

L'eccesso di potere giurisdizionale delle sezioni unite

di **Maurizio Santise**

Consigliere di Tar

Componente Ufficio Studi, Massimario e Formazione della Giustizia Amministrativa

Continua la discussione sull'ordinanza n. 19598/2020 delle sezioni unite della Cassazione, a proposito dei limiti del sindacato della Suprema corte sulle sentenze del Consiglio di Stato quando queste abbiano deciso in

1*
 contrasto con il diritto Ue. Dopo aver ospitato un primo, autorevole commento , *Questione giustizia* dà spazio a una voce di segno contrario.

1. Premessa / 2. Il rapporto tra giurisdizioni: concezione unitaria o pluralista / 3. L'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione n. 19598/2020 / 4. Le motivazioni dell'ordinanza di rimessione sul primo quesito del rinvio pregiudiziale / 5. Osservazioni critiche / 5.1. Sul concetto di giurisdizione dinamica / 5.2. Il parallelo (non riuscito) con la pregiudiziale amministrativa / 5.3. L'aggiornamento della regola del giudicato e il contrasto con la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia Ue / 5.4. Il difetto assoluto di attribuzione / 5.5. Autonomia processuale, principi di equivalenza, effettività e interpretazione conforme / 5.6. La riserva della materia amministrativa alla giurisdizione amministrativa / 6. Le ripercussioni nell'ordinamento italiano di un'eventuale pronuncia di accoglimento della Corte di giustizia Ue / 7. Il secondo e il terzo quesito pregiudiziale

1. Premessa

Raramente un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Ue aveva suscitato tale clamore e attenzione da parte degli operatori del settore.

A distanza di pochi mesi dalla pubblicazione dell'ordinanza delle sezioni unite, si possono già registrare numerosissimi contributi della dottrina², più o meno critici, ma

1 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*, 19 ottobre 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/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.

2 Si vedano S. Barbareschi e 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 *Federalismi*, 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, ivi (paper)*, 18 novembre 2020; G. Costantino - A. Carratta - G. Ruffini, *Limiti esterni alla giurisdizione: il contrasto tra Sezioni unite e Corte costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in questa *Rivista online*, 19 ottobre 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/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; F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di Piazza Cavour, Piazza del Quirinale e Piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia insieme*, 11 novembre 2020; M. Mazzamuto, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5/2020, pp. 675 ss.; B. Nascimbene e P. Piva, *Il rinvio della Corte di cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto europeo?*, in *Giustizia insieme*, 24 novembre 2020; M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020, ivi*, 30 novembre 2020; E. Scoditti e G. Montedoro, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in questa *Rivista online*, 11 dicembre 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/il-giudice-amministrativo-come-risorsa; P.L. Tomaiuoli, *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, ma incostituzionale, giurisdizione unica*

pressoché tutti volti a evidenziare, quantomeno, l'inopportunità di un provvedimento emesso dall'organo giurisdizionale di vertice della giustizia ordinaria che ha di fatto impugnato una sentenza della Corte costituzionale³ che aveva già risolto la questione, peraltro, sollevata proprio dalle stesse sezioni unite⁴.

Inopportunità che è resa ancora più manifesta dalla circostanza che il nuovo arbitro della partita sarà un giudice esterno all'ordinamento italiano, chiamato per la prima volta a pronunciarsi su una norma della costituzione italiana (l'art. 111, comma 8), già interpretata dal *giudice ultimo della Costituzione*.

È per questi motivi che la lettura dell'ordinanza di rimessione delle sezioni unite fa sorgere il dubbio che il vizio di eccesso di potere giurisdizionale non risieda tanto nella specifica pronuncia del Consiglio di Stato oggetto di rimessione innanzi al giudice europeo⁵, la quale peraltro riguarda una questione ormai ampiamente superata⁶, ma caratterizzi proprio la stessa ordinanza di rimessione⁷, rimasta, peraltro, indicativamente isolata. Le stesse sezioni unite hanno successivamente (alla pubblicazione dell'ordinanza) seguito l'impianto ermeneutico della Corte costituzionale, sentenza n. 6 del 2018, in alcuni casi comportandosi come se l'ordinanza non esistesse, in altri mettendone in evidenza la limitata portata applicativa⁸.

Sullo sfondo, ma non troppo, si pongono le conseguenze che potrebbero derivare da un eventuale accoglimento della questione da parte della Corte di giustizia con la possibile reazione della Corte costituzionale, pronta a esibire lo scudo dei controlimiti (si veda *amplius* il par. 6).

(nota a Cass. civ., Sezioni unite, ord. 18 settembre 2020, n. 19598), in *Consulta on line*, n. 3/2020, pp. 689 ss.; G. Tropea, *Il Golem europeo e "i motivi inerenti alla giurisdizione"*, in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020; A. Travi, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foro news*, 12 ottobre 2020.

3 Il riferimento è chiaramente a Corte costituzionale, sentenza n. 6 del 2018.

4 La questione era stata rimessa dalle sezioni unite, con ordinanza dell'8 aprile 2016, oltre che dal Tar per la Campania (ordinanza del 24 maggio 2016) e dal Tar per il Lazio (ordinanza del 26 aprile 2016).

5 Consiglio di Stato, sez. III, sent. 7 agosto 2019, n. 5606.

6 Vds. sul punto il par. 7.

7 Tale conclusione non è affatto isolata. È stato, ad esempio, evidenziato che l'intervento della Corte di giustizia «è inammissibile, perché l'assetto delle giurisdizioni domestiche, consacrato in una norma costituzionale che caratterizza la struttura fondamentale dello Stato non è e non può essere regolato dal diritto dell'Unione» (P.L. Tomaiuoli, *Il rinvio pregiudiziale*, op. cit., p. 698) oppure che «L'attività creativa è semmai delle Sezioni unite, non del giudice amministrativo» (G. Tropea, *Il Golem europeo*, op. cit.), o che l'ordinanza di rimessione rappresenterebbe l'ennesima manifestazione «di un'attitudine espansionistica della Cassazione nei confronti del giudice amministrativo» (M. Mazzamuto, *Le Sezioni Unite*, op. cit.).

8 Ad esempio, Cass., sez. unite, 4 dicembre 2020, n. 2770, nel respingere il ricorso per cassazione avverso una sentenza del Consiglio di Stato, ha evidenziato che il quadro normativo e ordinamentale non viene a mutare in seguito all'ordinanza del 18 settembre 2020, n. 19598, che riguarda esclusivamente il più ristretto ambito del diritto dell'Unione europea. In altra occasione, Cass., sez. unite, 30 ottobre 2020, n. 24103, ha evidenziato che: «in coerenza con la nozione posta da Corte Cost. 5 dicembre 2018 n. 6, (...) siffatto vizio non è configurabile in relazione ad "errores in procedendo" o "in iudicando", i quali non investono la sussistenza e i limiti esterni del potere giurisdizionale del giudice amministrativo e dei giudici speciali, bensì solo la legittimità dell'esercizio del potere medesimo; tanto vale quale che sia la gravità della violazione, anche ove essa attinga alla soglia del c.d. stravolgimento delle norme di riferimento, sostanziali o processuali, applicate (Corte Cost., sent. 5 dicembre 2018 n. 6, cit.) e la mancata o inesatta applicazione di una norma di legge da parte del giudice amministrativo non dà luogo alla creazione di una norma inesistente, comportante un'invasione della sfera di attribuzione del potere legislativo».

2. Il rapporto tra giurisdizioni: concezione unitaria o pluralista

L'ordinanza delle sezioni unite sottende il tema del rapporto tra giurisdizioni che da sempre affatica gli interpreti, divisi tra sostenitori di una giurisdizione unica e fautori di una giurisdizione pluralista. Tale dibattito ha rappresentato il substrato culturale che ha dato vita all'art. 111 della Costituzione. All'epoca già si contrastavano le impostazioni di coloro che predicavano una giurisdizione unica con un'unica funzione nomofilattica affidata alla Corte di cassazione⁹, e coloro che, invece, sposavano l'idea dell'unità funzionale della giurisdizione (Mortati e Ruini).

Quest'ultima impostazione è stata accolta dalla nostra Carta costituzionale, che espressamente mette in opposizione il sindacato della Corte di cassazione «per violazione di legge» (comma 7), avente ad oggetto le pronunce della giustizia ordinaria (civile e penale), e il sindacato «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione» (comma 8)¹⁰, avente ad oggetto le sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti), che rappresenta una chiara deroga ai principi generali e, pertanto, va interpretato in senso restrittivo.

Quest'ultima norma rappresenta una chiara deroga del principio distillato nel precedente comma 7, che ammette il sindacato della Corte di cassazione, in relazione alle sentenze della giustizia ordinaria, (anche) per violazione di legge.

Il sistema giurisdizionale italiano, quindi, accoglie il sistema di *doppia giurisdizione* o di *giurisdizione pluralista*, sul modello francese, che presuppone un giudice amministrativo (articolato nei tribunali amministrativi regionali in primo grado e nel Consiglio di Stato, in secondo e ultimo grado) avente giurisdizione *per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie, di diritti soggettivi* (artt. 103, comma 7, Costituzione e 7, comma 1, cpa).

Ne consegue che nella giurisdizione amministrativa il sindacato della Corte di cassazione è eccezionale e derogatorio dei principi generali, che eleggono il Consiglio di Stato a giudice ultimo nella materia amministrativa.

Il sindacato della Corte di cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato è, dunque, limitato solo ai motivi inerenti alla giurisdizione e, come tutte le eccezioni, va inteso in senso restrittivo.

3. L'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione n. 19598/2020

Con l'ordinanza di rimessione n. 19598 del 18 settembre 2020, la Corte di cassazione ha rimesso alla Corte di giustizia Ue tre questioni pregiudiziali:

a) *se l'art. 4, par. 3, art. 19, par. 1 Tue e art. 2, parr. 1 e 2, e art. 267 Tdue, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Cdfue), ostino a una prassi interpretativa come quella concernente gli artt. 111 Cost., comma 8,*

⁹ È l'opinione di Calamandrei. Vds. sul punto l'art. 12 della *Relazione* di Calamandrei alla II sottocommissione, rubricato «Unicità della giurisdizione», secondo cui «L'esercizio del potere giudiziario in materia civile, penale e amministrativa, appartiene esclusivamente ai giudici ordinari, cioè ai giudici singoli (conciliatori e pretori), ai tribunali ed alle corti, istituiti e regolati dalla legge sull'ordinamento giudiziario. Al vertice dell'ordinamento giudiziario, unica per tutto lo Stato, siede in... la Corte di cassazione istituita per mantenere l'unità del diritto nazionale attraverso l'uniformità della interpretazione giurisprudenziale e per regolare le competenze fra i giudici».

¹⁰ Dibattito che, come detto, non è stato mai sopito se solo si pensa che ancora oggi parte della dottrina (ri)propone la necessità di un sistema ispirato alla giurisdizione unica, ma sempre, beninteso, predicando come necessaria una modifica della Costituzione. Vds., ad esempio, A. Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, n. 2/2001, V, 22 ss.

360, comma 1, n. 1, 362 cpc, comma 1, e art. 110 cpa – 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 cd. "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 a 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.

b) Se gli artt. 4, par. 3, 19, par. 1 TUE e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della CdUE, ostino alla interpretazione e applicazione degli artt. 111 Cost., comma 8, 360 cpc, comma 1, n. 1, 362 cpc, comma 1, e art. 110 cpa, 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 cd. "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 l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione;

c) 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 artt. 1, parr. 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).

4. Le motivazioni dell'ordinanza di rimessione sul primo quesito del rinvio pregiudiziale

L'attenzione va focalizzata sul primo quesito, che ha natura pregiudiziale sugli altri due.

Lo snodo motivazionale che caratterizza, sotto questo profilo, l'ordinanza di rimessione può essere così compendiatamente:

1) Nell'ordinamento italiano è stato accolto, fino alla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018, una nozione di giurisdizione cosiddetta "dinamica" che ha affiancato alle ipotesi di difetto assoluto o relativo di giurisdizione anche altre ipotesi definite come di *eccesso di potere giurisdizionale*: 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 Cost., comma 8, la eroghi concretamente*» (punto 23.1 della motivazione);

2) «*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*» (punto 32);

3) «*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. Altrimenti verrebbe eluso l'obbligo, imposto agli Stati membri dall'art. 1, comma 3, della 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"*» (punto 36). «*Il ricorso per cassazione costituisce l'unico strumento per reagire a violazioni del diritto dell'Unione imputabili a sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con sentenze della Corte di giustizia (precedenti o successive)*» (punto 37).

4) L'orientamento giurisprudenziale formatosi sulla scia della sentenza della Corte costituzionale del 2018, che preclude alle sezioni unite di esaminare nel merito i ricorsi denunciati 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, né il principio di autonomia procedurale degli Stati membri può impedire tale rischio, in quanto sarebbe in contrasto con i principi di equivalenza e di effettività (punto 39);

5) «*La materia amministrativa non è riservata alla giurisdizione amministrativa 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» (punto 44).

5. Osservazioni critiche

5.1. Sul concetto di giurisdizione dinamica

Il presupposto fondante la pronuncia della Corte di cassazione è rappresentato dalla *rinascita* di una nozione di giurisdizione (definita *dinamica*), scartata espressamente dalla Corte costituzionale.

Per la Corte di cassazione 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.

Sotto questa prospettiva, il difetto di giurisdizione si materializzerebbe nella misura in cui il giudice *a quo*, pur avendo giurisdizione, non abbia somministrato la necessaria tutela prevista dalla legge, così violando i diritti fondamentali, tra cui rientra quello di difesa.

Nella citata sentenza n. 6 del 2018, la Corte costituzionale ha, però, chiarito che il concetto di giurisdizione dinamica non può essere accolto perché si pone in contrasto con il sistema giurisdizionale attuale, che è fondato su una giurisdizione pluralista: «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»* (punto 11, c.vi aggiunti).

La Corte costituzionale, *interprete ultimo della Costituzione*, in maniera netta ha, quindi, rifiutato il concetto di giurisdizione dinamica, che scuoterebbe dalle fondamenta l'assetto della giurisdizione pluralista che è stato disegnato dai Costituenti e che predica un concetto di *unità funzionale* delle giurisdizioni, ma non certo di *unità organica*. L'art. 111, comma 8 della Costituzione è una chiara deroga al precedente comma 7, che ammette il sindacato generale della Corte di cassazione per violazione di legge sulle sentenze della giustizia ordinaria (in materia civile e penale).

Come già evidenziato, l'ordinanza di rimessione resta in giurisprudenza una voce isolata, che continua a propugnare una nozione di giurisdizione nell'ordinamento italiano priva di qualunque base legale.

5.2. Il parallelo (non riuscito) con la pregiudiziale amministrativa

La Corte di cassazione ha richiamato, quale antenato o prima manifestazione del concetto di giurisdizione dinamica, il dibattito che esplose sulla pregiudiziale amministrativa (punto 23.1). In particolare, le sezioni unite hanno in passato evidenziato che «in fattispecie relative a domande di risarcimento del danno causato dall'esercizio illegittimo della funzione pubblica, (...) 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»¹¹ .

Il richiamo a tale dibattito, che ha segnato una dura contrapposizione tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato, in realtà impone anche di citare l'opinione di quella dottrina che, pur incline a riconoscere una giurisdizione unica, ha, proprio in relazione al caso della pregiudiziale amministrativa, ritenuto non corretta l'interpretazione della nozione di giurisdizione offerta all'epoca dalle sezioni unite.

Si è, ad esempio, evidenziato che «Sembra in verità difficile condividere l'idea che respingere una domanda di risarcimento del danno, perché il provvedimento lesivo non era stato impugnato ed annullato costituisca diniego di esercizio della giurisdizione. (...) questa è una questione di merito, come ognuno vede. Il termine di decadenza e

certamente un limite interno, storico, della giurisdizione amministrativa»¹² . Nello stesso senso si è rilevato che la Cassazione «Ha torto quando considera come questione di giurisdizione quella relativa alla c.d. pregiudiziale amministrativa, che non attiene a un problema di riparto, ma alla individuazione dei presupposti della tutela, che ciascun giudice è libero di individuare in piena autonomia. Ha ragione il Consiglio di Stato quando non accetta una imposizione da parte della S.C. circa il modo di configurare la tutela all'interno dei suoi poteri cognitivi»¹³ .

Del resto, la stessa dottrina, nel rifiutare il concetto di giurisdizione dinamica, aveva avvertito dai rischi insiti nell'accoglimento di una tale impostazione, in quanto, «anche la sentenza che dichiarasse erroneamente l'inammissibilità di un ricorso per tardività

diventerebbe, per la stessa ragione, impugnabile per motivi di giurisdizione»¹⁴ ; «sembra chiaro che una eccessiva larghezza in questo campo porterebbe a vedere una questione di giurisdizione dappertutto»¹⁵ .

Le sezioni unite, quindi, richiamano come precedente proprio il dibattito sulla cd. pregiudiziale amministrativa, che già vedeva la maggioranza della dottrina italiana, anche quella favorevole alla giurisdizione unica, contraria al sindacato della Corte di cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato semplicemente perché la sentenza che dichiara inammissibile la domanda risarcitoria in assenza di impugnazione del provvedimento amministrativo non rappresenta una questione di giurisdizione, ma una violazione di legge sotto il profilo degli *errores in procedendo*.

Il dibattito sulla pregiudiziale amministrativa si è, peraltro, risolto solo grazie all'intervento del legislatore, che con l'art. 30 cpa ha eliminato la *pregiudiziale processuale*, introducendone un surrogato in via sostanziale e sottoponendo, comunque, la domanda risarcitoria a termini decadenziali.

11 Cass. civ., sez. unite, sentt. 23 dicembre 2008, n. 30254 e 13 giugno 2006, n. 13659.

12 F. Satta, *Quid novi dopo la sentenza n. 30254/2008 delle Sezioni unite*, in *Giust. amm.*, n. 4/2008, pp. 275-276.

13 G. Verde, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2013, pp. 367 ss.

14 A. Travi, *Intervento 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.

15 M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 180.

5.3. *L'aggiramento della regola del giudicato e il contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia Ue*

Chiarita, dunque, la necessità di rifiutare la nozione di giurisdizione dinamica, priva di base legale, e il debole richiamo al dibattito sulla pregiudiziale amministrativa, la motivazione dell'ordinanza di rimessione si sviluppa su un equivoco di fondo che va necessariamente messo in luce.

Ritenere che la Corte di cassazione possa sindacare le sentenze del Consiglio di Stato per *errores in procedendo o in iudicando*, anche se in relazione alla violazione del diritto Ue, vuol dire di fatto rendere cedevole il giudicato formatosi, secondo le autonome regole di diritto italiano, in relazione alla sentenza del Consiglio di Stato.

La Corte di cassazione, autonominatasi custode della legittimità del diritto Ue, ricava il potere di intervenire sulle sentenze del Consiglio di Stato dalla circostanza che sarebbe ancora *possibile* intervenire per impedire la formazione del giudicato.

In realtà le cose non stanno affatto così, in quanto, applicando i principi generali, il giudicato si è inesorabilmente formato.

Le sezioni unite, quindi, disinnescano le regole di formazione del giudicato, slabbrando i confini dell'art. 111, comma 8, Cost.

L'erroneità del procedimento ermeneutico seguito dalle sezioni unite emerge limpidamente anche alla luce della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia in materia di giudicato.

A partire dalla sentenza del 30 settembre 2004, C-224/01, *Kobler c. Repubblica d'Austria*, la Corte di giustizia ha espressamente rilevato che l'importanza del principio dell'autorità della cosa definitivamente giudicata non può essere contestata né essere messa in dubbio. Infatti, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso *disponibili* o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi *non possano più essere rimesse in discussione* (punto 38).

L'art. 111, comma 8 della Costituzione, nell'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale, chiarisce che, una volta che il Consiglio di Stato si è pronunciato, non sussistono vie di ricorso *disponibili* se non per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, da interpretarsi in senso restrittivo.

Secondo la Corte di giustizia, peraltro, «occorre considerare tuttavia che il riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado *non ha di per sé come conseguenza di rimettere in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata di una tale decisione*. (...) il ricorrente in un'azione per responsabilità contro lo Stato ottiene, in caso di successo, la condanna di quest'ultimo a risarcire il danno subito, ma non necessariamente che sia rimessa in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata della decisione giurisdizionale che ha causato il danno. In ogni caso, il principio della responsabilità dello Stato inerente all'ordinamento giuridico comunitario richiede un tale risarcimento, ma non la revisione della decisione giurisdizionale che ha causato il danno» (punto 39, c.vi aggiunti). «*Ne deriva che il principio dell'autorità della cosa definitivamente giudicata non si oppone al riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado*» (punto 40).

Il messaggio della Corte di giustizia è chiaro: il giudicato non deve essere rimosso anche se integra una lesione del diritto sovranazionale.

In pochissime ipotesi la Corte di giustizia ha ritenuto ammissibile la rimozione del giudicato, come è ad esempio accaduto nella sentenza del 18 luglio 2007, C-119/05,

Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini SpA. La sentenza, tuttavia, si fondava sul presupposto, non ricorrente nel caso di specie, che i giudici interni non erano competenti a pronunciarsi sulla compatibilità degli aiuti di Stato richiesti dalla Lucchini con il mercato comune, né gli stessi avrebbero potuto constatare l'invalidità della decisione 90/555, che aveva dichiarato tali aiuti incompatibili con il detto mercato: la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti è, infatti, di competenza esclusiva della Commissione, che agisce sotto il controllo del giudice comunitario.

Nel caso di specie, invece, sussiste pacificamente la giurisdizione del giudice amministrativo che ha dichiarato inammissibile un ricorso in materia di appalti, esaminando prioritariamente un ricorso incidentale.

È evidente, quindi, che la Corte di cassazione, con il grimaldello interpretativo della giurisdizione dinamica, rende in realtà cedevole il giudicato formatosi in seguito alla pronuncia del Consiglio di Stato.

Non è, comunque, possibile creare una regola per risolvere uno specifico problema¹⁶. A questo non può che provvedere eventualmente il legislatore (costituzionale), come la stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 6 del 2018, ha evidenziato.

L'erroneità dell'impostazione della Cassazione emerge anche ponendo a raffronto il ragionamento sotteso all'ordinanza di rimessione con quello della Corte di giustizia sull'autotutela avente ad oggetto un provvedimento anticomunitario. La giurisprudenza della Corte di giustizia è consolidata nel ritenere che l'autotutela sia espressione di un potere discrezionale, anche se ha ad oggetto un provvedimento anticomunitario, perché rilevano le fondamentali esigenze di *certezza giuridica* e del *legittimo affidamento*, salvo che, come nell'ipotesi descritta di cedevolezza del giudicato, la pubblica amministrazione si sia pronunciata su materie di competenza esclusiva della Commissione¹⁷.

Principi della certezza giuridica e del legittimo affidamento che si pongono a presidio anche della regola del giudicato.

Sotto questo profilo, i giudici europei hanno chiarito che gli Stati membri debbano fare di tutto per evitare il consolidarsi della violazione del diritto Ue, ma sempre che al loro interno siano previsti gli strumenti che consentano di perseguire questa strada: nel caso di specie, tali strumenti non ci sono.

Se la Corte di giustizia seguisse l'impostazione ermeneutica della Corte di cassazione sarebbe costretta, per coerenza, a mutare il proprio consolidato orientamento e ritenere che la pa sia sempre tenuta a ritirare in autotutela i provvedimenti anticomunitari, con buona pace dei principi di certezza giuridica e di legittimo affidamento. Nello stesso senso dovrebbe ritenere sempre cedevole il giudicato anticomunitario.

Anche il richiamo, contenuto nell'ordinanza di rimessione (punto 27), alla sentenza della adunanza plenaria n. 11 del 2016 è mal posto. In tale sentenza il Consiglio di Stato ha attribuito rilievo a una sentenza della Corte di giustizia sopravvenuta, e non precedente, alla formazione del giudicato solo perché questa non intaccava il giudicato medesimo: «la sentenza interpretativa pregiudiziale della Corte di giustizia è, quindi, equiparabile a una sopravvenienza normativa, la quale, incidendo su un procedimento ancora in corso di svolgimento e su un tratto di *interesse non coperto dal giudicato ha determinato non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica*» (punto 55, c.vo aggiunto). In altri termini il Consiglio di Stato ha ritenuto che la violazione del diritto Ue, in sede di giudizio di ottemperanza, possa essere

¹⁶ Sul punto, P.L. Tomaiuoli, *Il diritto amministrativo nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in questa *Rivista online*, 7 ottobre 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/il-diritto-amministrativo-nella-piu-reciente-giurisprudenza-della-corte-costituzionale.

¹⁷ Cgue, *Kuhne & Heitz*, C-453/00, 13 gennaio 2004.

evitata quando la questione, comunque, non sia coperta dal giudicato, ma riguardi tratti *lasciati liberi dell'azione amministrativa*.

5.4. Il difetto assoluto di attribuzione

L'ordinanza di rimessione poggia, poi, su un presupposto interpretativo decisamente inconfondibile, ovvero che il Consiglio di Stato, nelle ipotesi individuate di eccesso di potere giurisdizionale, eserciterebbe «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» (punto 32).

Il parallelo tra eccesso di potere giurisdizionale e difetto assoluto di giurisdizione nella versione dell'invasione del potere legislativo è, ancora una volta, mal riuscito.

Il difetto assoluto di giurisdizione per sconfinamento nel potere legislativo sussiste solo se il giudice *crea* la regola, non se la *interpreta* in maniera non conforme a legge. Nella fattispecie che ha dato vita alla pronuncia delle sezioni unite si controverte di una sentenza in materia di appalti che ha dichiarato inammissibile il ricorso principale, in seguito all'accoglimento del ricorso incidentale. È pacifica, dunque, la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, così come è pacifica che a essere contestata (da parte delle sezioni unite) è una questione che con la giurisdizione non ha nulla a che vedere, ma che al più integra le *condizioni dell'azione*, rappresentate dalla legittimazione ad agire e dall'interesse ad agire. L'accoglimento preliminare del ricorso incidentale ha, infatti, comportato la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale, per difetto di legittimazione ad agire del ricorrente.

L'ordinanza di rimessione riaccutizza e materializza le paure della dottrina prima citata (*sub par. 3.1.*): ogni questione di rito può trasformarsi in questione di giurisdizione, con l'ampliamento a dismisura del sindacato della Corte di cassazione.

La pronuncia delle sezioni unite è poi in assoluta controtendenza rispetto alla stessa giurisprudenza della Cassazione, che ha sempre dato una lettura restrittiva della nozione di invasione/sconfinamento nella sfera legislativa, attribuendo ampi confini all'attività di interpretazione da parte del giudice.

Non si rileva, infatti, una casistica significativa nel senso di ritenute invasioni/sconfinamenti, ma piuttosto una casistica in senso opposto: i ricorsi per cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato che denunciano invasioni/sconfinamenti nella sfera legislativa vengono sistematicamente respinti¹⁸.

Il caso in esame rappresenterebbe uno dei pochissimi casi, se non l'unico, di invasione del giudice amministrativo nella sfera legislativa, ma con un effetto detonante sulle sorti della giurisdizione in generale.

Le stesse sezioni unite hanno, in particolare, ricordato (proprio in relazione ai limiti al sindacato sulle decisioni del Consiglio di Stato) che 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

¹⁸ R. De Nictolis, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e ricorso per "violazione di legge")*, Sipotra («Società italiana di politica dei trasporti»), 22 maggio 2017, www.sipotra.it/old/wp-content/uploads/2017/06/L%E2%80%99eccesso-di-potere-giurisdizionale.pdf. Nello stesso senso, si vedano di recente le sez. unite del 4 dicembre 2020, n. 2770, cit. *sub* nota 4.

funzione meramente euristica, ma risolvendosi in un'opera creativa della volontà della legge nel caso concreto¹⁹.

5.5. *Autonomia processuale, principi di equivalenza, effettività e interpretazione conforme*

Le sezioni unite più volte richiamano il principio di *autonomia procedurale* ed evidenziano che questo non può comportare una violazione dei principi di equivalenza ed effettività della tutela. La lettura del quadro normativo fornita dalla Corte di cassazione impatta, però, contro l'art. 19, n. 1, par. 2 del TUE, il quale dispone che «*gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione*». In applicazione di tale principio, la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia ha in più occasioni affermato che «*spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario*»²⁰.

È quindi pacifico che la scelta di quanti e quali gradi di giudizio prevedere per la tutela delle situazioni giuridiche soggettive, le regole processuali, comprese quelle di formazione del giudicato, spettino alla competenza esclusiva degli Stati membri, anche con riguardo alla conformazione dei motivi di ricorso per cassazione, come, ancora una volta, ha evidenziato la Corte di giustizia²¹: «*Il diritto dell'Unione, in linea di principio, non osta a che gli Stati membri, conformemente al principio dell'autonomia processuale, limitino o subordinino a condizione i motivi che possono essere dedotti nei procedimenti per cassazione, purché siano rispettati i principi di effettività e di equivalenza potendo l'ordinamento UE incidere solo in caso di violazione dei principi di effettività e di equivalenza*» (punto 27).

Sotto quest'ultimo profilo non vi può essere alcuna violazione del principio di equivalenza, in quanto il sistema italiano offre adeguata ed eguale tutela a tutte le posizioni giuridiche soggettive, sia interne che di derivazione sovranazionale.

Quanto al principio di effettività, la giurisprudenza della Corte ripete da tempo che le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono rendere *praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario* (principio di effettività).

Nell'ordinamento italiano il principio di effettività è ampiamente garantito dalla circostanza che il ricorrente ha a disposizione due gradi di giudizio per far valere le proprie ragioni (oltre al ricorso per cassazione per i motivi inerenti alla giurisdizione).

Non bisogna dimenticare che la giurisprudenza della Corte di giustizia Ue ha sviluppato il principio dell'effettività in vista dell'esigenza di *uniformità del livello di tutela* nell'Unione²².

L'ordinamento italiano ha una soglia di tutela per certi versi più elevata degli altri Stati: il modello italiano di giurisdizione dualista o pluralista prevede, rispetto agli altri ordinamenti europei, il controllo della Corte di cassazione (sia pur con gli stringenti limiti visti), che rappresenta un'anomalia tutta italiana non ripresa, ad esempio, né

¹⁹ In questo senso, Cass. civ., sez. unite, sent. n. 27341/2014.

²⁰ Cgue [GS], *Unibet*, C-432/05, 13 marzo 2007.

²¹ Sentenza *Abdelhafid Bensada Benallal*, C-161/15, 17 marzo 2016.

²² F. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012, p. 129.

nell'ordinamento francese né in quello tedesco (pur ispirati a un modello di giurisdizione pluralista).

I principi di effettività e di equivalenza non possono poi incidere di certo sui gradi di giudizio interno, sul sistema delle impugnazioni, e ancor meno impongono che una Corte di cassazione, competente nella materia civile e penale, possa diventare giudice di ultimo grado sulla sentenza definitiva del Consiglio di Stato.

Anche il principio di *interpretazione conforme* è richiamato in maniera erronea (punto 41.2). Tale principio implica che i giudici nazionali, tra più significati da attribuire a una norma interna, debbano seguire quello che appaia maggiormente conforme all'oggetto e allo scopo della normativa europea. È un principio, peraltro, che è stato richiamato in relazione alle direttive non trasposte al fine di realizzare sostanzialmente un effetto orizzontale indiretto delle stesse. Si tratta, dunque, di un *metodo teleologico*²³ che consente di adattare in via ermeneutica il contenuto precettivo della disposizione interna agli obiettivi prescritti dall'ordinamento comunitario.

Nel caso di specie, la norma (art. 111, comma 8, Cost.) è chiara e non ammette interpretazioni diverse. In ogni caso, non è dall'interpretazione dell'art. 111 che si salvaguarda il rispetto dell'ordinamento Ue, ben potendo la Cassazione condividere l'impostazione del Consiglio di Stato e, in ipotesi, reiterare la violazione del diritto eurounitario²⁴.

Nella sentenza C-212/04 del 4 luglio 2006, *Konstantinos Adeneler e altri c. Ellinikos Organismos Galaktos*, la Corte di giustizia ha, peraltro, chiarito che *l'interpretazione conforme non può essere il fondamento di un'interpretazione contra legem delle norme nazionali*.

5.6. La riserva della materia amministrativa alla giurisdizione amministrativa

Altro argomento su cui si fonda la pronuncia in commento è 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» (punto 44).

Anche tale argomentazione offre una lettura del sistema parziale e distorta.

Dalla Costituzione italiana emerge chiaramente che al giudice amministrativo è evidentemente riservata la materia amministrativa. Le sezioni unite richiamano l'art. 113 della Costituzione, secondo cui «*Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa*», ma l'art. 103, in maniera stentorea, espressamente dispone che «*Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge,*

²³ Sono le parole di F. Tesaurò, *op. ult. cit.*, p. 184.

²⁴ M. Mazzamuto, *Le Sezioni Unite*, *op. cit.*, pp. 675 ss., osserva che, a seguire il ragionamento della Cassazione, «anche il giudice della giurisdizione dovrebbe rimanere estraneo al *genus* dei giudici di ultima istanza, non essendo escluso che le sue sentenze divengano oggetto di impugnazione dinanzi alla Corte costituzionale. Anzi, se fosse corretto il ragionamento della Cassazione si potrebbe dire che *mutatis mutandis* il Consiglio di Stato, con un conflitto di attribuzioni, e chiedendo, se del caso, al giudice costituzionale di sollevare pregiudiziale eurounitaria, potrebbe a sua volta sempre censurare una pronuncia del giudice della giurisdizione perché ha violato il diritto UE o ha immotivatamente omesso di sollevare la pregiudiziale eurounitaria, prendendo a pretesto, così come hanno fatto le Sezioni Unite, una questione che attiene ai confini dei rispettivi poteri».

anche dei diritti soggettivi».

La dottrina italiana e la giurisprudenza non hanno mai trovato un punto di incontro definitivo sulla questione della *giurisdizione esclusiva del giudice ordinario in materia amministrativa*. L'orientamento che prevale è che le poche e limitatissime ipotesi previste dalla legge sono meramente ricognitive del criterio di riparto di giurisdizione fondato sul *petitum* sostanziale e accolto dalla Costituzione²⁵.

Tanto è coerente con la Costituzione che assegna al giudice amministrativo, con carattere di generalità, le controversie di natura amministrativa, tant'è che la giurisdizione del giudice amministrativo è tradizionalmente individuata come "generale di legittimità"; analoga norma non si riscontra in favore della giurisdizione ordinaria.

Del resto, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 204/2004, proprio interpretando gli artt. 103 e 113 della Costituzione, ha precisato che il giudice amministrativo è «*giudice nell'amministrazione*» (punto 3), nonché «*giudice naturale della funzione pubblica*».

Risolutivo in tal senso è, peraltro, l'art. 99, comma 5, d.lgs n. 104/2010 (cpa), che affida all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato la funzione nomofilattica in materia amministrativa: «*Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato*». Si tratta della pronuncia dell'adunanza plenaria nel solo interesse della legge perché il ricorso è affetto da un vizio processuale che ne preclude l'esame nel merito.

È un potere, peraltro, esattamente speculare a quello che spetta alla Corte di cassazione (art. 363 cpc), a dimostrazione che la funzione nomofilattica è *bipartita* tra Corte di cassazione (nelle materie civili e penali) e Consiglio di Stato (nella materie amministrative).

Nessun dubbio può, dunque, porsi sulla circostanza che, in linea generale, la materia amministrativa sia riservata al giudice amministrativo; l'art. 103, citato dalle sezioni unite, è norma ricognitiva di una regola generale che non esclude che una legge attribuisca una *specifica* materia al giudice ordinario. Del resto, la Costituzione legittima anche ipotesi inverse: il giudice amministrativo può, *in particolari materie*, conoscere *anche* dei diritti soggettivi (art. 103, comma 1, Cost.).

6. Le ripercussioni nell'ordinamento italiano di un'eventuale pronuncia di accoglimento della Corte di giustizia Ue

La citata ordinanza di rimessione nasconde molto più di quello che appare in superficie.

L'eventuale accoglimento della questione da parte della Corte di giustizia nel senso predicato dalle sezioni unite comporterebbe uno scuotimento dell'ordinamento dalle sue fondamenta: non solo la Corte di cassazione diverrebbe giudice di terzo grado (anche) nella materia amministrativa in caso di violazione dell'ordinamento Ue, ma avrebbe la strada spianata per applicare il principio anche ai casi in cui non vi sia violazione del diritto eurounitario, a Costituzione invariata, come è già accaduto con riguardo al tema della pregiudiziale amministrativa.

Senza poi pensare alle ripercussioni che la pronuncia della Corte di giustizia potrebbe

²⁵ Vds. sul punto Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 5198/2009. In dottrina, per un approfondimento, G. Tropea, *La tutela giurisdizionale innanzi al giudice ordinario*, in L. Giani - M. Immordino - F. Manganaro (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 329 ss.

avere sia sui rapporti tra Corte di cassazione e Corte costituzionale, che rischierebbero di incrinarsi definitivamente, sia tra quest'ultima e i giudici di Lussemburgo. Non può escludersi, infatti, la possibilità di una netta chiusura della Corte costituzionale nei confronti della Corte di giustizia, con il rischio di un ritorno dei tempi delle sentenze

²⁶ *Costa/Enel* o, in una prospettiva più recente, di una rivisitazione della “saga *Taricco*”²⁷. Eventualità che, peraltro, in altri ordinamenti si è già verificata, come dimostra la durissima presa di posizione della Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) che, con sentenza del 5 maggio 2020, ha rifiutato di eseguire una pronuncia della Corte di giustizia in tema di *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) relativa alla Banca centrale europea²⁸.

La Corte costituzionale potrebbe, quindi, rifiutarsi di riconoscere la sentenza della Corte di giustizia, attivando questa volta i *contro-limiti*, qualora considerasse tale l'art. 111 della Costituzione²⁹.

Di questo, dunque, deve essere resa edotta la Corte di giustizia, che è chiamata a rendere una pronuncia che rischia di alterare i rapporti tra giurisdizioni per come storicamente sono stati disegnati nella Costituzione.

Senza considerare che appare del tutto improprio che tali questioni siano risolte da un giudice esterno all'ordinamento italiano. Del resto, chi avrebbe dovuto porre la parola “fine” a tale *querelle* l'ha già fatto (Corte costituzionale, sentenza n. 6/2018).

7. Il secondo e il terzo quesito pregiudiziale

Qualora la Corte di giustizia dovesse respingere la ricostruzione offerta dalle sezioni unite, anche il secondo quesito, che è strettamente connesso al primo, riceverebbe la stessa sorte.

Basti, in questa sede, solo rilevare che la giurisprudenza consolidata delle stesse sezioni unite, cui dà atto anche l'ordinanza di rimessione, ha sempre escluso la possibilità di sindacare le sentenze del Consiglio di Stato per *omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, trattandosi di *errores in procedendo* che non integrano una questione di giurisdizione.

Quanto al terzo quesito, lo stesso non è più attuale, perché è stato già risolto dalla Corte di giustizia con sentenza del 5 settembre 2019, C-333/18, *Lombardi*, su ordinanza di rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato del 14 febbraio 2018. Dopo la citata pronuncia della Corte di giustizia, la giurisprudenza amministrativa ha seguito in maniera consolidata il principio distillato dai giudici europei³⁰.

²⁶ Cgue, sent. *Flaminio Costa c. ENEL*, ECR 585, C 6/64, e Corte cost., sent. n. 164/1964.

²⁷ Vds. sul punto C. Cupelli, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Dir pen cont.*, 4 giugno 2018 (<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6083-la-corte-costituzionale-chiude-il-caso-taricco-e-apre-a-un-diritto-penale-europeo--certo>).

²⁸ Il riferimento è alla Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020, vertente sul programma PSPP della Banca centrale europea (Bce), che ha reso opportuna l'emanazione di un comunicato stampa di chiarimento ad opera della Corte di giustizia in data 8 maggio 2020.

²⁹ Vds., *amplius*, R. Calvano, *La Corte costituzionale e i 'Controlimiti' 2.0*, in *Federalismi*, 29 febbraio 2016.

³⁰ Vds., ad esempio, Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 2 novembre 2020, n. 6734.