la posizione del concorrente di cui sia stata confermata l'esclusione e che ambisce alla riedizione della procedura di gara; un interesse del genere è comune a chi non ha partecipato alla gara ed è un 'interesse di fatto' rispetto all'interesse legittimo. Né vale richiamare in contrario il c.d. interesse strumentale, figura che contribuisce a individuare un interesse a ricorrere, ma non aggiunge nulla sul piano della legittimazione⁴.

Viene frequentemente sostenuto che la differenza fra i due modelli sarebbe riconducibile alla circostanza che la Corte di giustizia si ispirerebbe ad una giurisdizione di 'diritto oggettivo', mentre come è noto la giurisdizione amministrativa italiana è istituita a tutela di posizioni giuridiche soggettive, e perciò è di 'diritto soggettivo'. Una conclusione del genere, però, risulta realmente problematica, perché la Corte di giustizia non può ignorare che i modelli di giustizia amministrativa in Europa sono vari e che in particolare coesistono nei Paesi dell'Unione ordinamenti della giustizia amministrativa 'di diritto oggettivo' (nei quali il ricorso al giudice amministrativo avrebbe come ragione la garanzia della legalità) e ordinamenti 'di diritto soggettivo' (nei quali il ricorso al giudice amministrativo ha come ragione la tutela di una situazione soggettiva, sia essa qualificata come diritto soggettivo o come interesse legittimo). Il principio di autonomia procedurale degli Stati membri⁵ dovrebbe garantire la coesistenza di questi modelli e il loro rispetto da parte della Corte di giustizia e da parte dell'ordinamento comunitario.

Rispetto però alle questioni sollevate dalle Sezioni unite un interrogativo risulta preliminare. La violazione del diritto dell'Unione non rappresenta, di per sé, una ragione valida per modificare il rapporto fra le giurisdizioni stabilito nell'ordinamento nazionale: lo ha ricordato di recente anche la Corte di giustizia⁶. Di conseguenza diventa decisivo stabilire se il ricorso proposto avanti alla Cassazione contro la sentenza del Consiglio di Stato avesse realmente ad oggetto una questione inerente alla giurisdizione. Se la risposta deve essere negativa, allora le tre questioni sollevate dalle Sezioni unite, a cominciare dalla prima, perdono spessore e soprattutto rilevanza.

⁴ Cfr. M. Marinelli, *Ricorso incidentale e ordine di esame delle questioni*, in «Dir. proc. amm.», 2009, III, p. 609 ss.; cfr. anche G. Tropea, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Esi, Napoli 2007.

⁵ Principio richiamato di recente, proprio rispetto ad una questione analoga, da Cass., Sez. un., 17 dicembre 2018 n. 32622.

⁶ CGUE, 17 marzo 2016, Bensada Benallal, C-161/15, in «Foro it.», 2016, IV, p. 177.

Anche ammesso che il Consiglio di Stato nella sentenza impugnata con ricorso per cassazione non avesse applicato correttamente il diritto dell'Unione, se non era configurabile una questione di giurisdizione il ricorso alla Corte di cassazione non avrebbe potuto ammettersi. La circostanza che l'ordinamento nazionale non avesse prodotto una decisione giurisdizionale conforme al diritto dell'Unione può costituire un titolo di responsabilità, ma non può introdurre un grado di giudizio non ammesso dall'ordinamento interno, anzi, nel nostro caso, non ammesso da una norma costituzionale⁷. Il ragionamento può forse non apparire di piena evidenza se si considera solo il modello italiano, che ammette uno spazio, peraltro puntualmente circoscritto, per il ricorso alla Cassazione contro le sentenze in ultimo grado del giudice amministrativo, ma risulta ancora più chiaro se si considerano anche altri ordinamenti, come quello francese, che non consente ricorsi, tanto meno alla Corte di cassazione, contro le decisioni del *Conseil d'État*.

L'esame delle questioni sollevate dalle Sezioni unite riconduce pertanto a un punto cruciale: quali sono «i motivi inerenti alla giurisdizione» che 'soli' possono essere dedotti con ricorso per cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato? Da questo punto di vista non si può trascurare che l'art. 111, co. 8, Cost. avesse trovato per oltre sessant'anni un'interpretazione chiara e univoca, coerente con la sua giustificazione storica emersa nei lavori dell'Assemblea costituente: i motivi inerenti alla giurisdizione sono soltanto quelli che pongano in discussione la spettanza a un giudice della giurisdizione su quella specifica controversia. Non sono invece inerenti alla giurisdizione i motivi con i quali sia contestata la conformità sostanziale della decisione giurisdizionale al diritto, sia esso il diritto costituzionale, o invece il diritto dell'Unione, o invece qualsiasi altra forma di diritto vigente. Da questo punto di vista, la pronuncia della Corte costituzionale 6/2018⁸ rispetto alla quale le Sezioni unite oggi si pongono sostanzialmente in contrapposizione dialettica, mi sembra francamente ineccepibile.

La rimessione alla Corte di giustizia risulta pertanto non giustificata: l'asserita violazione del diritto comunitario non identificava una questione di giurisdizione. Questa conclusione, però, non esaurisce il tema in esame, ma sollecita a mio parere un'ulteriore considerazione, che introduce uno scenario che appare per lo meno trascurato nell'ordinanza delle Sezioni unite.

⁷ Cfr. Cass., Sez. un., 5 luglio 2013 n. 16886.

⁸ Corte cost., 24 gennaio 2018 n. 6, in «Dir. proc. amm.», 2018, p. 1102 ss.

3. Interesse legittimo, interesse semplice e limiti esterni della giurisdizione

L'interrogativo reale che accompagna il dibattito sul ricorso incidentale 'escludente' è rappresentato dalla qualificazione della situazione giuridica del concorrente che abbia contestato l'esito di una gara con ricorso principale e la cui partecipazione alla gara sia stata a sua volta contestata (vittoriosamente) dall'aggiudicatario nel ricorso incidentale. L'interrogativo concerne la situazione giuridica soggettiva del ricorrente, come si configura in seguito all'accoglimento del ricorso incidentale; in definitiva si tratta di capire se in capo a quel soggetto sia ancora configurabile un interesse legittimo rispetto a quella procedura di gara, nonostante che il giudice abbia accertato che avrebbe dovuto essere escluso. Come ho accennato, è stato obiettato che ammettere un interesse legittimo in casi del genere risulterebbe contraddittorio con i caratteri attribuiti tradizionalmente all'interesse legittimo nel nostro ordinamento: in particolare con l'identificazione di una pretesa ad un 'bene della vita' come componente necessaria dell'interesse legittimo, e il 'bene della vita' sarebbe rappresentato, nel caso di una gara d'appalto, proprio dall'obiettivo di conseguire l'aggiudicazione del contratto.

La questione attiene pertanto alla configurabilità di una certa situazione giuridica soggettiva: si discute se in casi del genere sia ancora configurabile un interesse legittimo o se invece la posizione del ricorrente, che non abbia più possibilità di conseguire l'aggiudicazione, debba essere qualificata come un mero interesse semplice, in quanto tale privo di una protezione giuridica⁹. In discussione, a ben vedere, è la stessa ricostruzione dell'interesse legittimo, nella sua relazione essenziale e intrinseca con un 'bene della vita', nei termini appena richiamati. La giurisprudenza amministrativa più attenta che ritiene improcedibile il ricorso principale, nei casi dello stesso genere di quello analizzato dalle Sezioni unite, esclude appunto la configurabilità di un interesse legittimo.

Questo aspetto merita però di essere ulteriormente precisato. Stabilire se, in termini generali, ossia nei termini di configurabilità astratta di una

⁹ Il tema in discussione concerne infatti l'interesse legittimo, e non l'interesse a ricorrere: utilizzando le categorie usuali nella giurisprudenza amministrativa è un tema che riconduce perciò, sul piano processuale, alla legittimazione a ricorrere. Non vale obiettare che, anche in caso di esclusione del ricorrente principale, persisterebbe comunque un suo interesse 'strumentale' alla rinnovazione della gara d'appalto: l'interesse 'strumentale' è nozione che inerisce all'interesse a ricorrere, e non all'interesse legittimo. E l'esame delle questioni concernenti la sussistenza della legittimazione a ricorrere è pregiudiziale rispetto ad ogni valutazione dell'interesse a ricorrere. Se non sussiste la legittimazione a ricorrere, non ha senso neppure ragionare di interesse a ricorrere.

situazione giuridica, si sia in presenza di un interesse legittimo o invece di un interesse semplice è, a mio parere, anche questione di giurisdizione. In discussione sono infatti i 'limiti esterni' della giurisdizione amministrativa, definiti appunto dalla nozione di interesse legittimo concretamente accolta. E come la Cassazione, in un passato non sospetto, è intervenuta esercitando le sue prerogative di giudice della giurisdizione nei confronti delle pronunce del Consiglio di Stato che avevano identificato un interesse legittimo, quando in realtà sarebbe stato dedotto in giudizio un interesse semplice¹⁰, così nulla avrebbe impedito oggi alla Cassazione di verificare direttamente, ai fini della giurisdizione, se nel caso sottopostole fosse configurabile un interesse legittimo, invece di un interesse semplice.

Naturalmente una soluzione del genere avrebbe richiesto alla Corte di cassazione uno sforzo inedito nella identificazione dei caratteri dell'interesse legittimo, tema rispetto al quale gli interventi della Cassazione sono stati molto misurati fino ad oggi, perché tradizionalmente la riflessione sull'interesse legittimo è stata svolta dal giudice amministrativo. Si tratta però solo di una tradizione, che rispecchia un assetto fattuale e non giuridico, perché la Cassazione ha titolo per intervenire, in base all'art. 111, co. 8, Cost., sulle questioni inerenti ai limiti esterni della giurisdizione amministrativa, e quindi sulla possibilità di verificare se il giudice amministrativo abbia osservato le regole del riparto, nel momento in cui ha escluso la configurabilità di un interesse legittimo in una certa situazione.

Se si condividono queste riflessioni, rimane comunque impossibile aderire alle posizioni espresse dalle Sezioni unite nella loro ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia. Infatti in primo luogo è confermato che risulta irrilevante ogni profilo inerente al diritto comunitario; anzi risulta irrilevante a maggior ragione, perché una soluzione avrebbe potuto raggiungersi nell'ambito dell'ordinamento nazionale. In secondo luogo, se nel ricorso per cassazione fosse stata sollevata una questione di giurisdizione nei termini appena descritti, le Sezioni unite avrebbero potuto e dovuto esaminarla direttamente. L'esame avrebbe richiesto un'indagine indubbiamente complessa, ma non possiamo dimenticare che, per esempio, proprio la giustamente famosa sentenza n. 500 del 1999, che ha introdotto una nuova era nella tutela degli interessi legittimi, era argomentata sulla base di una riflessione nuova sulla figura dell'interesse legittimo.

¹⁰ Si pensi alla nota pronuncia delle Sezioni unite sul caso Italia Nostra: Cass., Sez. un., 8 maggio 1978 n. 2207, sulla tutela dei c.d. interessi diffusi.

4. I problemi di metodo

Da ultimo, l'ordinanza delle Sezioni unite solleva alcuni problemi nodali di metodo. Si tratta di temi tutt'altro che nuovi, ma mi sembra opportuno, per lo meno, farne un cenno anche in questa sede.

Il primo è rappresentato dalla tecnica di utilizzare il rinvio alla Corte di giustizia, per porre in discussione orientamenti non condivisi di altri giudici. Questa tecnica spesso è stata criticata, anche di recente, quasi fosse 'eversiva', per la tendenza dei giudici di merito a ricorrere al giudice di Lussemburgo per porre in discussione orientamenti non condivisi delle nostre giurisdizioni superiori¹¹. La rimessione alla Corte di giustizia è una prerogativa riconosciuta dal Trattato anche ai giudici di merito: di conseguenza non è criticabile di per sé la rimessione, se realmente giustificata dal diritto dell'Unione; piuttosto dovrebbe far riflettere la circostanza che talvolta solo l'intervento della Corte di giustizia ha consentito di superare incrostazioni giurisprudenziali insostenibili e che senza tale intervento la giurisprudenza interna ben difficilmente sarebbe riuscita ad emendarsi. È però significativo che, per cercare di superare un'affermazione della Corte costituzionale, le Sezioni unite della Cassazione abbiano fatto ricorso a questa tecnica e abbiano deciso di rivolgersi alla Corte di giustizia. Lo hanno fatto - ed è un aspetto mi lascia perplesso, rispetto ad un'ordinanza per il resto molto curata - con una motivazione che non dà atto delle ragioni contrarie della Corte costituzionale e descrive solo come 'prassi giurisprudenziale' l'orientamento che attraverso l'intervento della Corte di giustizia si vorrebbe superare.

Il secondo problema di fondo attiene ai canoni di interpretazione della legge, in particolare della legge processuale, e ancora più in particolare di una regola processuale che è sancita anche dalla Costituzione. Il tema dei modi di interpretazione della legge rappresenta da sempre una sfida centrale per la dottrina e soprattutto per la giurisprudenza ed oggi lo rappresenta – se possibile – ancora più che in passato: la percezione di un diritto sempre più 'liquido' da un lato e le osservazioni sull'eclissi del diritto civile dall'altro lato lo dimostrano bene. Il tema dell'interpretazione della legge coinvolge i fondamenti stessi del diritto e le responsabilità istituzionali di chi è chiamato ad applicarlo. Di fronte ad una norma costituzionale che risulta chiara nelle sue ragioni originarie, alla quale si è uniformato anche in codificazioni recenti il legislatore ordinario (cfr. l'art. 110 c.p.a.), che

¹¹ Per un'analisi accurata, cfr. S. Spuntarelli, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE nella giurisdizione amministrativa*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2018, III, p. 985.

è stata oggetto di interpretazione costante fino ad anni recenti e di cui la Corte costituzionale ha puntualmente confermato la portata, mi pare che sia difficile, per giustificare l'interpretazione opposta, invocare gli spazi dell'interpretazione. In particolare, non mi sembra si possa invocare un modo diverso, e più aggiornato, di esercitare la giurisdizione e di concepire la funzione giurisdizionale, per giustificare una sostanziale 'interpretazione evolutiva' dell'art. 111, co. 8, Cost. A maggior ragione, da parte delle Sezioni unite.

Il terzo problema di fondo attiene non al profilo giuridico in senso stretto, ma al profilo della politica legislativa; non è però meno urgente dei precedenti. La Corte costituzionale ha già rilevato, di fronte ai problemi legati alla responsabilità dello Stato per l'inosservanza dei diritti europei, come non possa essere utilizzato il rimedio della revocazione, perché è demandato al legislatore stabilirne i margini di applicazione¹²: forse un legislatore meno distratto avrebbe saputo cogliere utilmente questa opportunità. Ancora a maggior ragione, però, il modello delle due giurisdizioni separate, sempre più difficile da rappresentare e sempre più lontano dalle ragioni e dalla comprensione dei cittadini, meriterebbe una profonda revisione critica, ispirata alle esigenze di semplificazione della tutela, più che al rispetto delle tradizioni e delle posizioni correlate. Gli argomenti di Calamandrei, disattesi dall'Assemblea costituente, non hanno perso nulla del loro valore; anzi con gli anni, con l'estensione della giurisdizione esclusiva, con la revisione dei confini fra diritto amministrativo e diritto privato, con lo spazio maggiore riconosciuto oggi ai moduli consensuali nell'amministrazione, hanno acquisito un'attualità ancora più intensa. Il superamento del modello delle due giurisdizioni separate, a mio parere, è ineludibile. Per rispetto dei ruoli definiti dalla Costituzione, è una riforma demandata al legislatore, come d'altronde aveva richiesto Calamandrei, e non all'interpretazione dei giudici. Ciò però non deve far passare in secondo piano che la revisione costituzionale dell'assetto attuale della giustizia amministrativa, nell'interesse innanzi tutto dei cittadini, non è la meno importante o la meno urgente delle riforme che il nostro Paese meriterebbe.

¹² Corte cost., 27 aprile 2018 n. 93, in «Giur. costit.», 2018, p. 1489.



Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili ordinanza 18 settembre 2020 n. 19598

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MAMMONE Giovanni - Primo Presidente -

Dott. DI IASI Camilla - Presidente di sez. -

Dott. TRAVAGLINO Giacomo - Presidente di sez. -

Dott. TRIA Lucia - Presidente di sez. -

Dott. GIUSTI Alberto - Consigliere -

Dott. SCRIMA Antonietta - Consigliere -

Dott. CIRILLO Francesco M. - Consigliere -

Dott. LAMORGESE Antonio Pietro - rel. Consigliere -

Dott. CRUCITTI Roberta - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

sul ricorso 30174-2019 proposto da:

RANDSTAD ITALIA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA A. BERTOLONI 26-B, presso lo studio dell'avvocato MASSIMILIANO BRUGNOLETTI, che la rappresenta e difende;

- ricorrente -

Contro

UMANA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentata e difesa dall'avvocato FEDERICO BERTOLDI;

AZIENDA USL VALLE D'AOSTA, IN. VA S.P.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliate in ROMA, VIA LUIGI CECI 21, presso lo studio dell'avvocato PAOLO BORIONI, che le rappresenta e difende unitamente all'avvocato FRANCESCO DAL PIAZ;

SYNERGIE ITALIA AGENZIA PER IL LAVORO S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA BERNARDO BUONTALENTI 39/41, presso lo studio del rag. PAOLA FRUSONE, rappresentata e difesa dall'avvocato ADOLFO MARIO BALESTRERI:

- controricorrenti –

avverso la sentenza n. 5606/2019 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 07/08/2019;

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 07/07/2020 dal Consigliere Dott. ANTONIO PIETRO LAMORGESE;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CELENTANO CARMELO, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso;

uditi gli avvocati Santi Dario Tomaselli, per delega dell'avvocato Massimiliano Brugnoletti, Adolfo Balestreri, Francesco Dal Piaz e Federico Bertoldi.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Oggetto del procedimento principale e fatti pertinenti.

- 1.- L'Azienda Usl Valle d'Aosta aveva indetto una procedura di gara per un valore di oltre dodici milioni di Euro, da aggiudicare in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di individuare una Agenzia per il lavoro, cui affidare per tre anni la somministrazione temporanea di personale a tempo determinato.
- **2.-** La Stazione appaltante aveva previsto negli atti di gara una «soglia di sbarramento» alle offerte tecniche, fissata a 48 punti, onde non sarebbero stati ammessi al prosieguo della gara i concorrenti il cui progetto fosse stato valutato con un punteggio inferiore. Alla procedura avevano partecipato otto concorrenti, tra i quali la Randstad Italia Spa, il raggruppamento formato da Synergie Italia Agenzia per il Lavoro Spa (mandataria) e Umana Spa (mandante) e la Gi Group Spa.

- **3.-** La commissione di gara, valutate le offerte tecniche, aveva ammesso alla fase successiva della valutazione economica delle offerte soltanto il RTI Synergie-Umana e la Gi Group; aveva escluso la Randstad per mancato superamento della "soglia di sbarramento", avendo ottenuto un punteggio inferiore a quello richiesto.
- **4.-** All'esito della graduatoria finale, la Stazione appaltante aveva aggiudicato la gara al RTI Synergie-Umana.
- 5.- La Randstad impugnava, dinanzi al Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta, la propria esclusione per il mancato superamento della "soglia di sbarramento" e, con motivi aggiunti, l'aggiudicazione della gara al RTI Synergie-Umana. Deduceva, al fine di ottenere la riammissione alla gara, l'irragionevolezza dei punteggi tecnici attribuiti alla propria offerta, nonostante l'evidente similarità della stessa con quella del RTI; la inadeguata determinazione dei criteri e subcriteri di valutazione delle offerte indicati nel disciplinare di gara e il difetto di motivazione circa i voti numerici assegnati alle offerte; la illegittima nomina della commissione di gara, avvenuta dopo l'apertura delle offerte tecniche; la illegittima composizione della commissione con una persona incompatibile; la mancata suddivisione della gara in lotti.
- **6.-** L'Azienda Usl Valle d'Aosta e il RTI Synergie-Umana resistevano ed eccepivano l'inammissibilità dei motivi di ricorso della Randstad: assumevano che quest'ultima fosse priva di legittimazione a proporli, essendo stata comunque esclusa dalla gara. La In. Va Spa, stazione appaltante, non si costituiva nel giudizio.
- 7.- Il Tribunale amministrativo regionale rigettava le eccezioni relative alla legittimazione della ricorrente (ad avviso del Tribunale, la Randstad legittimamente aveva partecipato alla gara, essendo incontestatamente in possesso dei requisiti di ammissione, e ne era stata esclusa, a causa della valutazione negativa della sua offerta tecnica, dunque essa era legittimata a contestare l'esito della gara in ogni suo profilo) e, esaminando tutti i motivi di ricorso, li rigettava nel merito.
- **8.-** La Randstad proponeva appello, in via principale, con il quale ribadiva le censure e gli argomenti difensivi svolti in primo grado.
- **9.-** Le società Synergie e Umana proponevano appello in via incidentale e criticavano la sentenza del Tribunale amministrativo regionale nella parte in cui aveva ritenuto ammissibili ed esaminato nel merito le censure dirette al travolgimento della gara, in quanto impropriamente proposte da un soggetto non legittimato a proporle, come la Randstad, che era stata esclusa dalla competizione.
- **10.-** Il Consiglio di Stato, sez. III, con sentenza del 7 agosto 2019, rigettava il motivo del ricorso principale con cui la Randstad contestava l'attribuzione alla propria offerta tecnica di un punteggio insufficiente per il superamento

della "soglia di sbarramento", all'esito del cosiddetto confronto "a coppie"; in accoglimento dei ricorsi incidentali di Synergie e Umana, riformava parzialmente la sentenza impugnata nella parte in cui il Tribunale aveva esaminato nel merito gli altri motivi del ricorso principale che, ad avviso del Consiglio di Stato, non avrebbe dovuto esaminare perché inammissibili, essendo la Randstad priva di legittimazione a proporli perché esclusa dalla gara.

10.1.- Dunque, il Consiglio non esaminava nel merito gli altri motivi del ricorso principale proposti da Randstad - che contestavano i criteri generali di valutazione delle offerte, la nomina e composizione della commissione di gara e la mancata suddivisione della gara in lotti - diretti a contestare l'esito della gara e a determinarne il travolgimento. Osservava che, essendo stata esclusa, la Randstad era priva di legittimazione perché "portatrice di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico del settore che non ha partecipato alla gara": in tal senso affermava di aderire alla giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio (sentenze n. 4 del 7 aprile 2011 e n. 9 del 25 febbraio 2014), secondo la quale, nel caso in cui l'Amministrazione abbia escluso dalla gara un concorrente - sia per difetto delle condizioni soggettive di partecipazione alla gara intese in senso ampio, sia per altre cause derivanti da carenze oggettive delle offerte e, dunque, anche per inidoneità dell'offerta tecnica o mancato superamento della soglia di punteggio minimo attribuibile all'offerta medesima -, esso non ha la legittimazione ad impugnare gli atti di gara, a meno che non ottenga una pronuncia di accertamento della illegittimità della propria esclusione.

11.- Avverso questa sentenza la Randstad propone ricorso per cassazione; resistono con controricorsi la Synergie e l'Umana e, con unico controricorso, l'Azienda Usl Valle d'Aosta e la In. Va. Le parti hanno presentato memorie.

Argomenti essenziali delle parti nel procedimento principale.

12.- La ricorrente Randstad deduce, con un unico motivo, la violazione dell'art. 362, comma 1, cod. proc. civ. e art. 110 cod. proc. amm., per avere il Consiglio di Stato negato ad un soggetto escluso dalla gara - con provvedimento la cui legittimità non era stata definitivamente accertata, essendo contestata nel giudizio - la legittimazione e l'interesse a proporre le censure volte al travolgimento della gara stessa, riguardanti la inadeguatezza dei criteri di valutazione delle offerte e il difetto di motivazione dei punteggi assegnati alle offerte, nonché le modalità di nomina e composizione della commissione di gara, ai fini dell'esclusione dell'aggiudicatario e comunque della ripetizione della gara; con consequenziale violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, codificato in materia nell'art. 1, par. 1, terzo comma, della Direttiva Cee 21 dicembre 1989, n. 665, e diniego di accesso alla tutela stessa, censurabile con ricorso per cassazione dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per motivi inerenti alla

giurisdizione, ai sensi dell'art. 111 ottavo comma, della Costituzione, come statuito in precedenti specifici delle Sezioni Unite (sentenze 6 febbraio 2015, n. 2242 e 29 dicembre 2017, n. 31226).

- 12.1.- La ricorrente, a sostegno della denuncia di lesione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, secondo la Direttiva Cee n. 665 del 1989, invoca la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in materia, secondo la quale idonea a radicare l'interesse e il diritto alla tutela giurisdizionale è la mera probabilità di conseguire un vantaggio mediante la proposizione del ricorso, consistente in qualsiasi risultato, anche rappresentato dalla riedizione della procedura di gara. In particolare, richiama le sentenze 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi; 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica; 4 luglio 2013, C-100/12, Fastweb, le quali - tutte pronunciate su rinvii pregiudiziali disposti da giudici amministrativi italiani - ripetutamente hanno escluso la possibilità che l'eccezione (e il ricorso incidentale) dell'aggiudicatario di una gara di appalto, al fine di ottenere l'esclusione dalla gara, o la conferma dell'esclusione, di un altro partecipante alla gara, siano esaminati prioritariamente con effetti paralizzanti del ricorso principale, privando conseguentemente il concorrente escluso dell'interesse al ricorso (principale) e della legittimazione a contestare l'esito della gara per qualsiasi ragione, qualunque sia il numero dei concorrenti, anche al fine di ottenere il travolgimento e la ripetizione della gara stessa. Nella stessa direzione è un altro arresto delle Sezioni Unite che ha ritenuto non condivisibile il principio, espresso dal Consiglio di Stato, secondo il quale il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara di affidamento di appalti pubblici, deve essere esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale alleghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura. Ed infatti, tale principio - il quale, al cospetto di due imprese che sollevano a vicenda la medesima questione, ne sanziona una con l'inammissibilità del ricorso e ne favorisce l'altra con il mantenimento di un'aggiudicazione (in tesi) illegittima - denota una crisi del sistema che, al contrario, proclama di assicurare a tutti la possibilità di provocare l'intervento del giudice per ripristinare la legalità e dare alla vicenda un assetto conforme a quello voluto dalla normativa di riferimento, tanto più che l'aggiudicazione può dare vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo (Sez. Un., 21 giugno 2012, n. 10294).
- **13.-** I resistenti Azienda Usl, In. Va, Synergie e Umana svolgono argomenti difensivi convergenti che possono essere illustrati congiuntamente.
- 13.1.- Essi eccepiscono l'inammissibilità del ricorso che ritengono diretto a denunciare un vizio della impugnata sentenza del Consiglio di Stato incensurabile dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione (e a qualunque altro organo giurisdizionale), perché non riconducibile ad una ipotesi di violazione dei "limiti esterni" della giurisdizione amministrativa e, dunque, non integrante un motivo

"inerente alla giurisdizione", che segna l'ambito delle attribuzioni proprie delle Sezioni Unite in sede di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato. Il motivo in esame riguarderebbe una ipotetica violazione di legge non rientrante tra i motivi di ricorso per cassazione e, dunque, non più rimediabile, come statuito in un caso simile in un più recente arresto delle Sezioni Unite (16 maggio 2019, n. 13243) che ha aderito ad un orientamento espresso da una sentenza della Corte costituzionale (n. 6 del 18 gennaio 2018) successiva ai sopraindicati arresti delle Sezioni Unite del 2015 e 2017 (sub 12).

- **13.2.-** E comunque, ad avviso dei resistenti, il vizio denunciato sarebbe inesistente per le seguenti ragioni.
- a) Essi condividono le argomentazioni esposte dal Consiglio di Stato nella sentenza impugnata e negano l'esistenza di un contrasto con la richiamata giurisprudenza della Corte di giustizia, che assumono non pertinente nella fattispecie in esame, in ragione del fatto che la Randstad era unica ricorrente in giudizio all'esito di una gara cui avevano partecipato anche altri operatori economici che non avevano proposto impugnazione, con la conseguenza che l'aggiudicazione a favore del RTI Synergie-Umana si sarebbe definitivamente consolidata.
- b) I resistenti affermano che il Consiglio di Stato abbia fatto corretta applicazione della giurisprudenza amministrativa, desumibile dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 e n. 9 del 2014, secondo cui un operatore economico che sia stato escluso da una gara per ragioni oggettive (come nella specie, per il mancato raggiungimento del punteggio minimo nella valutazione dell'offerta tecnica o, ad esempio, per l'assenza di requisiti specifici minimi richiesti dal bando o per anomalia dell'offerta) o per ragioni soggettive (ad esempio, per mancanza dei requisiti di moralità, di idoneità professionale, di capacità economica e finanziaria o tecnica), si trova in una posizione assimilabile a quella dell'operatore che non ha mai partecipato alla gara e non ha titolo per proseguire nella stessa, con la conseguenza che non sarebbe legittimato a contestarne l'esito per altre ragioni né a proporre motivi di censura diretti a fare caducare la gara stessa o a provocarne comunque la (possibilità della) riedizione. Ad avviso dei resistenti, si giustifica l'esame prioritario (e la valutazione del Consiglio di Stato di fondatezza) dell'eccezione e del ricorso incidentale dell'aggiudicatario, al fine di fare dichiarare inammissibili le ulteriori censure proposte dal concorrente escluso (ricorrente principale) per contestare l'esito della gara, e dunque l'aggiudicazione stessa, per ragioni inerenti alla invalidità della procedura.
- c) Essi affermano che la citate sentenze della Corte di giustizia (sub paragrafo 12.1) introducono una eccezione nel panorama giuridico nazionale perché danno ingresso ad un concetto di interesse ad agire ipotetico ed astratto (del concorrente escluso ad ottenere l'aggiudicazione all'esito della riedizione della gara), atteso che, soprattutto in presenza di più di due concorrenti, nel caso in cui sia esaminato ed accolto anche il ricorso principale del concorrente escluso

dalla gara, oltre che il ricorso incidentale dell'aggiudicatario diretto ad escludere (o a confermare l'esclusione) dell'altro concorrente, non è detto che la Stazione appaltante si determini a ripetere la gara, soprattutto in presenza di una valida offerta di un terzo partecipante alla gara.

Le disposizioni giuridiche pertinenti del diritto dell'Unione.

- **14.-** Ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 89/665/CE (modificata dalla direttiva 2007/66/CE), rubricato «Ambito di applicazione e accessibilità delle procedure di ricorso»:
- «1. La presente direttiva si applica agli appalti di cui alla direttiva (2004/18), a meno che tali appalti siano esclusi a norma degli articoli da 10 a 18 di tale direttiva.

Gli appalti di cui alla presente direttiva comprendono gli appalti pubblici, gli accordi quadro, le concessioni di lavori pubblici e i sistemi dinamici di acquisizione.

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva (2004/18), le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli artt. da 2 a 2 septies della presente direttiva, sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono (...).

3. Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità dettagliate che gli Stati membri possono determinare, (per lo meno) a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione (...)».

Ai sensi dell'articolo 2 («Requisiti per le procedure di ricorso»), paragrafo 1, della citata direttiva:

«Gli Stati membri provvedono affinché i provvedimenti presi in merito alle procedure di ricorso di cui all'art. 1 prevedano i poteri che consentono di: (...) b) annullare o far annullare le decisioni illegittime (...)».

Il secondo e terzo considerando della direttiva 89/665 sono formulati come segue:

«[C]considerando che i meccanismi attualmente esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire [l'] applicazione [effettiva delle direttive in materia di appalti pubblici] non sempre permettono di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette;

considerando che l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione e che occorre, affinché essa sia seguita da effetti concreti, che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscano tale diritto».

Il terzo considerando della direttiva 2007/66/CE è così formulato:

«(...) le garanzie di trasparenza e di non discriminazione che costituiscono l'obiettivo di tali direttive (in particolare della direttiva 89/665) dovrebbero essere rafforzate per garantire che la Comunità nel suo complesso benefici pienamente degli effetti positivi dovuti alla modernizzazione e alla semplificazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, operate dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE (...)».

Il diciassettesimo considerando della direttiva da ultimo citata recita:

«Una procedura di ricorso dovrebbe essere accessibile almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione». Ai sensi dell'art. 2 («Principi di aggiudicazione degli appalti») della direttiva 2004/18/CE («relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi»):

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

Le disposizioni giuridiche pertinenti del diritto nazionale.

15.- L'art. 111, ottavo comma, della Costituzione italiana recita:

«Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione», mentre contro le sentenze di tutti gli altri organi giurisdizionali il ricorso è ammesso anche per violazione di legge.

L'art. 65, primo comma, del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, sull'Ordinamento giudiziario, recita:

«La Corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura besatta osservanza e buniforme interpretazione della legge, bunità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge».

Analoghe disposizioni si ritrovano nei codici di procedura civile e penale e nel codice del processo amministrativo.

L'art. 360, primo comma, n. 1, cod. proc. civ. recita:

«Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate con ricorso per cassazione: 1) per motivi attinenti alla giurisdizione (...)»;

l'art. 362, primo e secondo comma, cod. proc. civ. recita:

«1. Possono essere impugnate con ricorso per cassazione, nel termine di cui all'art. 325, comma 2, le decisioni in grado d'appello o in unico grado di un giudice speciale, per motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso. 2. Possono essere denunciati in ogni tempo con ricorso per cassazione: 1) i conflitti positivi o negativi di giurisdizione tra giudici speciali, o tra questi e i giudici ordinari; 2) i conflitti negativi di attribuzione tra la pubblica amministrazione e il giudice ordinario»;

l'art. 620, primo comma, lett. c), cod. proc. pen. prevede tra i casi di annullamento della sentenza senza rinvio da parte della Corte di Cassazione quello in cui «il provvedimento impugnato contenga disposizioni che eccedano i poteri della giurisdizione, limitatamente alle medesime»;

l'art. 110 cod. proc. amm. («Motivi di ricorso») recita:

«Il ricorso per cassazione è ammesso contro le sentenze del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione»;

l'art. 91 cod. proc. amm. («Mezzi di impugnazione») stabilisce che «i mezzi di impugnazione delle sentenze (dei giudici amministrativi) sono l'appello, la revocazione, l'opposizione di terzo e il ricorso per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione».

A norma dell'art. 111 cod. proc. amm. («Sospensione della sentenza»), pendendo il ricorso per cassazione, «Il Consiglio di Stato su istanza di parte, in caso di eccezionale gravità ed urgenza, può sospendere gli effetti della sentenza impugnata e disporre le altre opportune misure cautelari».

L'art. 395 («Casi di revocazione») c.p.c. recita:

«Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione: 1) se sono beffetto del dolo di una delle parti in danno delbaltra; 2) se si è giudicato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza; 3) se dopo la sentenza sono stati trovati uno o più documenti decisivi che la parte non aveva potuto

produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario; 4) se la sentenza è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare; 5) se la sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, purché non abbia pronunciato sulla relativa eccezione; 6) se la sentenza è effetto del dolo del giudice, accertato con sentenza passata in giudicato».

16.- L'articolo 1 («Effettività») del codice del processo amministrativo dispone quanto segue:

«1. La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto Europeo»;

L'art. 2 cod. proc. amm. («Giusto processo») dispone, al primo comma, quanto segue:

«Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'art. 111, primo comma, della Costituzione».

L'art. 100 del codice di procedura civile dispone quanto segue:

«Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse».

L'art. 102 cod. proc. amm. («Legittimazione a proporre appello») dispone, al comma 1, quanto segue:

«1. Possono proporre appello le parti fra le quali è stata pronunciata la sentenza di primo grado».

L'art. 112 del codice di procedura civile dispone quanto segue:

«Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti».

L'art. 2697 del codice civile recita:

«Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda».

L'art. 2909 del codice civile ha il seguente tenore:

«L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa».

L'art. 35 codice del processo amministrativo («Pronunce di rito») recita:

«1. Il giudice dichiara, anche d'ufficio, il ricorso: (...) b) inammissibile quando è carente l'interesse o sussistono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito».

L'art. 42 cod. proc. amm. («ricorso incidentale e domanda riconvenzionale»), al primo comma , recita:

«1. Le parti resistenti e i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale (...)».

Prima questione pregiudiziale. Premessa.

- 17.- Se fosse fondata l'eccezione, sollevata dai resistenti, di inammissibilità del ricorso per cassazione per le ragioni illustrate (sub paragrafo 13.1), la causa potrebbe definirsi in rito, in ragione della asserita estraneità del motivo di ricorso formulato da Randstad alla tipologia dei motivi di ricorso proponibili per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato. I resistenti sostengono che quello proposto non sarebbe configurabile come motivo «inerente alla giurisdizione» ma, in ipotesi, come una ordinaria ipotesi di violazione di legge non censurabile con ricorso per cassazione, a prescindere e indipendentemente dalla tipologia e gravità della violazione denunciata.
- 18.- In questa prospettiva, non sarebbe rilevante accertare l'esistenza del denunciato contrasto della sentenza impugnata con i precedenti della Corte di giustizia, né acquisire preliminarmente l'esatta interpretazione delle norme del diritto dell'Unione pertinenti nella fattispecie mediante lo strumento del rinvio pregiudiziale, a norma dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, visto che comunque l'eventuale violazione del diritto dell'Unione imputabile al Consiglio di Stato non sarebbe censurabile con ricorso per cassazione.
- 19.- Questa prospettiva, che avrebbe l'effetto di fare consolidare una grave violazione del diritto dell'Unione in un momento in cui essa è ancora rimediabile, non è condivisibile. Ad avviso del Collegio, la violazione denunciata da Randstad è configurabile come questione inerente alla giurisdizione e, dunque, censurabile come motivo di ricorso per cassazione.
- **20.-** Tuttavia, la possibilità di giudicare ammissibile il ricorso di Randstad e dare corso all'esame nel merito dello stesso è ostacolata da una prassi interpretativa

nazionale, che ha preso le mosse da una sentenza della Corte costituzionale (n. 6 del 2018) la quale si è espressa in senso opposto. Seguendo tale sentenza, il ricorso in esame dovrebbe essere dichiarato inammissibile, a prescindere da ogni valutazione circa la esistenza del denunciato contrasto della sentenza impugnata con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea.

21.- La compatibilità del suddetto orientamento con il diritto dell'Unione, e dunque la sua vincolatività per le Sezioni Unite, è dubbia e ciò induce a chiedere, in via pregiudiziale, l'intervento interpretativo della Corte di giustizia.

Il sindacato delle Sezioni Unite sulle sentenze del Consiglio prima della sentenza della Corte costituzionale del 2018.

- 22.- Sebbene il Consiglio di Stato sia configurato nell'art. 6, primo comma, cod. proc. amm. come «organo di ultimo grado della giurisdizione amministrativa», avverso le relative sentenze l'ordinamento nazionale ammette il ricorso per cassazione alle Sezioni Unite (le cui radici risalgono alla legge 31 marzo 1877, n. 3761), ma lo limita ai soli motivi inerenti alla giurisdizione, diversamente da quanto previsto per le impugnazioni delle sentenze dei giudici ordinari e degli altri giudici speciali che sono ammesse per qualunque violazione di legge. Nel diritto nazionale le Sezioni Unite vigilano sul «rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni» (articolo 65 del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, sull'Ordinamento giudiziario).
- 23.- Nella giurisprudenza delle Sezioni Unite è da molto tempo acquisito e applicato il principio secondo cui i motivi inerenti alla giurisdizione corrispondono, non solo, alle ipotesi in cui il giudice amministrativo si sia pronunciato su una controversia o materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale (cosiddetto difetto relativo di giurisdizione), ovvero abbia negato di esercitare la giurisdizione sull'erroneo presupposto che essa appartenga ad altri giudici o non possa formare oggetto di cognizione giurisdizionale, ma anche alle ipotesi del cosiddetto difetto assoluto di giurisdizione che si verifica quando il giudice amministrativo, pur avendo la giurisdizione su una determinata controversia, emetta una decisione finale che invada le attribuzioni di altri organi giurisdizionali o del legislatore (quando eserciti un'attività di produzione normativa che non gli compete) o della pubblica amministrazione, quando compia valutazioni di opportunità e convenienza dell'atto amministrativo (tra le tante, Cass., Sez. Un., 19 settembre 2019, n. 22784; 12 dicembre 2012, n. 22784; 29 aprile 2005, n. 8882; 15 marzo 1999, n. 137; 18 maggio 1965, n. 964; 17 aprile 1963, n. 948; 14 marzo 1959, n. 760; 22 gennaio 1924, Sessi c. Malvezzi; 23 febbraio 1924, Mutua Marittima Naz. C. Ministero della Marina). Le sentenze del Consiglio di Stato sono sindacabili per difetto di giurisdizione anche nei casi più gravi di irregolare costituzione dell'organo giudicante (Cass., Sez. Un., 26 luglio 2011, n. 16246), sulla base di un orientamento risalente nel tempo (Cass., Sez. Un., 11

ottobre 1952, n. 3008).

23.1.- Alla luce di una nozione evolutiva del concetto di giurisdizione e della conseguente mutazione della nozione (e del giudizio) sulla giurisdizione - la cui interpretazione è riservata alle Sezioni Unite (art. 111, ottavo comma, della Costituzione) - nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento, si è ritenuto che è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Rientra pertanto nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111, ottavo comma, della Costituzione, la eroghi concretamente. Le Sezioni Unite, in fattispecie relative a domande di risarcimento del danno causato dall'esercizio illegittimo della funzione pubblica, hanno ritenuto che la tutela risarcitoria anche autonomamente proposta, a prescindere dal pregiudiziale annullamento del provvedimento amministrativo lesivo illegittimo, costituisce una misura minima e necessaria di tutela dell'interesse sostanziale dedotto dal privato, con la conseguenza che il giudice amministrativo rifiuta di esercitare la giurisdizione, e la sua decisione si presta a cassazione, se l'esame del merito della domanda autonoma di risarcimento del danno sia rifiutato dal Consiglio di Stato per la ragione che nel termine per ciò stabilito non siano stati chiesti l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei suoi effetti (Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254 e 13 giugno 2006, n. 13659). Si è ritenuto ammissibile il sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato, per motivi inerenti alla giurisdizione, nei casi di radicale stravolgimento delle norme di rito, tali da implicare un evidente diniego di giustizia e un eccesso di potere giurisdizionale (Cass., Sez. Un., 17 gennaio 2017, n. 964; 12 ottobre 2015, n. 20413; 30 ottobre 2013, n. 24468; 14 settembre 2012, n. 15428).

24.- Sulla base di queste coordinate, le Sezioni Unite hanno giudicato ammissibili e accolto i ricorsi, in diverse materie, avverso sentenze con le quali il Consiglio di Stato, pur avendo la giurisdizione nella controversia, in concreto aveva esercitato poteri giurisdizionali di cui era sfornito, in tal modo superando i limiti esterni della propria giurisdizione. A titolo esemplificativo, possono menzionarsi, negli ultimi anni, precedenti relativi a controversie in materie concernenti sia il diritto dell'Unione Europea (Cass., Sez. Un., 6 febbraio 2015, n. 2242 e 29 dicembre 2017, n. 31226), sia il diritto nazionale, come nei casi di indebita invasione delle attribuzioni di organi di rilevanza costituzionale (Cass., Sez. Un., 9 novembre 2011, n. 23302 e 5 ottobre 2015, n. 19787), del giudice ordinario (Cass., Sez. Un., 27 dicembre 2011, n. 28812 e 14 dicembre 2016, n. 25625), di autorità amministrative (Cass., Sez. Un., 1 febbraio 2016, n. 1836 e 17 febbraio 2012, n. 2312, quest'ultima in tema di indebita sostituzione del giudice amministrativo

nel compimento di valutazioni discrezionali proprie dell'autorità aggiudicatrice di appalti pubblici) e nei casi di esercizio da parte del Consiglio di Stato di poteri di cognizione estesa al merito anziché limitata ai soli profili di legittimità (Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2001, n. 15978).

- 25.- Con riferimento alle controversie inerenti al diritto dell'Unione Europea, con la sentenza n. 2242 del 2015, le Sezioni Unite hanno cassato la sentenza impugnata del Consiglio di Stato che, avendo esaminato prioritariamente il ricorso incidentale dell'aggiudicataria deducente la presenza di cause ostative alla partecipazione alla gara del concorrente escluso (ricorrente principale), aveva omesso di esaminare le censure di quest'ultimo dirette a contestare la propria esclusione e l'aggiudicazione all'impresa concorrente, in contrasto con i principi enunciati dalla Corte di giustizia UE 4 luglio 2013, C-100/12 (Fastweb). Analogamente, con la sentenza n. 31226 del 2017, le Sezioni Unite hanno cassato la sentenza del Consiglio di Stato che, in accoglimento del ricorso incidentale dell'aggiudicatario, aveva dichiarato improcedibili i motivi aggiunti al ricorso principale con cui il concorrente escluso contestava l'ammissione alla gara dell'aggiudicatario (secondo il Consiglio di Stato l'interesse finale alla ripetizione della gara per effetto dell'esclusione di entrambi i concorrenti non trovava corrispondenza in un dovere giuridico della stazione appaltante). Le Sezioni Unite, rilevando il contrasto del suddetto orientamento con la giurisprudenza della Corte di giustizia (anche con la sentenza 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica), hanno osservato che «basta la mera eventualità del rinnovo della gara a radicare l'interesse del ricorrente a contestare l'aggiudicazione».
- 26.- L'orientamento consolidato delle Sezioni Unite (sino alla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 di cui si dirà) era nel senso che, in sede di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo dei limiti esterni della giurisdizione - che l'art. 111, ottavo comma, Cost., affida alla vigilanza della Corte di cassazione - non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare meri errori «in iudicando» o «in procedendo», «salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tali da ridondare in denegata giustizia, ed in particolare, salvo il caso, tra questi, di errore "in procedendo" costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione Europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia» (in tal senso Sez. Un., n. 31226 del 2017 citata; in senso conforme, Sez. Un.; 18 dicembre 2017, n. 30301; 17 gennaio 2017, n. 953; 8 luglio 2016, n. 14042; 29 febbraio 2016, n. 3915; n. 2242 del 2015 citata).
- **27.** Anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (9 giugno 2016, n. 11) aveva evidenziato «come sia già (...) presente nel nostro ordinamento il principio

che impone al giudice nazionale di adoperarsi per evitare la formazione (o la progressiva formazione) di un giudicato anticomunitario o, più in generale, contrastante con norme di rango sovranazionali cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione. Come, infatti, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno anche recentemente ribadito, l'interpretazione da parte del giudice amministrativo di una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione Europea, secondo quanto risultante da una pronunzia della Corte di giustizia successivamente intervenuta, dà luogo alla violazione di un "limite esterno" della giurisdizione, rientrando in uno di quei "casi estremi" in cui il giudice adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per "errores in iudicando" o "in procedendo" che danno luogo al superamento del limite esterno (...). In questi "casi estremi" (...) si impone la Cassazione della sentenza amministrativa "indispensabile per impedire che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo ed efficace, esplichi i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, con grave nocumento per l'ordinamento Europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi dello Stato deve conformarsi alla normativa comunitaria"».

L'orientamento giurisprudenziale successivo alla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018.

- **28.**-Tuttavia, come si è detto, in senso contrario all'orientamento giurisprudenziale fino ad allora seguito dalle Sezioni Unite, è intervenuta la sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018, la quale ha ritenuto che «l'intervento delle sezioni unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno (quindi non) può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della Cedu (...) (non potendo essere ricondotto) al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata) (come quella derivante dalla violazione del diritto dell'Unione Europea)». Ad avviso della sentenza da ultimo citata, la violazione da parte del Consiglio di Stato del diritto dell'Unione Europea, come interpretato dalla Corte di giustizia, integrerebbe una semplice violazione di legge, incensurabile con lo strumento del ricorso per cassazione, così come nei «casi estremi in cui il giudice amministrativo adotta una decisione anomala o abnorme».
- **29.-** La suddetta presa di posizione della Corte costituzionale è stata ritenuta vincolante e recepita nella giurisprudenza successiva delle Sezioni Unite, nella quale non è più presente (anzi è espressamente escluso) il riferimento alla "ipotesi estrema" del contrasto con sentenze della Corte di giustizia come ipotesi di ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione (in tal senso, Cass., Sez. Un., 6 marzo 2020, n. 6460; 11 novembre 2019, n. 29085; 17 dicembre 2018, n. 32622; 19 dicembre 2018, n. 32773).
- 30.- Le Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 16 maggio 2019, n. 13243), in una

fattispecie disciplinata dal diritto dell'Unione concernente l'aggiudicazione di una gara di appalto pubblico, hanno dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione del concorrente escluso avverso la sentenza con cui il Consiglio di Stato aveva confermato la decisione di primo grado che aveva prioritariamente esaminato e accolto il ricorso incidentale (cosiddetto «escludente») con cui l'aggiudicatario deduceva profili di illegittimità dell'ammissione alla gara del ricorrente principale. In tal modo, le Sezioni Unite hanno affermato la necessità di «rimeditare la questione» e di superare i propri precedenti del 2015 (n. 2242) e 2017 (n. 31226), affermando che «non può dubitarsi della pregnanza e della vincolante rilevanza della richiamata sentenza della Corte costituzionale (n. 6 del 2018) che, identificando gli ambiti dei poteri attribuiti alle differenti giurisdizioni dalla Costituzione, nonché i presupposti e i limiti del ricorso ex art. 111 Costituzione, comma 8, ha pronunciato in merito a una questione che involge l'interpretazione di norme costituzionali e l'identificazione dei confini tra poteri da queste stabiliti, esercitando la funzione propria di interprete ultimo delle norme costituzionali. In considerazione di quanto sopra evidenziato, deve ritenersi che il vizio denunciato nella decisione del Consiglio di Stato non possa essere ricondotto ad una ipotesi di violazione dei limiti esterni della giurisdizione, con conseguente inammissibilità del ricorso».

31.- Di conseguenza, la violazione del diritto dell'Unione Europea da parte dei giudici amministrativi è (o si afferma essere) irrimediabile nell'ordinamento nazionale, se non in via indiretta e succedanea mediante il risarcimento del danno per responsabilità dello Stato, con la conseguenza che non vi sarebbero rimedi idonei ad evitare il consolidarsi degli effetti della violazione stessa e a dare attuazione diretta agli interessi giuridici tutelati dal diritto dell'Unione.

I dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione e le motivazioni del rinvio sulla prima questione pregiudiziale.

32.- L'orientamento sopra illustrato (sub paragrafi 24-27), in base al quale le Sezioni Unite ritenevano ammissibile il ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione avverso le sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con il diritto dell'Unione, era fondato sulla decisiva considerazione che il giudice nazionale che faccia applicazione di normative nazionali (sostanziali o processuali) o di interpretazioni elaborate in ambito nazionale che risultino incompatibili con disposizioni del diritto dell'Unione applicabili nella controversia, come interpretate dalla Corte di giustizia (nella specie, con le sentenze 5 settembre 2019, C-333/18; 5 aprile 2016, C-689/13; 4 luglio 2013, C- 100/12), esercita un potere giurisdizionale di cui è radicalmente privo, ravvisandosi un caso tipico di difetto assoluto di giurisdizione - per avere compiuto un'attività di diretta produzione normativa non consentita nemmeno al legislatore nazionale - censurabile per cassazione con motivo inerente alla giurisdizione, a prescindere dall'essere la sentenza della Corte di giustizia precedente o successiva alla sentenza

amministrativa impugnata nel giudizio di cassazione. Diversamente dalla sentenza affetta da semplice violazione di legge in fattispecie regolate dal diritto nazionale, ove la erronea interpretazione o applicazione della legge è, di regola (tranne in casi eccezionali), pur sempre riferibile a un organo giurisdizionale che è emanazione della sovranità dello Stato, nelle controversie disciplinate dal diritto dell'Unione lo Stato ha rinunciato all'esercizio della sovranità, la quale è esercitata dall'Unione tramite i giudici nazionali, il cui potere giurisdizionale esiste esclusivamente in funzione dell'applicazione del diritto dell'Unione.

- 33.- Ed infatti, «il Trattato CEE, benché sia stato concluso in forma d'accordo internazionale, costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto. Come risulta dalla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, i Trattati comunitari hanno instaurato un ordinamento giuridico di nuovo genere, a favore del quale gli Stati hanno rinunziato, in settori sempre più ampi, ai loro poteri sovrani e che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini (v., in particolare, sentenza 5 febbraio 1963, Van Gend & Loos, C-26/62, Racc. pag. 1). Le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario così istituito sono, in particolare, la sua preminenza sui diritti degli Stati membri e l'efficacia diretta di tutta una serie di norme che si applicano ai cittadini di tali Stati nonché agli Stati stessi» (Corte di giustizia, 14 dicembre 1991, Parere n. 1/91, p. 21; 3 aprile 1968, C-28-67, Westfalen/Lippe GmbH; 15 luglio 1964, C-6/64, Costa; secondo quest'ultima «il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile con sistema della Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia»).
- **34.-** Il richiamato orientamento delle Sezioni Unite (sub paragrafi 24-27) che aveva interpretato le pertinenti disposizioni processuali nazionali nel senso di ritenere inerenti alla giurisdizione e dunque ammissibili, come motivi di ricorso per cassazione, le censure proposte per porre rimedio alle violazioni del diritto dell'Unione imputabili a sentenze del Consiglio di Stato in contrasto con pronunce della Corte di giustizia interpretative del diritto dell'Unione era determinato dalla necessità di dare attuazione alle «(...) statuizioni della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (che) hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni (sentenze n. 389 del 1989 e n. 113 del 1985)» (in tal senso, Corte costituzionale, 13 luglio 2007, n. 284) ed obbligano gli Stati membri ad adottare tutte le misure idonee ad adeguare il proprio ordinamento alle norme del diritto dell'Unione.
- **35.-** A venire in rilievo è l'obbligo degli Stati di dare leale attuazione al principio secondo cui il giudice nazionale «è vincolato, ai fini della soluzione

della controversia principale, dall'interpretazione (...) fornita dalla Corte e deve eventualmente discostarsi dalle valutazioni dell'organo giudiziario di grado superiore qualora esso ritenga (...) che queste ultime non siano conformi al diritto dell'Unione» (Corte di giustizia, Grande Sezione, 5 ottobre 2010, C-173/09, Elchinov, p. 30; Grande Sezione, 5 luglio 2016, C-614/14, Atanas Ognyano, p. 28; 5 aprile 2016, Puligienica, C-689/13, p. 38). Quest'ultima decisione ha precisato che «l'effetto utile dell'art. 267 TFUE sarebbe attenuato se al giudice nazionale fosse impedito di applicare, immediatamente, il diritto dell'Unione in modo conforme ad una pronuncia o alla giurisprudenza della Corte (v., in tal senso, sentenza Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49, punto 20)" (Corte di giustizia, 5 aprile 2016, Puligienica, p. 39-40).

36.- L'esigenza di scongiurare il consolidamento di una violazione del diritto comunitario da parte del Consiglio di Stato tramite lo strumento del ricorso per cassazione è ineludibile fintanto che ciò sia possibile, come accade quando il giudicato non si sia ancora formato, essendo pendente il giudizio di impugnazione della sentenza amministrativa cui sia imputata quella violazione (le sentenze del Consiglio di Stato acquistano forza di giudicato dopo la scadenza dei termini di impugnazione fissati nell'art. 92 cod. proc. amm. o all'esito dell'infruttuoso esperimento del ricorso per cassazione). Ed infatti, la direttiva 89/665 «è intesa a rafforzare i meccanismi esistenti sia sul piano nazionale sia sul piano dell'Unione, per garantire l'applicazione effettiva delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette (Corte di giustizia, 5 aprile 2017, Marina del Mediterraneo e a., C-391/15, p. 30)» (Corte di giustizia, 5 settembre 2019 cit., Lombardi, p. 21). Altrimenti verrebbe eluso l'obbligo, imposto agli Stati membri dall'articolo 1, terzo comma, stessa direttiva, di garantire che «le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile».

37.- Il ricorso per cassazione costituisce l'unico strumento per reagire a violazione del diritto dell'Unione imputabili a sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con sentenze della Corte di giustizia (precedenti o successive). La Corte costituzionale, nella sentenza n. 6 del 2018, riconosce che «specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, il problema indubbiamente esiste», ma osserva che «deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione (quindi, di quella amministrativa per le sentenze dei giudici amministrativi), eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'articolo 395 cod. proc. civ.». Tale rimedio, tuttavia, non è previsto dal legislatore nazionale come strumento ordinario per porre rimedio alle violazioni del diritto dell'Unione che siano addebitate agli organi giurisdizionali. La stessa Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni normative pertinenti nella parte in cui non prevedono tra i casi di revocazione quello in cui essa si renda necessaria per consentire il riesame del

merito della sentenza impugnata per la necessità di uniformarsi alle statuizioni vincolanti rese, in quel caso, dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo (Corte Cost. 27 aprile 2018, n. 93); in altra decisione, ha dichiarato inammissibile una analoga questione sollevata dai giudici amministrativi (Corte Cost. 2 febbraio 2018, n. 19). Tale rimedio, comunque, non sarebbe agevolmente praticabile per i limiti strutturali dell'istituto della revocazione (sub paragrafo 15, in relazione all'art. 395 c.p.c.) e, specialmente, quando le sentenze delle Corte sovranazionali siano precedenti alla sentenza impugnata. È comunque dubbio che esso sia idoneo a paralizzare l'ammissibilità del ricorso per cassazione, non potendosi escludere che anche la sentenza emessa ipoteticamente in sede di revocazione possa incorrere in violazione dei limiti della giurisdizione.

- 38.- L'orientamento giurisprudenziale formatosi sulla scia della sentenza della Corte costituzionale del 2018, che preclude alle Sezioni Unite di esaminare nel merito i ricorsi denuncianti il contrasto delle sentenze del Consiglio di Stato con il diritto dell'Unione, determina il consolidamento della violazione di tale diritto ed espone lo Stato (e gli organi giurisdizionali) a responsabilità. Ciò in contrasto con il principio secondo cui «Nel consentire agli Stati membri di trarre vantaggio dalla Comunità, il Trattato impone loro l'obbligo di osservarne le norme. Il fatto che uno Stato, in considerazione dei propri interessi nazionali, rompa unilateralmente l'equilibrio tra i vantaggi e gli oneri derivanti dalla sua appartenenza alla Comunità, lede l'uguaglianza degli Stati membri dinanzi al diritto comunitario e determina discriminazioni a carico dei loro cittadini, in primissimo luogo di quelli dello Stato che trasgredisce le norme comunitarie» (Corte di giustizia, 7 febbraio 1973, C-39/72, Commissione europea c. Repubblica italiana, p. 24).
- **39.-** Il riferimento al principio di «autonomia procedurale» degli Stati membri, in base al quale è rimessa ai singoli Stati l'individuazione degli strumenti processuali per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall'Unione, lungi da fugare, in realtà, alimenta il dubbio di compatibilità con il diritto dell'Unione, che deve essere sciolto dalla Corte di giustizia.
- **40.-** Ed infatti, se è vero che «conformemente alla giurisprudenza costante della Corte (di giustizia), in mancanza di norme dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità processuali dei ricorsi giurisdizionali destinati a garantire la salvaguardia dei diritti dei soggetti dell'ordinamento, in forza del principio di autonomia procedurale», ciò vale tuttavia alla duplice condizione «che (tali modalità) non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività) (sentenza del 17 marzo 2016, Bensada Benallal, C-161/15, punto 24 e giurisprudenza ivi citata). Ne consegue che le

due condizioni cumulative, vale a dire il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, devono essere rispettate affinché uno Stato membro possa far valere il principio dell'autonomia processuale nei casi disciplinati dal diritto dell'Unione (sentenza del 17 marzo 2016, Bensada Benallal (...), punto 25» (Corte di giustizia, 15 marzo 2017, C-3/16, p. 48-49).

- **41.-** La Corte ha precisato che «per quanto riguarda il principio di equivalenza, si deve ricordare che esso richiede che la complessiva disciplina dei ricorsi si applichi indistintamente ai ricorsi fondati sulla violazione del diritto dell'Unione e a quelli simili fondati sulla violazione del diritto interno [seguono richiami di giurisprudenza]» (tra le tante, Corte di giustizia, 15 marzo 2017, C-3/16, Lucio Cesare Aquino, p. 50).
- 41.1.- Invero, non sembra conforme al principio di equivalenza la prassi giurisprudenziale di cui si discute, la quale, nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto nazionale, ammette il ricorso per cassazione per difetto di potere giurisdizionale avverso le sentenze del Consiglio di Stato, cui si imputi di avere svolto un'attività di produzione normativa invasiva delle attribuzioni del legislatore, mentre, nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto dell'Unione, dichiara pregiudizialmente inammissibili i ricorsi per cassazione volti a denunciare il difetto di potere giurisdizionale del giudice che, elaborando ed applicando regole processuali di diritto nazionale, esserciti poteri di produzione normativa preclusi allo stesso legislatore nazionale, essendo esclusivamente riservati al legislatore comunitario sotto il controllo della Corte di giustizia.
- **41.2.** La suddetta prassi giurisprudenziale non sembra in linea con il principio dell'interpretazione conforme del diritto nazionale, imposto dal diritto dell'Unione, il quale «esige che il giudice nazionale prenda in considerazione tutto il diritto nazionale per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non sfociare in un risultato contrario a quello cui mira la direttiva in questione (seguono richiami di giurisprudenza)» (Corte di giustizia, 15 settembre 2011, C-53/10, Land Hessen, p. 33). La «esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è insita nel sistema del Trattato FUE, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze, la piena efficacia del diritto dell'Unione quando risolve la controversia di cui è investito (sentenza del 5 ottobre 2004, Pfeiffer e a., da C-397/01 a C403/01, EU:C:2004:584, punto 114)» (Corte di giustizia, 26 ottobre 2016, C-611-14, Canal Digital Danmark A/S, p. 33). In una fattispecie come quella in esame, il ricorso per cassazione sarebbe (e fino alla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 è stato ritenuto) ammissibile anche in base al diritto nazionale, sotto il profilo del difetto o eccesso di potere giurisdizionale del giudice che abbia esercitato poteri giurisdizionali di cui è privo (per le ragioni indicate sub paragrafo 32), quando ha (o si sostiene che abbia) applicato regole processuali contrastanti con sentenze della Corte di giustizia, quindi incompatibili con il diritto dell'Unione.

- 42.- «Dall'altro lato, per quanto riguarda il principio di effettività, una norma di procedura nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, non deve essere tale da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (sentenza del 20 ottobre 2016, Danqua, C-429/15, punto 29), (...) tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento e dello svolgimento e delle peculiarità di quest'ultimo dinanzi ai diversi giudici nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio di certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento (sentenza del 21 febbraio 2008, Tele2 Telecomunicazioni, C-426-05, punto 55)" (Corte di giustizia, 15 marzo 2017, C-3/16, Lucio Cesare Aquino, p. 52-53). Una rilevante declinazione del principio di effettività trova specifico riconoscimento negli artt. 19, par. 1, comma 2, TUE e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, i quali impongono agli Stati membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare ai singoli una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione (ad esempio, Corte di giustizia, 4 giugno 2013, C-300/11, ZZ, p. 55, 57, 65). Nell'ordinamento nazionale la "tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto Europeo» costituisce obiettivo proclamato anche nel codice del processo amministrativo (articolo 1).
- **43.-** La prassi giurisprudenziale che ritiene inammissibile il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, in una fattispecie come quella in esame, sembra non corrispondente nemmeno al principio di effettività della tutela giurisdizionale, da valutare non in astratto ma in concreto, in relazione al procedimento di formazione della decisione giurisdizionale.
- 43.1.- Con riguardo al rispetto dei diritti della difesa e del regolare svolgimento del procedimento, la Corte di giustizia ha chiarito che gli Stati membri non possono fare valere il principio di autonomia procedurale nella conformazione degli istituti processuali in una fattispecie concernente la domanda di tutela proposta dai partecipanti ad una gara di appalto, in relazione alla quale «risulta dall'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 89/665, come interpretato dalla Corte, che un offerente che abbia proposto un ricorso come quello di cui al procedimento principale non può, sulla base di norme o prassi procedurali nazionali, quali quelle descritte dal giudice del rinvio, essere privato del suo diritto all'esame nel merito di tale ricorso» (sentenza 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi, p. 33).
- **43.2.** Analogo dubbio può essere avanzato con riguardo ai principi di certezza del diritto e di affidamento dei cittadini, se si considera che analoghi ricorsi per cassazione, in controversie similari aventi ad oggetto l'impugnazione degli atti di esclusione e aggiudicazione di gare di appalto disciplinate dal diritto dell'Unione, sono stati dichiarati ammissibili e accolti quando decisi dalle Sezioni Unite prima

del 18 gennaio 2018 (data della sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018), mentre sono stati dichiarati inammissibili quando decisi dopo tale data (v. Cass., Sez. Un., n. 13243 del 2019), pur se presentati in epoca precedente, senza che la diversità di esito sia stata determinata da modifiche normative introdotte da legislatore dell'Unione Europea o da sentenze della Corte di giustizia sopravvenute.

- 44.- I limiti alla autonomia procedurale degli Stati (in relazione ai principi di equivalenza ed effettività) non subiscono deroghe in considerazione della natura amministrativa della materia (riguardante l'aggiudicazione degli appalti), tanto più che, nell'originale sistema giurisdizionale italiano, la materia amministrativa non è «riservata» ai giudici amministrativi ma è ripartita tra questi ultimi e i giudici ordinari, spesso sulla base di scelte del legislatore ordinario discrezionali e variabili nel tempo, che producono esse l'effetto di fare radicare la giurisdizione amministrativa e limitare il sindacato della Corte di cassazione ai motivi di ricorso inerenti alla giurisdizione (come accade per le sentenze del Consiglio di Stato, diversamente da quanto previsto per le sentenze degli altri organi giurisdizionali). La nozione di giurisdizione è tuttavia sufficientemente ampia da fare ritenere a queste Sezioni Unite - le quali vigilano sul «rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni» (articolo 65 del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, sull'Ordinamento giudiziario) - che il ricorso per cassazione costituisca l'estremo rimedio apprestato dall'ordinamento nazionale per evitare la formazione di qualunque giudicato contrario al diritto dell'Unione.
- 45.- Infine non sembra che possa assumere rilievo determinante la natura costituzionale della disposizione (art. 111, ottavo comma, della Costituzione), la cui interpretazione da parte della Corte costituzionale italiana (con sentenza n. 6 del 2018) ha determinato la prassi giurisprudenziale che è oggetto della questione pregiudiziale in esame. «È infatti inammissibile che norme di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, possano menomare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza 17 dicembre 1970, causa 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, punto 3)» (Corte di giustizia, 8 settembre 2010, C-409/06, Winner Wetten GmbH, p. 61; anche 17 dicembre 1980, C-149/79, Commissione c. Belgio, p. 19; 17 ottobre 1989, C-97/87, 98/87 e 99/87, Dow Chemical Iberica SA, p. 38). All'applicazione del diritto comunitario non è di ostacolo l'esistenza di disposizioni nazionali contrastanti, anche se conformi a (o esecutive di) principi costituzionali (Corte di giustizia, 11 gennaio 2000, C-285/98, Tanja Kreil, p. 12). Secondo giurisprudenza costante, il giudice nazionale è tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione, disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni (e le prassi interpretative) nazionali contrastanti, «senza che ne debba chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale [seguono richiami di giurisprudenza]» (Corte di giustizia, Grande Sezione, 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco, p. 49; tra le tante, sentenze 4 maggio 2006, C-23/03, C-52/03, C-133/03, C-337/03 e C473/03, Michel Mulliez e a, p. 38; 19 gennaio 2010, C-555/07, Seda Ktictikdeveci, p. 54).

46.- Quesito sulla prima questione pregiudiziale.

Il primo quesito rivolto alla Corte di giustizia è il seguente:

Se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, del TUE e 2, paragrafi 1 e 2, e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli articoli 111, ottavo comma, della Costituzione, 360, primo comma, n. 1, e 362, primo comma, del codice di procedura civile e 110 codice del processo amministrativo - nella parte in cui tali disposizioni ammettono il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per «motivi inerenti alla giurisdizione» - quale si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione, sotto il profilo del cosiddetto «difetto di potere giurisdizionale», non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione Europea (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) nei quali gli Stati membri hanno rinunciato ad esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto, con l'effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere corrette tramite il predetto rimedio e di pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, in contrasto con l'esigenza che tale diritto riceva piena e sollecita attuazione da parte di ogni giudice, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione da parte della Corte di giustizia, tenuto conto dei limiti alla «autonomia procedurale» degli Stati membri nella conformazione degli istituti processuali.

Seconda questione pregiudiziale. Premessa.

- 47.- Ritenendo ammissibile il ricorso per cassazione, si imporrebbe la valutazione della compatibilità della sentenza impugnata del Consiglio di Stato con il diritto dell'Unione sulla questione concernente la legittimazione del concorrente escluso a contestare la propria esclusione mediante la critica dell'aggiudicazione della gara ad un altro concorrente, sulla base di censure dirette al travolgimento e alla ripetizione della procedura di gara.
- **48.-** Tale questione, secondo la tesi della ricorrente Randstad, dovrebbe essere risolta facendo applicazione dell'orientamento espresso dalla Corte di giustizia nei tre precedenti citati (sub paragrafi 12.1, 25, 36, 43.1) su rinvii pregiudiziali disposti da giudici amministrativi italiani.
- **49.-** Permane, tuttavia, incertezza circa la possibilità di offrire alla questione controversa una soluzione analoga a quella espressa nei precedenti richiamati, in considerazione del fatto che, nella fattispecie in esame, non è messa in discussione

la legittimità dell'ammissione (cioè il possesso dei requisiti di partecipazione) alla gara del concorrente escluso nè dell'aggiudicatario (come invece nei casi esaminati nelle sentenze 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi, p. 8-9 e 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica, p. 13-14). Il ricorrente principale, pur avendo contestato (infondatamente secondo la valutazione operata dai giudici amministrativi in primo grado e in appello) la valutazione della propria offerta tecnica (sulla base dei criteri di valutazione indicati nel disciplinare di gara), cui è conseguito il mancato superamento della "soglia di sbarramento", ha proposto ulteriori motivi di impugnazione - concernenti i criteri di valutazione delle offerte, la nomina e composizione della commissione di gara e la mancata suddivisione della gara in lotti - che contestavano in radice le operazioni e l'esito della gara, al fine di provocare il travolgimento e la ripetizione della stessa, motivi giudicati inammissibili dal Consiglio di Stato, in accoglimento in via prioritaria dell'eccezione di inammissibilità (e del ricorso incidentale) dell'aggiudicatario basati sul difetto di interesse del ricorrente principale a coltivare l'impugnativa.

50.- Sulla suddetta questione il Collegio ritiene necessario interpellare la Corte di giustizia mediante rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE. Tuttavia, l'attuale orientamento delle Sezioni Unite è nel senso di escludere sia la censurabilità mediante ricorso per cassazione (per motivi inerenti alla giurisdizione) dell'omissione immotivata del rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato in materie disciplinate dal diritto dell'Unione (Cass., Sez. Un., n. 29391 del 15 novembre 2018; n. 30301 del 17 dicembre 2017; n. 32622 del 18 dicembre 2018; n. 25629 del 14 dicembre 2016; n. 2403 del 4 febbraio 2014), sia la stessa possibilità per le Sezioni Unite, dinanzi alle quali sia stata impugnata la decisione del Consiglio di Stato, di operare il rinvio pregiudiziale (Cass., Sez. Un., n. 6460 del 6 marzo 2020; n. 14042 dell'8 luglio 2016). Questo orientamento suscita dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione che ne mette in discussione la vincolatività per queste Sezioni Unite e che si chiede alla Corte di giustizia di sciogliere.

I dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione e le motivazioni del rinvio sulla seconda questione pregiudiziale.

51.- Preliminarmente si osserva che, ritenendo ammissibile il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione avverso sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con pronunce della Corte di giustizia, sarebbe poco coerente un orientamento che contestualmente affermasse l'inammissibilità del ricorso per cassazione volto a censurare l'omissione immotivata del rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio o a sollecitare le Sezioni Unite ad utilizzare lo strumento di cui all'art. 267 TFUE, che è necessario e insostituibile per fare emergere il contrasto della sentenza amministrativa impugnata con il diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte di giustizia.

- **52.-** La tesi secondo cui l'unico rimedio praticabile in caso di violazione del diritto dell'Unione sarebbe quello del risarcimento del danno per responsabilità dello Stato (v. sub paragrafo 31) non sembra condivisibile, trattandosi di un rimedio indiretto e succedaneo, nonché sottoposto a rigide condizioni (Corte di giustizia, 30 settembre 2003, C-224/01, Kobler; 13 giugno 2006, C-173/03, Traghetti del Mediterraneo spa; 24 novembre 2011, C-379/10, Commissione c. Repubblica italiana).
- 53.- In ogni caso, il fatto che per reagire ad una violazione dell'obbligo di rinvio si debba ricorrere ai principi dell'illecito comunitario dimostra che la violazione stessa, in quanto tale, resta priva di un rimedio che consenta di evitare che il giudice di ultima istanza, sottraendosi all'obbligo di rinvio, impedisca di fatto, in primo luogo, alla Corte di giustizia di svolgere il ruolo di interprete autentico del diritto dell'Unione ad essa affidato dal Trattato istitutivo e, in secondo luogo, alle Sezioni Unite di esercitare la funzione di garanzia, che le è affidata nell'ordinamento nazionale, inerente al rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni (art. 65 dell'Ordinamento giudiziario, cit.), tanto più, come si è detto (sub paragrafi 27 e 36), in un momento in cui è ancora possibile evitare la formazione del giudicato contrastante con il diritto dell'Unione.
- **54.-** Ad avviso del Collegio, il giudice nazionale che, in assenza delle condizioni tassativamente indicate dalla Corte di giustizia (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C-238/81, p. 14) che esonerano il giudice nazionale dall'obbligo di rinvio pregiudiziale, ometta senza motivare di effettuare tale rinvio anche "nuovamente" quando sia necessario per la decisione della causa principale (v. Corte di giustizia, 5 marzo 1986, C-69/85, p.14) e decida la causa interpretando direttamente le norme non chiare del diritto dell'Unione, invade le attribuzioni esclusive della Corte di giustizia cui spetta l'ultima parola in ordine all'interpretazione di tale diritto, poiché esercita un potere giurisdizionale di cui è privo, esponendosi, nell'ordinamento italiano, al ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione.
- 55.- L'articolo 267 TFUE «istituisce una procedura di cooperazione diretta tra la Corte di giustizia e i giudici degli Stati membri [la quale è] fondata su una netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte» (Corte di giustizia, Grande Sezione, 25 ottobre 2017, C-106/16, Polbud, p. 27; 16 giugno 2015, Gauweiler e a., C62/14, p. 15) di cui non sono tollerate indebite commistioni. «[I]I procedimento di rinvio pregiudiziale (...) costituisce la chiave di volta del sistema giurisdizionale nell'Unione Europea il quale (...) mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione, permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati (v. parere 2/13, del 18 dicembre 2014, punto 176 e giurisprudenza ivi citata)» (Corte di giustizia, 5 luglio 2016, C-614/14, Ognyanov, p. 15).

- **56.-** Le norme nazionali di procedura «non possono ridurre la competenza e gli obblighi incombenti sul giudice nazionale in quanto giudice di rinvio, ai sensi dell'art. 267 TFUE» e «non devono essere applicate (quando) abbiano l'effetto di ledere tale competenza» (Corte di giustizia, 18 luglio 2013, C-136/12, p.12).
- 57.- L'articolo 267 TFUE vieta agli Stati membri di limitare, mediante norme legislative o prassi interpretative nazionali, la facoltà delle giurisdizioni, anche non di ultima istanza, di operare il rinvio alla Corte, in quanto il giudice nazionale ha il dovere di garantire la piena efficacia delle norme dell'Unione (Corte di giustizia, 22 giugno 2010, C-188 e 189/10, Melki e Abdeli, p. 40-45: 15 gennaio 2013, C-416/10, Krizan, e a., p. 65-73). «L'articolo 267 TFUE conferisce ai giudici nazionali la più ampia facoltà di adire la Corte qualora ritengano che, nell'ambito di una controversia dinanzi ad essi pendente, siano sorte questioni che implichino un'interpretazione o un accertamento della validità delle disposizioni del diritto dell'Unione necessarie per definire la controversia di cui sono investiti. I giudici nazionali sono d'altronde liberi di esercitare tale facoltà in qualsiasi momento da essi ritenuto opportuno (v. sentenze del 5 ottobre 2010, Elchinov, C-173/09, punto 26 e giurisprudenza ivi citata, nonché dell'11 settembre 2014, A, C-112/13, punto 39 e giurisprudenza ivi citata)» (Corte di giustizia, 5 luglio 2016, C-614/14, Ognyanov, p. 17).
- **58.-** Dubbia è dunque la compatibilità con il diritto dell'Unione dell'orientamento interpretativo di cui si è dato conto (sub paragrafo 50) che in radice esclude la possibilità per le Sezioni Unite della Corte di cassazione, investite da un mezzo di impugnazione ordinaria, qual è il ricorso per cassazione, di esaminarlo nel merito quando sia denunciata la immotivata violazione dell'obbligo di rinvio da parte del Consiglio di Stato e di effettuare direttamente il rinvio pregiudiziale, al fine di accertare l'esatta interpretazione del diritto dell'Unione e, di conseguenza, la compatibilità della sentenza impugnata con il diritto dell'Unione.
- **59.-** Il suddetto orientamento che vieta alle Sezioni Unite della Corte di cassazione di utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale il cui scopo è proprio quello di «evitare che in uno Stato membro si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme comunitarie» (Corte di giustizia, 12 giugno 2008, C458/06, p.) favorisce il consolidamento del suddetto orientamento nell'ordinamento nazionale, tenuto conto che l'erronea soluzione data da un giudice di ultima istanza a questioni di diritto dell'Unione Europea rischia di essere accolta in numerose altre pronunce giudiziarie e comporta la lesione definitiva dei diritti del singolo.

60.- Quesito sulla seconda questione pregiudiziale.

Il secondo quesito rivolto alla Corte di giustizia è il seguente:

Se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, TUE e 267 TFUE, letti anche alla

luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino alla interpretazione e applicazione dell'art. 111, ottavo comma, della Costituzione, 360, primo comma 1, n. 1, e 362, primo comma, del codice di procedura civile e 110 del codice processo amministrativo, quale si evince dalla prassi giurisprudenziale nazionale, secondo la quale il ricorso per cassazione dinanzi alle Sezioni Unite per «motivi inerenti alla giurisdizione», sotto il profilo del cosiddetto «difetto di potere giurisdizionale», non sia proponibile come mezzo di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato che, decidendo controversie su questioni concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione, omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, da essa tassativamente indicate (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C238/81) che esonerano il giudice nazionale dal suddetto obbligo, in contrasto con il principio secondo cui sono incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che prevedano una privazione, anche temporanea, della libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario, di rendere irrimediabile (e favorire il consolidamento del) l'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare la uniforme applicazione e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione.

Le motivazioni del rinvio sulla terza questione pregiudiziale.

- **61.-** La terza questione pregiudiziale riguarda la compatibilità della decisione assunta dal Consiglio di Stato con i principi del diritto dell'Unione, più volte espressi in materia dalla Corte di giustizia. Il punto di vista del Collegio è nel senso che le censure proposte da Randstad siano ammissibili e, quindi, avrebbero dovuto essere esaminate nel merito dal Consiglio di Stato, come già rilevato nel giudizio dal Tribunale amministrativo regionale, secondo il quale «Nel caso in esame la ricorrente [Randstad] ha partecipato alla gara essendo incontestatamente in possesso dei requisiti di ammissione e ne è stata esclusa a causa della valutazione non positiva della sua offerta tecnica. Essa quindi è legittimata a contestare la gara in ogni suo profilo, a partire dal bando. Le censure che essa ha proposto sono quindi tendenzialmente tutte ammissibili».
- **62.-** La posizione del concorrente ad una gara di appalto che, contestando la propria esclusione, proponga censure miranti ad ottenere la ripetizione della gara e, di conseguenza, il travolgimento della aggiudicazione al concorrente, non è assimilabile a quella dell'operatore che non abbia mai partecipato alla gara, fino a quando non si sia formato il giudicato sulle ragioni della sua impugnazione (cfr. Corte di giustizia, 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi. p. 30-33; nella sentenza 11 maggio 2017, C131/16, Archus, p. 58, la Corte ha osservato che «[n]el procedimento principale (...) l'Archus e la Gama hanno proposto ricorso

avverso la decisione che esclude la loro offerta e avverso la decisione che aggiudica l'appalto, adottate contemporaneamente, e non possono quindi essere ritenute definitivamente escluse dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico»).

- **63.-** La Corte di giustizia «ha già avuto occasione di rilevare [che] il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, come pure il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza (...) (v., in tal senso, sentenza del 5 aprile 2016, (Puligienica), C- 789/13, p. 29)» (Corte di giustizia, 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi, p. 30 e 25).
- 64.- Ed infatti, «il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto [o la inammissibilità] del ricorso di un offerente escluso qualora la regolarità dell'offerta di ciascuno degli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento, dato che in una situazione del genere ciascuno dei concorrenti può far valere un legittimo interesse equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri (...) In tale situazione l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe prendere la decisione di annullare la procedura e di avviare una nuova procedura di affidamento a motivo del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese dell'amministrazione stessa (...) L'esistenza di una possibilità siffatta deve essere considerata in proposito sufficiente» (Corte di giustizia, Lombardi, cit., p. 24, 28, 29; cfr. Puligienica, cit., p. 28; Fastweb, cit., p. 33). Secondo la Corte di giustizia, «tale interpretazione trova conferma nelle disposizioni dell'articolo 2 bis, paragrafi 1 e 2, della direttiva 92/13, che prevedono espressamente un diritto degli offerenti non esclusi definitivamente a esperire un ricorso in particolare avverso le decisioni di aggiudicazione dell'appalto adottate dagli enti aggiudicatori» (11 maggio 2017, C131/16, Archus, p. 56 e 58).
- **65.-** In altri termini, non si può escludere che, anche se l'offerta del ricorrente principale sia giudicata irregolare, l'amministrazione aggiudicatrice sia indotta a constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare e di procedere di conseguenza all'indizione di una nuova gara, evidenziandosi l'esistenza di un interesse legittimo dello stesso ricorrente all'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario e alla ripetizione della gara. Conforme è l'indirizzo espresso dalle Sezioni Unite nel 2017: «basta la mera eventualità del rinnovo della gara a radicare l'interesse del ricorrente a contestare l'aggiudicazione» (Cass., Sez. Un., n. 31226 del 2017).

66.- Quesito sulla terza questione pregiudiziale.

Il terzo quesito rivolto alla Corte di giustizia è il seguente:

Se i principi dichiarati dalla Corte di giustizia con le sentenze 5 settembre 2019, Lombardi, C-333/18; 5 aprile 2016, Puligienica, C-689/13; 4 luglio 2013, Fastweb, C100/12, in relazione agli articoli 1, par. 1 e 3, e 2, par. 1, della direttiva 89/665/

CEE, modificata dalla direttiva 2007/66/CE, siano applicabili nella fattispecie che è oggetto del procedimento principale, in cui, contestate dall'impresa concorrente l'esclusione da una procedura di gara di appalto e l'aggiudicazione ad altra impresa, il Consiglio di Stato esamini nel merito il solo motivo di ricorso con cui l'impresa esclusa contesti il punteggio inferiore alla «soglia di sbarramento» attribuito alla propria offerta tecnica e, esaminando prioritariamente i ricorsi incidentali dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'impresa aggiudicataria, li accolga dichiarando inammissibili (e ometta di esaminare nel merito) gli altri motivi del ricorso principale che contestino l'esito della gara per altre ragioni (per indeterminatezza dei criteri di valutazione delle offerte nel disciplinare di gara, mancata motivazione dei voti assegnati, illegittima nomina e composizione della commissione di gara), in applicazione di una prassi giurisprudenziale nazionale secondo la quale l'impresa che sia stata esclusa da una gara di appalto non sarebbe legittimata a proporre censure miranti a contestare l'aggiudicazione all'impresa concorrente, anche mediante la caducazione della procedura di gara, dovendosi valutare se sia compatibile con il diritto dell'Unione l'effetto di precludere all'impresa il diritto di sottoporre all'esame del giudice ogni ragione di contestazione dell'esito della gara, in una situazione in cui la sua esclusione non sia stata definitivamente accertata e in cui ciascun concorrente può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere alla scelta di un'offerta regolare e all'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, alla quale ciascuno degli offerenti potrebbe partecipare.

Istanza di trattazione con rito accelerato.

67.- In base all'articolo 105 del regolamento di procedura della Corte di giustizia del 25 settembre 2012, si richiede che il presente rinvio pregiudiziale sia deciso con procedimento accelerato.

Sussistono ragioni serie e specifiche che impongono di rimuovere in tempi brevi gravi incertezze su questioni fondamentali di rilievo costituzionale nazionale, quali sono quelle implicate nelle questioni pregiudiziali, inerenti al significato da attribuire al diritto dell'Unione Europea. L'ampiezza del contenzioso pendente dinanzi alle Sezioni Unite, avente ad oggetto l'impugnazione di sentenze del Consiglio di Stato in controversie vertenti sull'applicazione del diritto dell'Unione, attesta un grave stato di incertezza sull'ambito della tutela giurisdizionale dei diritti dei cittadini riconosciuti dal diritto dell'Unione e sulla stessa portata ed efficacia di tale diritto. L'incertezza, che è necessario dirimere in maniera sollecita, è tanto più grave in quanto riguarda un settore nevralgico della politica comune della Unione, qual è quello delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, anche in considerazione della necessità di evitare che si consolidi una giurisprudenza nazionale che, provenendo da un giudice di ultima istanza, qualora in contrasto con il diritto della Unione, rischia di essere accolta in numerose altre pronunce giudiziarie.

P.Q.M.

La Corte, visto l'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, chiede alla Corte di giustizia dell'Unione europea di pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulle questioni di interpretazione del diritto dell'Unione europea indicate nei paragrafi 46, 60 e 66 della motivazione;

chiede che le questioni pregiudiziali siano decise con procedimento accelerato;

sospende il giudizio sino alla definizione delle suddette questioni pregiudiziali;

ordina la trasmissione di copia della presente ordinanza, unitamente agli atti dei giudizi, alla cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio, il 7 luglio 2020.

Depositato in Cancelleria il 18 settembre 2020

CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA 18 FEBBRAIO 2018 N. 6

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Paolo GROSSI; Giudici: Giorgio LATTANZI, Aldo CAROSI, Marta CARTABIA, Mario Rosario MORELLI, Giancarlo CORAGGIO, Giuliano AMATO, Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 7, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), promossi dalla Corte di cassazione, sezioni unite civili, con ordinanza dell'8 aprile 2016, dal Tribunale amministrativo regionale per la Campania con ordinanza del 24 maggio 2016 e dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio con ordinanza del 26 aprile 2016, iscritte, rispettivamente, ai nn. 107, 218 e 260 del registro ordinanze 2016, e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, nn. 22, 44 e 52, prima serie speciale, dell'anno 2016.

Visti gli atti di costituzione di A. N., dell'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, della Regione Campania, e di M.C. P. e G. R., quest'ultimo atto fuori termine;

udito nella udienza pubblica del 5 dicembre 2017 il Giudice relatore Giancarlo Coraggio;

uditi gli avvocati Sabatino Rainone per A. N., Maria Morrone per l'INPS, Angelo Abignente per l'Università degli Studi di Napoli Federico II e Rosanna Panariello per la Regione Campania.

Ritenuto in fatto

1.- Con ordinanza iscritta al n. 107 r.o. 2016, le sezioni unite civili della Corte

di cassazione hanno sollevato, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 7, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), «nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30.06.98 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000».

1.1. – Il rimettente espone in punto di fatto che:

- alcuni medici svolgenti attività professionale remunerata a gettone hanno proposto ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione avverso la sentenza del Consiglio di Stato, sezione sesta, 30 luglio 2013, n. 4001, con cui era stata confermata la decisione del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, che aveva dichiarato inammissibile il ricorso volto all'accertamento della sussistenza di un rapporto di impiego di fatto alle dipendenze del Policlinico dell'Università degli studi di Napoli Federico II (d'ora in avanti: l'Università di Napoli o l'Università), e alla sua condanna, unitamente all'Istituto nazionale per la previdenza sociale (INPS), alla conseguente regolarizzazione contributiva;
- la declaratoria di inammissibilità si fondava sulla intervenuta decadenza prevista dall'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, trattandosi di domanda attinente a un periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998, attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ma proposta dopo il 15 settembre 2000;
- successivamente alla menzionata decisione del Consiglio di Stato, la Corte europea dei diritti dell'uomo, adita da altri medici che versavano nella medesima condizione giuridica dei ricorrenti, con le sentenze Mottola contro Italia e Staibano e altri contro Italia del 4 febbraio 2014 (d'ora in avanti: sentenze Mottola e Staibano), aveva accertato una duplice violazione degli obblighi convenzionali da parte dello Stato italiano;
- in particolare, la Corte EDU aveva accertato la violazione dell'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, relativamente al diritto di accesso a un tribunale, poiché la decadenza prevista dalla norma censurata avrebbe «posto un ostacolo procedurale costituente sostanziale negazione del diritto invocato»; nonché dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, poiché il diritto di credito pensionistico dei ricorrenti, in quanto riconosciuto dalla giurisprudenza interna, costituiva ai sensi del citato parametro convenzionale un «bene» della persona e la decisione del Consiglio di Stato aveva svuotato la loro legittima aspettativa al suo conseguimento;

– sulla base di tali premesse i ricorrenti hanno proposto ricorso per cassazione, sostenendo che, alla luce delle pronunce Mottola e Staibano, l'interpretazione dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001 adottata dal Consiglio di Stato si risolve in un diniego di tutela giurisdizionale in violazione dell'art. 6 della CEDU, sanzionabile davanti alle sezioni unite ai sensi dell'art. 362, primo comma, del codice di procedura civile.

1.2.- In punto di rilevanza, il rimettente riferisce che la decisione gravata è stata depositata in data 30 luglio 2013, con la conseguenza che, in mancanza di notificazione, la decadenza dall'impugnazione si sarebbe realizzata allo scadere di un anno dalla pubblicazione della sentenza, ai sensi dell'art. 327, primo comma, cod. proc. civ., nella formulazione antecedente la riforma introdotta dall'art. 46 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile).

Il ricorso per cassazione, notificato alle controparti il 21 marzo e il 19 aprile 2014, sarebbe quindi tempestivo, con la conseguenza che, «non essendosi ancora creato un giudicato al riguardo, la questione della corretta affermazione della giurisdizione è tuttora aperta».

Sempre in punto di rilevanza, le sezioni unite ritengono sussistenti i presupposti che giustificano il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione avverso la sentenza del Consiglio di Stato.

Il rimettente ricorda che, secondo la propria giurisprudenza consolidata, il sindacato esercitato dalla Corte di cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 362, primo comma, cod. proc. civ. e dell'art. 110 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), è consentito ove si richieda l'accertamento dell'eventuale sconfinamento del secondo dai limiti esterni della giurisdizione, per il riscontro di vizi che riguardano l'essenza della funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio, restando, per converso, escluso ogni sindacato sui limiti interni, cui attengono gli *errores in iudicando* o *in procedendo*.

A tale stregua, il rimedio in questione sarebbe esperibile nell'ipotesi in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia violato l'ambito della giurisdizione in generale – esercitandola nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, oppure, al contrario, negandola sull'erroneo presupposto che la domanda non possa formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale – ovvero nell'ipotesi in cui abbia violato i cosiddetti limiti esterni della giurisdizione, allorquando, cioè, si pronunci su materia attribuita al giudice ordinario o ad altro giudice speciale, oppure neghi la sua giurisdizione nell'erroneo convincimento che appartenga ad altro giudice.

Secondo il rimettente, però, quanto al confine oltre il quale le sezioni unite non possono spingersi nell'esercizio di tale sindacato, si sarebbe andata affermando una nozione di limite esterno «collegato all'evoluzione del concetto di giurisdizione», «da intendersi in senso dinamico, nel senso dell'effettività della tutela giurisdizionale».

In quest'ottica, il giudizio sulla giurisdizione non sarebbe più uno strumento di «accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato», ma costituirebbe uno strumento per affermare il diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi: sarebbe norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca (si cita la sentenza delle sezioni unite 23 dicembre 2008, n. 30254).

A tale principio – prosegue il rimettente – le sezioni unite hanno fatto ricorso in un caso in cui il Consiglio di Stato aveva interpretato una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione europea per come risultante da una pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea successivamente intervenuta; in tale caso, la cassazione della sentenza è stata ritenuta indispensabile per impedire che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo, esplicasse i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario (si cita la sentenza delle sezioni unite 6 dicembre 2015, n. 2403).

Nel caso di specie, pur fondandosi la tutela giurisdizionale asseritamente negata non sul diritto dell'Unione ma su quello convenzionale, la situazione giuridica creatasi sarebbe analoga, perché anche in questo caso il giudice dell'impugnazione si troverebbe nella condizione di evitare che la decisione gravata, una volta divenuta definitiva, esplichi i suoi effetti in maniera contrastante con norme sovranazionali cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione.

Ad avviso delle sezioni unite, dunque, la situazione in esame rientrerebbe in uno di quei casi estremi in cui il giudice amministrativo adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per *errores in iudicando* o *in procedendo* che danno luogo al superamento del limite esterno.

1.3. Nel merito, il rimettente osserva che, in ordine alle controversie relative al periodo del rapporto di lavoro antecedente al 30 giugno 1998 iniziate dopo il 15 settembre 2000, si era creato un primo orientamento giurisprudenziale favorevole a ricomprenderle nella giurisdizione del giudice ordinario; nel tempo, tuttavia, era prevalso un diverso orientamento sia della Corte di cassazione sia del Consiglio di Stato che ricollega alla scadenza del termine la radicale impossibilità di fare valere il diritto dinanzi ad un giudice.

Tale orientamento - proseguono le sezioni unite - è stato avallato dalla Corte

costituzionale, la quale ha ritenuto la norma conforme all'art. 3 Cost., in quanto la disparità di trattamento tra dipendenti privati e pubblici è giustificata dall'esigenza di contenere gli effetti connessi al trasferimento della giurisdizione da un plesso all'altro potenzialmente pregiudizievoli del regolare svolgimento dell'attività giurisdizionale, e dall'ampia discrezionalità del legislatore nella disciplina della successione delle leggi processuali nel tempo; nonché conforme all'art. 24 Cost., non essendo ingiustificata in sé la previsione di un termine di decadenza e non essendo il termine specifico di oltre ventisei mesi tale da rendere «oltremodo difficoltosa la tutela giurisdizionale» (si cita l'ordinanza n. 382 del 2005).

La norma così interpretata, tuttavia, si porrebbe in contrasto con l'art. 6 della CEDU, come accertato dalla Corte di Strasburgo con le sentenze Mottola e Staibano, secondo cui la decadenza in questione porrebbe un ostacolo procedurale costituente una sostanziale negazione del diritto invocato ed escluderebbe un giusto equilibrio tra interessi pubblici e privati in gioco.

Stante l'insuperabilità in via interpretativa del contrasto tra la norma interna e quella convenzionale, il rimettente ritiene di dovere sollevare questione di legittimità costituzionale della prima per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui prevede che le controversie attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000.

- **1.4.** Si è costituito in giudizio l'INPS, eccependo l'inammissibilità e la manifesta infondatezza della questione sollevata e riservandosi di meglio illustrare nel prosieguo le proprie difese.
- 1.5.- Con successiva memoria depositata in termini, l'INPS ha in particolare eccepito l'inammissibilità della questione per mancanza di una idonea motivazione circa la possibilità di interpretare la norma in maniera costituzionalmente orientata, omissione, questa, che ridonderebbe anche in difetto di motivazione sulla rilevanza.
- **1.6.** La questione sarebbe inammissibile anche per difetto di rilevanza.

Secondo l'INPS, il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato è possibile solo laddove il secondo abbia violato l'ambito della giurisdizione in generale, ad esempio esercitandola nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, ovvero nella ipotesi in cui abbia violato i limiti esterni della giurisdizione, pronunciandosi in materia attribuita alla cognizione del giudice ordinario o di altro giudice. Tali ipotesi non ricorrerebbero nel caso di specie e nemmeno sarebbe configurabile una decisione anomala o abnorme con cui sia stato omesso l'esercizio del potere giurisdizionale.

L'impugnata sentenza del Consiglio di Stato sarebbe tutt'altro che eversiva, ponendosi, per contro, nel solco tracciato dall'adunanza plenaria con la sentenza 21 febbraio 2007, n. 4 e dalla Corte costituzionale con le ordinanze n. 197 del 2006, n. 382 e n. 213 del 2005, n. 214 del 2004.

1.7. Nel merito, la questione sarebbe infondata, in primo luogo perché la lesione dei diritti previdenziali dei ricorrenti accertata dalla Corte di Strasburgo non sarebbe direttamente ed esclusivamente connessa alla mera esistenza del termine di decadenza di cui all'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, ma piuttosto dovuta al mutamento della giurisprudenza, che aveva finito con l'attribuire alla scadenza di quel termine la conseguenza della radicale impossibilità di far valere i loro diritti in giudizio.

Ed infatti, al punto 51 della sentenza Staibano, la stessa Corte EDU avrebbe riconosciuto che la fissazione del termine, non eccessivamente breve, del 15 settembre 2000 risponde alla legittima e condivisibile finalità, di interesse generale, della buona amministrazione della giustizia, attraverso una ripartizione di competenze coerente e razionale tra il giudice civile e quello amministrativo e l'apposizione di limiti temporali certi per incardinare le controversie in materia di pubblico impiego.

Secondo l'INPS, andrebbe quindi data piena continuità al consolidato orientamento della Corte costituzionale, che ha ritenuto legittimo il termine di decadenza prima previsto dall'art. 45, comma 17, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 (Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della L. 15 marzo 1997, n. 59) e poi trasfuso nella norma oggi censurata.

1.8.– Si è costituita anche l'Università di Napoli, eccependo innanzitutto l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza.

Secondo l'Università, con il ricorso per cassazione i ricorrenti non hanno inteso ottenere dalle sezioni unite chiarimenti in ordine alla giurisdizione quanto, piuttosto, un ulteriore grado di giudizio nel merito della controversia, inammissibilmente censurando un asserito error in iudicando.

L'estensione del concetto di limite esterno in chiave dinamica e di effettività della tutela giurisdizionale operata dal rimettente, per quanto suggestiva, non sarebbe condivisibile, «proprio alla luce del costante orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo il quale "l'evoluzione del concetto di giurisdizione nel senso di strumento per la tutela effettiva delle parti non giustifica il ricorso avverso la sentenza del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111 Cost., u.c., quando, come nella specie, non si verta in ipotesi di aprioristico diniego di giurisdizione,

ma la tutela si assuma negata dal giudice speciale in conseguenza di errori di giudizio che si prospettino dal medesimo commessi in relazione allo specifico caso sottoposto al suo esame (Sez. Un., 16 gennaio 2014, n. 771)" (Cass. Civ., Sez. Un., 29.2.2016, n. 3915)».

Il ricorso per cassazione, dunque, non essendo stato proposto per motivi attinenti alla giurisdizione, mai denegata, non potrebbe che essere dichiarato inammissibile dal giudice a quo, a nulla rilevando l'eventuale sopravvenuta illegittimità costituzionale della norma applicata dal Consiglio di Stato. In altri termini, la questione difetterebbe di rilevanza perché le sezioni unite potrebbero giungere alla definizione del giudizio a prescindere dall'esito della questione di costituzionalità.

1.9. Nel merito, andrebbe considerato, in primo luogo, che ai medici "gettonati" è stata ampiamente riconosciuta la possibilità di accesso alla giustizia per ottenere il riconoscimento del diritto al versamento dei contributi previdenziali, come sarebbe comprovato dal fatto che molti colleghi dei ricorrenti hanno ottenuto la piena soddisfazione delle loro pretese.

La legittimità della scelta del legislatore di prevedere un termine di decadenza, del resto, sarebbe stata già accertata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 213 del 2005, che ha giustificato tale misura processuale con effetti sostanziali, «in quanto [...] è idonea a prevenire il temuto sovraccarico di entrambi i giudici investiti del contenzioso del pubblico impiego ed idonea, altresì, a realizzare tra di essi un ordinato riparto di tale contenzioso, con l'evitare che per la medesima concreta controversia fosse previsto il succedersi, nel tempo, della giurisdizione di un giudice a quella di una altro giudice».

- **1.10.** Con memoria depositata fuori termine, si sono costituiti M.C. P. e G. R., parti nel giudizio a quo, aderendo alle argomentazioni spese nell'ordinanza di rimessione a sostegno della rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità sollevata.
- **1.11.** Con memoria depositata fuori termine l'Università di Napoli ha ulteriormente illustrato le ragioni a sostegno della inammissibilità e non fondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dalle sezioni unite.
- **2.–** Con ordinanza iscritta al n. 218 r.o. 2016, il Tribunale amministrativo regionale per la Campania ha sollevato, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, «nella parte in cui non consente di proporre al G.O. senza incorrere in decadenza, dopo il 15/9/2000, l'azione relativa ai fatti connessi al rapporto di impiego anteriori al 30/6/1998».
- **2.1.** Il rimettente espone in punto di fatto che:

- la ricorrente ha riassunto presso il TAR il ricorso proposto davanti al Tribunale di Napoli, che, con sentenza 22 ottobre 2012, n. 281, aveva declinato la giurisdizione in favore del giudice amministrativo, in applicazione del citato art. 69, comma 7;
- la causa ha ad oggetto il risarcimento dei danni subiti per effetto del comportamento della Regione, che avrebbe illegittimamente escluso la ricorrente dal concorso riservato per l'immissione nel ruolo del personale in servizio presso i centri di formazione professionale con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, nonché per la tardiva esecuzione delle sentenze del TAR e del Consiglio di Stato che avevano statuito l'illegittimità di tale esclusione;
- che, infatti, la ricorrente nel giudizio amministrativo previamente instaurato aveva richiesto il riconoscimento del servizio prestato presso l'Ente nazionale ACLI istruzione professionale (ENAIP) fino al 1982 ovvero la retrodatazione della sua nomina anche a fini economici a far data dal 1° settembre 1986, ma la sua domanda era stata definitivamente rigettata dal Consiglio di Stato con sentenza del 23 marzo 2009, n. 1752, che, in motivazione, aveva tuttavia rilevato come la ritardata assunzione in servizio fosse generatrice di responsabilità per danni.
- **2.2.** Ciò esposto in punto di fatto, il rimettente ritiene sussistere la propria giurisdizione sulla controversia risarcitoria relativa a fatti inerenti al periodo anteriore al 30 giugno 1998, in quanto comunque collegati al rapporto d'impiego, senonché l'azione sarebbe tardiva ai sensi dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, per come ormai interpretato dalla pacifica giurisprudenza del giudice ordinario e amministrativo.
- 2.3.– Il TAR Campania deduce poi che le sezioni unite della Corte di cassazione, con ordinanza dell'8 aprile 2016, n. 6891, hanno sollevato questione di legittimità costituzionale di tale disposizione, nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000; analogamente ha fatto il TAR Lazio con ordinanza del 26 aprile 2016, n. 4776, riguardante una controversia risarcitoria per infortunio in itinere occorso ad un pubblico dipendente.

Il Tribunale campano reputa quindi necessario rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità della norma citata, «ravvisandone la rilevanza nel presente processo e la non manifesta infondatezza, alla stregua delle enunciazioni contenute nell'ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite e per contrasto con il medesimo parametro costituzionale dell'art. 117, primo comma, e dell'interposta norma dell'art. 6 della Convenzione EDU».

2.4.— L'applicazione della norma censurata condurrebbe nel caso in esame a dichiarare inammissibile il ricorso, in quanto l'azione è stata proposta oltre il termine del 15 settembre 2000. Secondo il rimettente, sussisterebbe la rilevanza della questione riguardata «sotto l'aspetto dell'individuazione del giudice chiamato a conoscere della controversia».

«In tale prospettiva» si dovrebbe dubitare della legittimità costituzionale della norma in questione, «nella parte in cui stabilisce un effetto decadenziale e non consente di proporre davanti al G.O., dopo il 15 settembre 2000, l'azione relativa a fatti connessi al rapporto di impiego anteriori al 30 giugno 1998».

Così posta, la questione avrebbe «sicura rilevanza» nel processo, in quanto l'illegittimità della norma in tali termini comporterebbe che la cognizione sulla controversia spetterebbe al giudice ordinario e quindi condurrebbe alla necessità per il TAR di sollevare conflitto negativo di giurisdizione ai sensi dell'art. 11, comma 3, del d.lgs. n. 104 del 2010.

2.5.– In punto di non manifesta infondatezza, il TAR Campania ritiene che la norma – come indicato dalla Cassazione – sia in contrasto con l'art. 6, comma 1, della CEDU, ponendo un ostacolo procedurale che costituisce una sostanziale negazione del diritto invocato ed escludendo un giusto equilibrio tra gli interessi pubblici e privati in gioco.

La riconduzione a legittimità della disposizione in parola si avrebbe con la devoluzione al giudice ordinario della cognizione delle controversie in questione, per come in principio ritenuto dalla giurisprudenza al fine di «garantire la fruizione della giurisdizione» (si cita l'ordinanza di rimessione delle sezioni unite), in linea con la finalità di concentrazione avanti ad un unico giudice sottesa alla riforma recata dal d.lgs. n. 165 del 2001 e in modo da «non coinvolgere troppo a lungo il giudice amministrativo in una giurisdizione ormai perduta» (si cita la sentenza del Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 21 febbraio 2007, n. 4).

- **2.6.** Con memoria depositata nella cancelleria di questa Corte il 20 ottobre 2016, si è costituita la Regione Campania, che, dopo avere ricostruito i fatti di causa, ha eccepito l'inammissibilità della questione sollevata e la sua non fondatezza.
- **2.7.** Osserva la Regione Campania che solo nel 2003 e poi nel 2009, con le pronunce del TAR e del Consiglio di Stato, la ricorrente aveva appreso di avere erroneamente impostato la sua iniziativa giurisdizionale: invece di agire per l'accertamento della responsabilità aquiliana, «incorrendo nel termine di prescrizione quinquennale», essa aveva intentato un'azione basata su un titolo «inconfigurabile» (il diritto alla *restitutio in integrum* mediante retrocostituzione del rapporto di lavoro).

Ciò determinerebbe, secondo l'interveniente, la irrilevanza della questione sollevata, poiché la ricorrente sarebbe carente di interesse all'azione di responsabilità almeno dall'anno 2003, essendosi prescritto il relativo diritto.

La fattispecie concreta metterebbe in evidenza un tardivo esercizio del diritto ascrivibile non già al meccanismo normativo introdotto dal legislatore e sospettato d'incostituzionalità ma «a mere scelte strategico-difensive».

2.8. – Nel merito, la Regione Campania ricorda come la giurisprudenza della Corte costituzionale sia inequivoca nel ritenere che il termine decadenziale previsto dalla norma censurata sia giustificato dall'esigenza di contenere gli effetti potenzialmente pregiudizievoli per il regolare svolgimento dell'attività giurisdizionale prodotti dal trasferimento della giurisdizione dal giudice amministrativo a quello ordinario, ed in ragione dell'ampia discrezionalità del legislatore nel regolare istituti processuali intertemporali; né sarebbe lesiva dell'art. 24 Cost. la previsione di un termine decadenziale di oltre ventisei mesi, certamente non tale da rendere difficoltosa la tutela giurisdizionale.

L'interveniente ricorda anche che la Corte EDU nelle sentenze Mottola e Staibano ha ritenuto la violazione dell'art. 6 della CEDU, in quanto, a seguito di un mutamento giurisprudenziale, «i ricorrenti che avevano adito i giudici amministrativi in buona fede e in un regime giuridico che poteva dare luogo a una pluralità di interpretazioni possibili, sono stati privati della possibilità di reintrodurre i loro ricorsi dinanzi ai tribunali definitivamente individuati come competenti».

Tale non sarebbe il caso di specie, laddove la ricorrente avrebbe «riaggiustato il tiro» a distanza di anni, dopo avere adito nei termini il giudice munito di giurisdizione.

Sotto altro profilo, poi, rispetto all'esigenza di non violare le norme convenzionali sarebbe prevalente quella di tutelare i valori costituzionali sottesi alla norma censurata (artt. 3, 24, 25, 81 e 97 Cost.), compito, questo, rimesso alla Corte costituzionale.

- **3.** Con ordinanza iscritta al n. 260 r.o. 2016, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha sollevato, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, «nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000».
- **3.1.** Il rimettente espone in punto di fatto che:
- la ricorrente, dipendente dell'azienda sanitaria locale (ASL) Roma C, il 2 luglio 1997 era rimasta vittima di un incidente stradale al ritorno dal posto di lavoro;

essa aveva pertanto adito il giudice del lavoro del Tribunale ordinario di Roma che aveva riconosciuto l'infortunio in itinere, condannando l'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) al pagamento di una rendita per malattia professionale, commisurata ad una inabilità permanente del trentadue per cento, oltre interessi e rivalutazione;

- con altro ricorso notificato l'8 luglio 2002 la ricorrente aveva nuovamente adito il medesimo giudice del lavoro, chiedendo la condanna dell'ASL al risarcimento del danno biologico, in quanto effetto dell'inadempienza del datore di lavoro agli obblighi di protezione imposti dall'art. 2087 del codice civile, ma questa volta il giudice adito aveva declinato la giurisdizione in favore di quello amministrativo, in ragione della ritenuta natura contrattuale della responsabilità datoriale;
- la ricorrente aveva quindi adito il TAR Lazio con ricorso notificato il 12 ottobre 2007 e depositato il successivo 8 novembre, deducendo la responsabilità dell'ASL Roma C per averle imposto dei turni massacranti il giorno dell'infortunio e quello precedente, e chiedendo la sua condanna al risarcimento del danno biologico, esistenziale e morale; l'ASL, costituitasi in giudizio, aveva eccepito il difetto di giurisdizione, la prescrizione dei crediti azionati e l'infondatezza della pretesa avversaria per mancanza del nesso di causalità, spiegando comunque domanda di manleva nei confronti della compagnia assicuratrice.
- **3.2.** In punto di rilevanza, il rimettente deduce di dovere fare applicazione dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, che ha sostituito in termini non innovativi l'art. 45, comma 17, del d.lgs. n. 80 del 1998, poiché il sinistro stradale è avvenuto il 2 luglio 1997, mentre la domanda con cui la ricorrente ha manifestato per la prima volta la sua pretesa risarcitoria è dell'8 luglio 2002, ben oltre il termine di decadenza del 15 settembre 2000.
- **3.3.** Nel merito, il TAR Lazio ripete le medesime argomentazioni in diritto sviluppate dall'ordinanza di rimessione delle sezioni unite della Corte di cassazione.
- **3.4.** Con memoria depositata nella cancelleria di questa Corte il 5 gennaio 2017, si è costituita A. N., ricorrente nel giudizio a quo.
- **3.5.** In punto di rilevanza, sarebbe evidente, secondo la parte interveniente, che una pronuncia di illegittimità costituzionale della disposizione censurata le consentirebbe di proseguire il giudizio originariamente instaurato presso il giudice ordinario e poi traslato davanti a quello amministrativo.
- **3.6.** Nel merito, la parte privata ripete le medesime argomentazioni in diritto sviluppate dalle ordinanze di rimessione del TAR Lazio e delle sezioni unite civili della Corte di cassazione.

Considerato in diritto

1.- Le sezioni unite civili della Corte di cassazione hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 7, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), «nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30.06.98 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000», deducendo la violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione ai parametri interposti dell'art. 6, paragrafo I, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, e dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione stessa.

La disposizione censurata prevede che «Sono attribuite al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie di cui all'art. 63 del presente decreto, relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998. Le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore a tale data restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000».

Osserva il rimettente che, in ordine alle controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998 iniziate dopo il 15 settembre 2000, si era formato, in principio, un orientamento giurisprudenziale secondo cui esse spettavano alla giurisdizione del giudice ordinario; nel tempo, tuttavia, era prevalso un diverso orientamento sia della Corte di cassazione sia del Consiglio di Stato (avallato dalla Corte costituzionale) che ricollega alla scadenza del termine la radicale impossibilità di fare valere il diritto dinanzi ad un giudice.

La norma censurata, interpretata in questo modo, violerebbe il diritto di accesso a un tribunale, tutelato dall'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, e il divieto di interferenze illegittime con la proprietà privata posto dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione, come emergerebbe dalle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo Mottola contro Italia e Staibano ed altri contro Italia del 4 febbraio 2014 (d'ora in avanti: le sentenze Mottola e Staibano), secondo cui la decadenza in questione porrebbe «un ostacolo procedurale che costituisce una sostanziale negazione del diritto invocato» ed escluderebbe «un giusto equilibrio tra interessi pubblici e privati in gioco».

2.- Richiamando l'ordinanza di rimessione delle sezioni unite della Corte di cassazione e ricalcandone la motivazione, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio e il Tribunale amministrativo regionale per la Campania hanno

sollevato questione di legittimità costituzionale della stessa disposizione.

Mentre l'ordinanza del primo, tuttavia, reca un identico *petitum* e gli stessi parametri interposti della questione sollevata dalle sezioni unite, il secondo censura l'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, «nella parte in cui non consente di proporre al G.O. senza incorrere in decadenza, dopo il 15/9/2000, l'azione relativa ai fatti connessi al rapporto di impiego anteriori al 30/6/1998», e solo in relazione all'art. 6, paragrafo 1, della CEDU.

- **3.-** In considerazione della parziale identità di oggetto e dei parametri evocati, nonché delle argomentazioni addotte a sostegno della loro violazione, i giudizi vanno riuniti per essere decisi congiuntamente.
- **4.–** In via preliminare deve essere dichiarata la inammissibilità della costituzione delle parti private M.C. P. e G. R. nel giudizio iscritto al registro ordinanze n. 107 del 2016.

Essa, infatti, è intervenuta in data 9 novembre 2017, oltre il termine perentorio stabilito dall'art. 3 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, ossia venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza nella Gazzetta Ufficiale (tra le molte, sentenze n. 102 del 2016, n. 220 e n. 128 del 2014; ordinanza allegata alla sentenza n. 173 del 2016), avvenuta, nel caso di specie, il 1º giugno 2016.

- **5.-** La questione di legittimità costituzionale sollevata dalle sezioni unite della Corte di cassazione è inammissibile.
- 6.- Il rimettente, in punto di motivazione sulla rilevanza, ricorda che è principio consolidato nella propria giurisprudenza che il sindacato esercitato dalla Corte di cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 362, primo comma, del codice di procedura civile e dell'art. 110 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), è consentito solo ove si richieda l'accertamento dell'eventuale sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione, per il riscontro di vizi che riguardano l'essenza della funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio, restando, invece, escluso ogni sindacato sui limiti interni, cui attengono gli *errores in iudicando* o *in procedendo*.

Secondo questo orientamento, pertanto, i motivi deducibili in questa sede riguarderebbero solo le ipotesi in cui si prospetti la violazione dell'ambito della giurisdizione in generale – per essere stata esercitata nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, oppure, al contrario negata sull'erroneo presupposto che la domanda non possa formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale (cosiddetto rifiuto di giurisdizione) – o l'aver pronunciato

su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure l'aver negato la propria giurisdizione nell'erroneo convincimento che appartenga ad altro giudice (cosiddetto diniego di giurisdizione).

Il rimettente, tuttavia, aggiunge che (negli ultimi anni) si è andato affermando nella sua giurisprudenza una interpretazione "evolutiva" e "dinamica" del concetto di giurisdizione, che gli consentirebbe di sindacare non solo le norme che individuano «i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale», ma anche quelle che stabiliscono «le forme di tutela» attraverso cui la giurisdizione si estrinseca.

Questo concetto lato di giurisdizione sarebbe stato utilizzato per cassare una sentenza del Consiglio di Stato che aveva interpretato le norme di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione europea, per come acclarato da una pronuncia della Corte di giustizia successivamente intervenuta.

Il caso di specie sarebbe analogo a quest'ultimo, con la particolarità che, trattandosi di norme convenzionali, solo sollevando la questione di costituzionalità si eviterebbe che la sentenza gravata esplichi effetti contrastanti con le norme sovranazionali cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione.

Ad avviso del rimettente, la situazione in esame rientrerebbe, inoltre, in uno di quei casi estremi in cui il giudice amministrativo adotta una decisione «anomala o abnorme», omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per *errores in iudicando* o *in procedendo* che danno luogo al superamento dei limiti esterni e diventano sindacabili per motivi inerenti alla giurisdizione.

7.– Il Policlinico dell'Università degli studi di Napoli Federico II (d'ora in avanti: l'Università di Napoli) e l'Istituto nazionale per la previdenza sociale (INPS) hanno eccepito, invece, il difetto di rilevanza della questione sollevata, perché il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione celerebbe, in realtà, un inammissibile ricorso per violazione di legge, non sindacabile dalla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 111, settimo ed ottavo comma, Cost.: i ricorrenti non avrebbero inteso ottenere dalle sezioni unite una statuizione sulla giurisdizione quanto, piuttosto, un ulteriore grado di giudizio, censurando un asserito *error in iudicando*.

L'estensione del concetto di limite esterno in chiave "dinamica" e di effettività della tutela giurisdizionale operata dal rimettente non sarebbe condivisibile, anche alla luce del costante orientamento della stessa Corte di cassazione, secondo cui l'evoluzione del concetto di giurisdizione non giustifica il ricorso avverso la sentenza del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111, ottavo comma, Cost., quando, come nella specie, non si verta in ipotesi di aprioristico diniego di giurisdizione, ma la tutela si assuma negata dal giudice speciale in conseguenza di errori di giudizio commessi in relazione allo specifico caso sottoposto al suo esame.

Secondo l'INPS, poi, non sarebbe comunque configurabile, nel caso di specie, una decisione «anomala o abnorme».

- **8.** Questa Corte è dunque chiamata a verificare, su specifica eccezione delle parti costituite nel giudizio incidentale, l'affermazione delle sezioni unite (come organo regolatore della giurisdizione e non nell'esercizio della funzione nomofilattica) circa la sussistenza di un motivo di ricorso inerente alla giurisdizione, quale presupposto della legittima instaurazione del giudizio a quo.
- **9.–** La verifica deve essere operata tenendo presente che nella specie non si tratta di un'ordinaria questione di giurisdizione, avente ad oggetto la natura della situazione giuridica soggettiva azionata, ma l'interpretazione ed applicazione di norme costituzionali, e in particolare del comma ottavo dell'art. 111 Cost.

La questione rientra, dunque, nella competenza naturale di questa Corte, quale interprete ultimo delle norme costituzionali e – nella specie – di quelle che regolano i confini e l'assetto complessivo dei plessi giurisdizionali.

- 10.- L'eccezione è fondata.
- 11.– La tesi che il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, previsto dall'ottavo comma dell'art. 111 Cost. avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, comprenda anche il sindacato su *errores in procedendo* o *in iudicando* non può qualificarsi come una interpretazione evolutiva, poiché non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale.

Quest'ultima attinge il suo significato e il suo valore dalla contrapposizione con il precedente comma settimo, che prevede il generale ricorso in cassazione per violazione di legge contro le sentenze degli altri giudici, contrapposizione evidenziata dalla specificazione che il ricorso avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è ammesso per i «soli» motivi inerenti alla giurisdizione.

Ne consegue che deve ritenersi inammissibile ogni interpretazione di tali motivi che, sconfinando dal loro ambito tradizionale, comporti una più o meno completa assimilazione dei due tipi di ricorso.

In una prospettiva di sistema, poi, la ricostruzione operata dal rimettente, parificando i due rimedi, mette in discussione la scelta di fondo dei Costituenti dell'assetto pluralistico delle giurisdizioni.

12.– La corretta interpretazione dell'art. 111, ottavo comma, Cost. e il suo ruolo determinante, ai fini della posizione costituzionale del giudice amministrativo e di quello contabile nel concerto delle giurisdizioni, sono stati messi chiaramente in luce da questa Corte.

Con la sentenza n. 204 del 2004 si è infatti rilevato che l'unità funzionale non implica unità organica delle giurisdizioni, e che i Costituenti hanno ritenuto di dover tener fermo l'assetto precostituzionale, assetto che vedeva attribuita al giudice amministrativo la cognizione degli interessi legittimi e, nei casi di giurisdizione esclusiva, dei diritti soggettivi ad essi inestricabilmente connessi.

Nella stessa sentenza si è osservato come dai lavori dell'Assemblea Costituente emerga chiaramente che ciò comporta l'esclusione della «soggezione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti al controllo di legittimità della Corte di cassazione» e la sua limitazione «al solo "eccesso di potere giudiziario", coerentemente alla "unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica, una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé" (così Mortati, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947)».

Con la sentenza n. 77 del 2007, poi, occupandosi della *translatio iudicii*, questa Corte ha aggiunto che «perfino il supremo organo regolatore della giurisdizione, la Corte di cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell'art. 111, comma ottavo, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione».

13.- Di tutto ciò è consapevole anche la giurisprudenza maggioritaria delle stesse sezioni unite, la quale continua ad affermare che «Il cattivo esercizio della propria giurisdizione da parte del giudice, che provveda perché investito di essa e, dunque, ritenendo esistente la propria giurisdizione e, tuttavia, nell'esercitarla, applichi regole di giudizio che lo portino a negare tutela alla situazione giuridica azionata, si risolve soltanto nell'ipotetica commissione di un errore all'interno di essa»; e che, «poiché la distinzione fra la giurisdizione ordinaria e le giurisdizioni speciali ha come implicazione necessaria che ciascuna giurisdizione si eserciti con l'attribuzione all'organo di vertice interno al plesso giurisdizionale del controllo e della statuizione finale sulla correttezza in iure ed in facto di tutte le valutazioni che sono necessarie per decidere sulla controversia, salvo quelle che implichino negazione astratta della tutela giurisdizionale davanti alla giurisdizione speciale ed a qualsiasi giurisdizione (rifiuto) oppure alla negazione della giurisdizione accompagnino l'indicazione di altra giurisdizione (diniego), non è possibile prospettare che, fuori di tali due casi, il modo in cui tale controllo viene esercitato dall'organo di vertice della giurisdizione speciale, se anche si sia risolto in concreto nel negare erroneamente tutele alla situazione giuridica azionata, sia suscettibile di controllo da parte delle Sezioni Unite» (Corte di cassazione, sezioni unite, 6 giugno 2017, n. 13976; nello stesso senso, tra le più recenti, sezioni unite, 19 settembre 2017, n. 21617; 29 marzo 2017, n. 8117).

14.- L'opposto filone giurisprudenziale, del resto, argomenta la sua tesi sulla base

di considerazioni che sono o prive di fondamento o estranee ad una questione qualificabile come propriamente di giurisdizione, e cioè richiamando principi fondamentali quali la primazia del diritto comunitario, l'effettività della tutela, il giusto processo e l'unità funzionale della giurisdizione.

Privo di fondamento è il riferimento a quest'ultimo principio, attese le opposte conclusioni – già evidenziate – cui è giunta questa Corte circa la non coincidenza fra unità funzionale e unità organica.

Quanto all'effettività della tutela e al giusto processo, non c'è dubbio che essi vadano garantiti, ma a cura degli organi giurisdizionali a ciò deputati dalla Costituzione e non in sede di controllo sulla giurisdizione.

Né l'allargamento del concetto di giurisdizione può essere giustificato dalla presunta eccessiva espansione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva, poiché esse, come è noto, sono state da questa Corte contenute nei limiti tracciati dalla Costituzione (sentenze n. 191 del 2006 e n. 204 del 2004); d'altro canto, «è la stessa Carta costituzionale a prevedere che siano sottratte al vaglio di legittimità della Corte di cassazione le pronunce che investono i diritti soggettivi nei confronti dei quali, nel rispetto della "particolarità" della materia nel senso sopra chiarito, il legislatore ordinario prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo» (sentenza n. 204 del 2004).

14.1.– L'intervento delle sezioni unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU, non essendo peraltro chiaro, nell'ordinanza di rimessione e nella stessa giurisprudenza ivi richiamata, se ciò valga sempre ovvero solo in presenza di una sentenza sopravvenuta della Corte di giustizia o della Corte di Strasburgo. In ogni caso, ancora una volta, viene ricondotto al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata), motivo sulla cui estraneità all'istituto in esame non è il caso di tornare.

Rimane il fatto che, specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, il problema indubbiamente esiste, ma deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 cod. proc. civ., come auspicato da questa Corte con riferimento alle sentenze della Corte EDU (sentenza n. 123 del 2017).

15.– L'«eccesso di potere giudiziario», denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario,

la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici.

16.- Il concetto di controllo di giurisdizione, così delineato nei termini puntuali che ad esso sono propri, non ammette soluzioni intermedie, come quella pure proposta nell'ordinanza di rimessione, secondo cui la lettura estensiva dovrebbe essere limitata ai casi in cui si sia in presenza di sentenze "abnormi" o "anomale" ovvero di uno "stravolgimento", a volte definito radicale, delle "norme di riferimento".

Attribuire rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio è, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive.

17.- Alla stregua del così precisato ambito di controllo sui "limiti esterni" alla giurisdizione non è consentita la censura di sentenze con le quali il giudice amministrativo o contabile adotti una interpretazione di una norma processuale o sostanziale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda.

Ne consegue, nel caso di specie, l'inammissibilità della questione sollevata per difetto di rilevanza, in ragione della mancanza di legittimazione del giudice a quo.

18.– Anche la questione di legittimità costituzionale sollevata dal TAR Campania è inammissibile.

A differenza della Corte di cassazione, il Tribunale amministrativo non invoca un'ablazione (parziale) della disposizione censurata, ma una pronuncia additiva che attribuisca al giudice ordinario la giurisdizione sulle controversie relative al rapporto di pubblico impiego (anche) per fatti anteriori al 30 giugno 1998 proposte dopo il 15 settembre del 2000.

Il rimettente, tuttavia, nel motivare le ragioni della richiesta, si limita ad affermare che essa sarebbe in linea con la finalità di concentrazione avanti ad un unico giudice – finalità sottesa alla riforma recata dal d.lgs. n. 165 del 2001 – e con la esigenza di non coinvolgere troppo a lungo il giudice amministrativo in una giurisdizione ormai perduta.

La scarna motivazione nulla dice sul perché l'addizione invocata sia considerata costituzionalmente obbligata, specie ove si consideri che la giurisdizione che si vorrebbe attribuire al giudice ordinario riguarderebbe anche fatti relativi al rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione per il periodo anteriore all'entrata in vigore del decreto legislativo 3 febbraio 1993,

- n. 29 (Razionalizzazione della organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421), quando, cioè, quel rapporto era ancora pienamente pubblicistico e quindi notoriamente contrassegnato anche e soprattutto da posizioni di interesse legittimo, che così verrebbero distratte dal giudice naturale, che è quello amministrativo (sentenza n. 140 del 2007).
- 19.- La questione di costituzionalità sollevata dal TAR Lazio non è fondata.
- **20.** L'assunto da cui muove il rimettente, secondo cui l'art. 69, comma 7, nel prevedere la decadenza dall'azione, si pone in contrasto con i parametri interposti, come acclarato dalle sentenze Mottola e Staibano, e, per questa via, con l'art. 117, primo comma, Cost., non è corretto.
- **20.1.** Come già rilevato da questa Corte, le sentenze della Corte EDU «hanno accertato, in primo luogo, la violazione del diritto dei ricorrenti all'equo processo, non essendo stato loro consentito, in concreto, di accedere a un tribunale, dal momento che il termine dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, prima interpretato dalla giurisprudenza come termine di proponibilità dell'azione davanti al giudice amministrativo con salvezza di azione davanti al giudice ordinario, è stato poi ritenuto termine di decadenza sostanziale. Secondo la Corte EDU, il mutamento di indirizzo giurisprudenziale (e non il termine previsto dalla norma, "finalizzato alla buona amministrazione della giustizia" e "in sé non eccessivamente breve") ha impedito ai ricorrenti di ottenere tutela, nonostante avessero "adito i tribunali amministrativi in completa buona fede e sulla base di un'interpretazione plausibile delle norme sulla ripartizione delle competenze"» (sentenza n. 123 del 2017).

Sempre secondo la Corte di Strasburgo, in base a quest'ultima interpretazione – secondo cui l'art. 69, comma 7, non pone una decadenza dall'azione ma è un mero spartiacque temporale tra le giurisdizioni – i ricorrenti che avessero adito erroneamente il giudice amministrativo avrebbero potuto «riassumere» o proseguire il giudizio davanti al giudice ordinario; a seguito di un «mutamento giurisprudenziale», tuttavia, il Consiglio di Stato avrebbe impedito ai ricorrenti «di godere di questa importante tutela».

20.2.– Non è inopportuno rilevare, innanzitutto, come una più completa ricostruzione del panorama giurisprudenziale interno possa far dubitare che nel caso che ha dato origine alle sentenze Mottola e Staibano vi sia stata davvero la "sorpresa" della buona fede dei ricorrenti su cui esse poggiano.

Le pronunce in questione sembrano ignorare, infatti, che la giurisprudenza della Corte di cassazione, quanto meno dal 2001 (sezioni unite civili, 27 marzo 2001, n. 139; 4 giugno 2002, n. 8089; 30 gennaio 2003, n. 1511; 3 maggio 2005, n. 9101; 3 novembre 2005, n. 21289; 27 febbraio 2013, n. 4846; 30 settembre

2014, n. 20566), afferma che l'art. 69, comma 7, non pone una questione di riparto di giurisdizione ma di decadenza dall'azione, con la conseguenza che il giudice regolatore della giurisdizione ha sempre escluso la cognizione del giudice ordinario sulle controversie in esame.

Tale incompleta ricostruzione del quadro giurisprudenziale interno sarebbe dovuta, secondo l'Università di Napoli, che lamenta di non aver potuto prendere parte al processo convenzionale, ad una carente esposizione dei fatti ad opera dello Stato italiano, unica parte (oltre ai ricorrenti) nel giudizio davanti alla Corte EDU (il serio problema della mancata partecipazione dei terzi a tale giudizio è già stato messo in luce da questa Corte con la citata sentenza n. 123 del 2017).

20.3.– In ogni caso, quello che non è in discussione nelle sentenze della Corte EDU è la coerenza della norma censurata dai rimettenti con i parametri convenzionali, poiché essa, di per sé, fissa un termine ispirato ad una finalità legittima e (più che) ragionevole, il che, evidentemente, esclude anche la sua illegittimità costituzionale.

Del resto, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 7, sollevate sulla base di diversi parametri interni – nella sostanza coincidenti con quelli convenzionali invocati dal rimettente – sono state sempre rigettate da questa Corte (ordinanze n. 197 del 2006, n. 328 e n. 213 del 2005, n. 214 del 2004).

L'assunto da cui muove la Corte EDU – e cioè l'effetto sorpresa derivante dal mutamento giurisprudenziale nell'interpretazione della norma – potrebbe condurre, semmai, sussistendone i presupposti, all'applicazione dell'istituto della rimessione in termini per errore scusabile, attualmente disciplinato dall'art. 37 del d.lgs. n. 104 del 2010, ai sensi del quale «il giudice può disporre anche d'ufficio la rimessione in termini in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto».

Per Questi Motivi LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

- 1) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 7, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), sollevata, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, dalla Corte di cassazione, sezioni unite civili, con l'ordinanza indicata in epigrafe;
- 2) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art.

- 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, sollevata, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale per la Campania, con l'ordinanza indicata in epigrafe;
- 3) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, sollevata, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 5 dicembre 2017.

F.to:

Paolo GROSSI, Presidente

Giancarlo CORAGGIO, Redattore

Roberto MILANA, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 18 gennaio 2018.

Il 6 novembre 2020 si è svolto un webinar sul tema dei limiti esterni di giurisdizione e del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE da parte delle Sezioni Unite della Cassazione con l'ord. n. 19598/2020, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre. Il volume - realizzato con i contributi assegnati al Dipartimento come Dipartimento di eccellenza 2018-2022 - ne raccoglie le relazioni, insieme ad altri successivi interventi sul medesimo tema.

Giovanni Amoroso è magistrato, giudice della Corte Costituzionale, già Presidente di Sezione della Corte Suprema di Cassazione.

Roberto Baratta è professore ordinario di Diritto dell'Unione Europea nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre.

Antonio Carratta è professore ordinario di Diritto Processuale Civile nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre.

Giorgio Costantino è professore ordinario di Diritto Processuale Civile nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre.

Fabio Francario è professore ordinario di Diritto Amministrativo nel Dipartimento di Scienze Politiche e Internazionali dell'Università di Siena.

Andrea Proto Pisani è professore emerito di Diritto Processuale Civile nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Firenze. È socio dell'Accademia Nazionale dei Lincei.

Giuseppe Ruffini è professore ordinario di Diritto Processuale Civile nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre.

Maria Alessandra Sandulli è professore ordinario di Diritto Amministrativo nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre.

Aldo Travi è professore ordinario di Diritto Amministrativo nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

