



# Consiglio di Stato

Ufficio Studi, massimario e formazione

## Il diniego di giurisdizione

### ABSTRACT

*Le questioni di giurisdizione. L'art. 110 del codice del processo amministrativo stabilisce che "il ricorso per cassazione è ammesso contro le sentenze del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione".*

*La disposizione legislativa riproduce l'ultimo comma dell'art. 111 della Costituzione, secondo il quale "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".*

*La formula linguistica incentrata sul concetto di inerenza alla giurisdizione non ha un significato univoco e chiaro. Al riguardo, si contrappongono due orientamenti estremi: il primo allarga la nozione di giurisdizione, comprendendovi, alla lettera, ogni manifestazione del potere tipico spettante al giudice; il secondo considera questioni di giurisdizione solo quelle concernenti il riparto di attribuzioni tra i diversi ordini di giurisdizione.*

*La giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione ha sviluppato un indirizzo più articolato e complesso, che muove dalla consolidata distinzione tra i limiti interni e i limiti esterni della giurisdizione. Solo questi ultimi rientrano nel concetto espresso dall'art. 111 della Cost..*

***Il rifiuto di giurisdizione.** In questa cornice interpretativa si colloca il tema del rifiuto o diniego di giurisdizione. Con questa formula si intendono descrivere sinteticamente i casi in cui il giudice, pur riconoscendo di esser astrattamente titolare del potere giurisdizionale in ordine alla vertenza sottopostagli, rifiuti ingiustificatamente di esercitarlo nel particolare caso concreto, adottando una pronuncia di carattere processuale, che omette di esaminare il merito della controversia.*

*La Corte di Cassazione è incline a comprendere anche questa ipotesi nell'accezione ampia di "questione di giurisdizione". Tuttavia, l'affermazione consolidata del principio non si è tradotta in significative applicazioni concrete.*

***La violazione del diritto europeo.** Uno dei rarissimi casi in cui una sentenza del Consiglio di Stato è stata annullata per ingiustificato rifiuto di giurisdizione riguarda un'ipotesi in cui il giudice amministrativo, ritenuto fondato il ricorso incidentale teso a "paralizzare" l'azione proposta dal ricorrente principale, ha dichiarato inammissibile la domanda. Le Sezioni Unite, rilevando che tale decisione*

*si poneva in contrasto con il diritto dell'Unione europea in materia di affidamento dei contratti pubblici, hanno ritenuto che la pronuncia di inammissibilità, nonostante il suo motivato richiamo alle regole processuali di diritto interno, riguardanti la legittimazione e l'interesse al ricorso, si risolvesse in un ingiustificato rifiuto di tutela giurisdizionale, così come scolpita dal diritto dell'Unione europea e, segnatamente, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.*

*Tale indirizzo, tuttavia, è stato successivamente contraddetto, in analoga fattispecie, da un'altra pronuncia delle stesse Sezioni Unite.*

*Da qui nasce la necessità di approfondire il tema del sindacato della Cassazione nei casi di "rifiuto di giurisdizione", allo scopo di individuare una soluzione uniforme e chiara.*

***Le questioni di giurisdizione e la giurisprudenza del Consiglio di Stato.*** *La presente ricerca si inquadra nell'ambito del proficuo dialogo instaurato tra la Cassazione e il Consiglio di Stato, finalizzato alla rapida individuazione di esiti interpretativi condivisi.*

*In particolare, il lavoro dell'Ufficio Studi ha inteso ricostruire gli orientamenti espressi dal giudice amministrativo, il quale, specie in grado di appello, è frequentemente chiamato a decidere "questioni inerenti alla giurisdizione", anche con riferimento alle ipotesi particolari del "rifiuto di giurisdizione", connesse all'errata interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione europea.*

*Il contributo, poi, si è esteso alla valutazione della portata del diritto europeo in relazione a tematiche limitrofe, come quella della stabilità del giudicato, a fronte del possibile contrasto con il diritto europeo, e quella riguardante il rapporto tra il ricorso principale e il ricorso incidentale.*

*La presente ricerca è stata curata dall'Ufficio studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa, diretto da Filippo Patroni Griffi, Presidente aggiunto del Consiglio di Stato.*

*Alla ricerca hanno partecipato i componenti dell'Ufficio studi: Marco Lipari, Presidente di sezione del Consiglio di Stato; Roberto Giovagnoli, Consigliere di Stato; Alfredo Storto, Consigliere di Tar.*

## **Il diniego di giurisdizione**

### **1. Il caso.**

Nel 2014, l'impresa Mantovani, in proprio e come capogruppo di un costituendo RTI, ha impugnato innanzi al Tar Friuli Venezia-Giulia gli atti coi quali l'Autorità portuale di Trieste: a) aveva annullato l'ammissione della Mantovani alla gara per la concessione di progettazione, costruzione e gestione di una piattaforma logistica portuale, in un primo tempo a questa aggiudicato provvisoriamente, avendo rilevato l'insussistenza di alcuni dei requisiti generali elencati all'art. 38, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; b) aveva, nello stesso tempo, aggiudicato definitivamente l'appalto all'unico altro concorrente, il RTI con capogruppo la I.Co.P..

Gli stessi atti venivano ulteriormente contestati con due successivi ricorsi per motivi aggiunti.

Dal canto suo, l'aggiudicataria proponeva ricorso incidentale avverso gli atti della procedura laddove non avevano pronunciato l'esclusione della Mantovani anche per altri due motivi non contemplati nel provvedimento impugnato in via principale, nonché motivi aggiunti avverso una previsione del bando.

Il Tar, con la sentenza in forma semplificata n. 456/2014, ha: a) respinto nel merito i motivi coi quali era stata contestata l'esclusione del RTI dalla gara; b) ritenuto improcedibili nonché infondati i motivi aggiunti; c) dichiarato improcedibile il ricorso incidentale, divenuto «privo d'interesse una volta rigettato il citato motivo del ricorso della Mantovani spa e acclarata la sua legittima esclusione, e ancor più dopo aver dichiarato infondate anche le restanti doglianze», nonché i relativi motivi aggiunti.

Il Consiglio di Stato, investito dell'appello interposto dalla soccombente Mantovani, lo ha respinto con la sentenza n. 6284/2014, confermando la pronuncia di improcedibilità dei motivi aggiunti, riproposti dall'appellante.

In particolare, il Giudice d'appello ha ritenuto corretta la decisione di non esaminare tutti i reciproci motivi di esclusione, dedotti da entrambe le parti processuali, non potendosi fare applicazione, nel caso di specie, dei corrispondenti principi declinati dall'Adunanza plenaria n. 9 del 2014. In particolare, non ricorrerebbe l'ipotesi di motivi di ricorso, principale e incidentale, «simmetricamente escludenti», posto che: a) il rapporto in rilievo riguarderebbe motivi articolati in via principale con il ricorso e motivi dedotti con motivi aggiunti dal medesimo ricorrente; b) non residuerebbe alcun interesse strumentale alla ripetizione della gara, anche nel caso della esclusione di entrambi i concorrenti, rientrando nelle prerogative discrezionali dell'amministrazione la scelta della (solo eventuale) riedizione.

L'impresa Mantovani ha proposto ricorso per cassazione *ex art. 362*, primo comma, c.p.c. denunciando, in primo luogo, l'illegittimo rifiuto dell'esercizio del potere giurisdizionale, in quanto la sentenza del Consiglio di Stato avrebbe rifiutato di esaminare la censura, sollevata da Mantovani coi motivi aggiunti, il cui accoglimento avrebbe comportato l'esclusione dalla procedura della controinteressata in quanto sprovvista dei requisiti generali di ammissione.

Il punto cruciale messo a fuoco nell'impugnativa è costituito dal fatto che, nonostante il Tar avesse respinto tale motivo di ricorso, formulato in via subordinata, con argomentazione apodittica e apparente, il Consiglio di Stato ne ha omesso l'esame, limitandosi a confermare la decisione di prime cure che avrebbe dichiarato improcedibile quei motivi aggiunti «*in ragione dell'infondatezza del ricorso introduttivo*».

A tal fine, la ricorrente ha evocato i principi scolpiti dalle sentenze della Corte di Giustizia UE *Fastweb* e *Puligienica* (rispettivamente 4 luglio 2013, C-100/12 e 5 aprile 2016, C-689/13), nonché dalla sentenza delle Sezioni unite 6 febbraio 2015, n. 2242 in tema di diniego di giurisdizione.

Con ordinanza 6822 del 15 marzo 2017, le Sezioni unite hanno ritenuto di svolgere, col contributo dell'Ufficio Massimario della Cassazione, un approfondimento «*sul tema della individuazione dei limiti esterni della giurisdizione e del sindacato di*

*queste Sezioni Unite sulla violazione di essi da parte dei giudici speciali, con riferimento all'ipotesi del c.d. rifiuto o diniego di giurisdizione».*

Con nota del 6 aprile 2017, il primo Presidente della Corte di cassazione ha chiesto al Presidente del Consiglio di Stato di dar corpo, anche per il caso in esame, all'esperienza di collaborazione tra il Massimario della Cassazione e l'Ufficio studi della g.a. per la preparazione del materiale di giurisprudenza e dottrina rilevante.

## **1.2. Premessa generale: le possibili ricadute dell'indagine in punto di rimessione al primo giudice per motivi di giurisdizione (artt. 105 c.p.a. e 353 c.p.c.).**

In una prospettiva di carattere generale, deve essere ricordato che anche nel giudizio di impugnazione delle pronunce del TAR dinanzi al Consiglio di Stato può prospettarsi una *questione di giurisdizione*.

In particolare, assume un rilievo centrale la previsione dell'art. 105 del codice del processo amministrativo, che disciplina le ipotesi, ritenute tassative, di "*Rimessione al primo giudice*".

Secondo la disposizione, "*1. Il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado soltanto se è mancato il contraddittorio, oppure è stato leso il diritto di difesa di una delle parti, ovvero dichiara la nullità della sentenza, o riforma la sentenza o l'ordinanza che ha declinato la giurisdizione o ha pronunciato sulla competenza o ha dichiarato l'estinzione o la perenzione del giudizio.*"

Dal punto di vista strettamente processuale, poi, "*2. Nei giudizi di appello contro i provvedimenti dei tribunali amministrativi regionali che hanno declinato la giurisdizione o la competenza si segue il procedimento in camera di consiglio, di cui all'articolo 87, comma 3.*"

Dunque, nel processo amministrativo conserva una concreta rilevanza stabilire se una determinata questione possa essere qualificata, o meno, come afferente all'errato diniego di giurisdizione.

In tali eventualità, infatti, emergono, con evidenza due aspetti:

a) l'uno attiene al rito processuale;

b) l'altro concerne il contenuto della pronuncia che accoglie il motivo di giurisdizione dedotto in grado di appello contro una pronuncia del TAR.

L'aspetto processuale è, nella concreta dinamica del giudizio, di scarso rilievo, poiché, in forza della previsione di cui all'art. 87, comma 4, *“La trattazione in pubblica udienza non costituisce motivo di nullità della decisione”*. Inoltre, poiché il rito in udienza pubblica prevede termini più lunghi di quello camerale e maggiori garanzie delle parti, la sua errata applicazione in luogo di quella dell'udienza pubblica non potrebbe determinare alcuna lesione del diritto di difesa e, dunque, non potrebbe in alcun modo costituire il presupposto per l'eventuale impugnazione della decisione del Consiglio di Stato, né per revocazione, né per cassazione: il difetto di interesse risulterebbe assorbente anche rispetto agli ulteriori limiti intrinseci di tali mezzi di gravame.

Molto più consistente è invece il rilievo della disciplina di cui all'art. 105 c.p.a., che rispecchia l'impostazione dell'art. 353 c.p.c.:

*“Il giudice d'appello, se riforma la sentenza di primo grado dichiarando che il giudice ordinario ha sulla causa la giurisdizione negata dal primo giudice, pronuncia sentenza con la quale rimanda le parti davanti al primo giudice.*

*Le parti debbono riassumere il processo nel termine perentorio di tre mesi dalla notificazione della sentenza”*.

Se il Consiglio di Stato ritiene errata la pronuncia del Tar che ha declinato la giurisdizione, quindi, non può pronunciarsi nel merito, ma deve rimettere la controversia al primo giudice, secondo il meccanismo delineato dall'art. 105 c.p.a..

La violazione della previsione codicistica determinerebbe un concreto *vulnus* al diritto di difesa delle parti del giudizio, perché le priverebbe della possibilità di sottoporre il merito della controversia a due successivi gradi del processo.

Ci si potrebbe interrogare, allora, in linea del tutto teorica, se questo eventuale “errore” sia, a sua volta sindacabile attraverso la proposizione del ricorso per cassazione, diretto a prospettare un'ulteriore forma di (parziale) diniego di giurisdizione, che si sostanzierebbe nell'impedire lo svolgimento fisiologico del

doppio grado di giudizio, sancito a livello costituzionale, dall'art. 125 della Cost. (Cons. Stato Sez. IV, 29-02-2016, n. 860: *Ai sensi dell'art. 105 c.p.a., l'eventuale riforma della pronuncia di primo grado che abbia declinato la giurisdizione rende obbligatorio il rinvio al T.A.R. per l'esame delle censure di merito, a salvaguardia del tendenziale principio del doppio grado di giudizio. L'azione avverso il silenzio inadempimento della p.a. è ammissibile nelle sole ipotesi in cui si chieda la tutela di un interesse legittimo e, comunque, solo nelle questioni che rientrano nella giurisdizione del Giudice amministrativo*”).

Ma l'esperienza concreta evidenzia che siffatta *questione di giurisdizione* non è mai stata posta all'attenzione delle Sezioni Unite e difficilmente potrebbe essere compresa in una nozione, per quanto dilatata, di diniego di giurisdizione, dal momento che alla parte non viene negata tutela dal giudice, ma solo erroneamente applicata la regola processuale che individua il giudice competente alla cognizione del merito.

Ciò chiarito, una ricerca condotta sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di “*diniego di giurisdizione*” porta alla conclusione che tale nozione generale risulta totalmente estranea alle decisioni adottate dal giudice di appello.

In altri termini, il rinvio al TAR di cui all'art. 105 c.p.a. è stato finora applicato solo nei casi in cui il giudice di primo grado declina la propria giurisdizione in favore di un altro plesso giurisdizionale. Non si ravvisano casi in cui il giudice di appello abbia rinviato al giudice di prima istanza che abbia ommesso di pronunciarsi su una domanda.

Il dato oggettivo appena indicato potrebbe essere spiegato, in prima approssimazione, considerando alcuni elementi:

a) in linea di massima, il TAR evita pronunce costruite come mera negazione dell'astratta tutelabilità di una posizione giuridica; le decisioni sono basate sulla affermata insussistenza, nel merito, della pretesa sostanziale, dell'interesse al ricorso, della legittimazione, delle condizioni o dei presupposti processuali; in tali circostanza, allora, l'appello della parte soccombente è fisiologicamente orientato a

strutturarsi in chiave pienamente devolutiva e traslativa, senza configurarsi come impugnazione annullatoria di una decisione asseritamente lesiva del diritto di difesa;

b) il giudice di appello asseconda la costante tendenza dell'ordinamento a ridurre i casi di rinvio al primo giudice, valorizzando il principio di economicità e speditezza dei processi;

c) le stesse parti risultano inclini a preferire una decisione di merito in sede di appello e tendono a non prospettare il tema del rinvio al primo giudice, avendo normalmente interesse alla soluzione rapida della controversia.

In questo quadro di riferimento generale, non deve sorprendere che anche la questione specifica del mancato esame del ricorso principale da parte del TAR, in seguito all'accoglimento del ricorso incidentale, non sia mai stata configurata come possibile caso di diniego di giurisdizione, ai sensi dell'art. 105 c.p.a..

Parimenti, l'accertata violazione del diritto europeo da parte del TAR non è mai stata considerata come possibile indice di illegittimo "diniego di giurisdizione", ma viene trattata alla stregua di un comune errore della decisione, suscettibile di riforma in appello.

Si deve aggiungere, poi, che il problema della astratta applicabilità dell'art. 105 del c.p.a. non emerge nei casi di mancato rinvio della questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, considerato che solo il giudice di ultima istanza è obbligato al rinvio, in presenza dei necessari presupposti.

A questo riguardo si pone un'ulteriore riflessione, correlata all'analisi del concreto modo di operare del Consiglio di Stato, nei casi in cui la Cassazione accerti che la decisione del giudice amministrativo abbia erroneamente "negato" la giurisdizione, per omesso esame del ricorso principale.

Questa situazione può verificarsi in due casi:

a) il TAR ha esaminato nel merito sia il ricorso incidentale sia quello principale, ma il Consiglio di Stato, riformando la decisione di primo grado, riforma il capo di sentenza riguardante il ricorso principale, stabilendo che esso non avrebbe dovuto essere esaminato;



b) il Tar non ha esaminato nel merito il ricorso principale e il Consiglio di Stato conferma questa statuizione.

Nel primo caso, in seguito al rinvio disposto dalla Cassazione, il Consiglio di Stato dovrà esaminare nel merito il ricorso principale. È questa l'ipotesi considerata dalla decisione delle Sezioni Unite del 6 febbraio 2015, n. 2242. In seguito all'accoglimento del ricorso per cassazione, nel giudizio di rinvio il Consiglio di Stato ha poi deciso nel merito la controversia.

Nel secondo caso, invece, si pone un problema di coordinamento con l'art. 105 c.p.a.. Infatti, il Consiglio di Stato dovrebbe adottare, a sua volta, una statuizione coerente con il rispetto del doppio grado e rinviare al TAR per il prosieguo della controversia. Occorrerebbe d'altro lato verificare il coordinamento di tali disposizioni con le previsioni degli artt. 382 e 383 c.p.c..

Infine, neppure risulta che in questi termini sia mai stata declinata concretamente la portata dell'art. 353, primo comma, c.p.c., essendosi soffermate invece le pronunce d'appello edite sempre su questioni di declinatoria della giurisdizione civile in favore di quella amministrativa, contabile etc..

Una traccia lessicale significativa in tal senso è rinvenibile, da ultimo, nella sentenza delle Sezioni Unite 31 maggio 2017, n. 13722, la quale, nel ribadire che il giudice d'appello, a prescindere dal fatto che le parti abbiano formulato conclusioni di merito, deve comunque rimettere al primo giudice la causa per la quale questi abbia erroneamente declinato la giurisdizione (a tanto dovendo supplire la stessa Cassazione per il caso di inottemperanza), discorre ampiamente di «*giurisdizione negata dalla prima sentenza*» intesa negli stretti termini funzionali alla declinatoria in favore di altra giurisdizione, attestando in tal modo l'assenza di una polisemicità di questa espressione nella pratica giurisprudenziale in relazione al diniego di giurisdizione inteso, in senso ampio, come rifiuto di decidere in sé.

## **2. Inquadramento della questione controversa: la possibilità di riconoscere alla violazione del diritto sovranazionale una “particolarità” ai fini del sindacato per motivi di giurisdizione ai sensi dell’articolo 111, ultimo comma, Cost..**

La questione controversa è se la violazione del diritto sovranazionale possa giustificare un ampliamento del sindacato per motivi di giurisdizione esercitato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti ai sensi dell’art. 111, ultimo comma, Cost..

Una eventuale risposta positiva al quesito in oggetto presuppone che si riconosca al vizio rappresentato dalla violazione della norma o sovranazionale una maggiore gravità o, comunque, una “diversità”, rispetto alla violazione della norma nazionale (anche eventualmente identica nel contenuto precettivo).

Nella giurisprudenza delle Sezioni Unite è, infatti, pacifico che non costituisca vizio attinente alla giurisdizione la violazione di disposizioni nazionali (non importa se di contenuto sostanziale o processuale), che incida sul contenuto della decisione di merito o che conduca alla chiusura in rito del processo (con una “erronea” dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità della domanda proposta). Si tratterebbe, invero, nel primo caso di *error in iudicando*, nel secondo di *error in procedendo*, ma comunque sempre di violazione dei limiti interni alla giurisdizione, estranei, quindi, ai “motivi di giurisdizione” di cui agli articoli 360, n. 1 c.p.c. e 111, ottavo comma, Cost.<sup>1</sup>.

Si tratta di un orientamento consolidato (Cass., sez. un., 30.3.2017 n. 8245; Id., 16.1.2014 n. 771; Id., 17.5.2013 n. 12106; Id., n. 12671/2007; Id., n. 10828/2006; Id., n. 7799/2005; Id., n. 24175/2004; Id., 9.8.1996 n. 7339), che esclude dal “motivo di giurisdizione” la violazione delle disposizioni nazionali che attengono al contenuto della decisione, anche quando precludono in rito l’esame nel merito della pretesa sostanziale dedotta in giudizio.

---

<sup>1</sup> Rispetto al diritto nazionale, l’unica significativa deroga a tale univoco e consolidato orientamento ha riguardato la nota questione della c.d. pregiudiziale amministrativa di annullamento rispetto all’azione di risarcimento del danno: la questione (e la relativa giurisprudenza delle Sezioni Unite sull’attinenza ai motivi di giurisdizione della c.d. pregiudizialità amministrativa) è, tuttavia, ormai superata alla luce della disciplina specifica che il Codice del processo amministrativo ha dedicato alla giurisdizione sull’azione risarcitoria e ai rapporti con l’azione di annullamento).

La non sindacabilità dei limiti interni, ossia del modo di esercizio della giurisdizione, è stata eccezionalmente esclusa per inosservanze della legge processuale (*error in procedendo*) che integrino un radicale stravolgimento delle norme di rito, tale da implicare un “evidente diniego di giustizia” (Cass., sez. un. 5.4.2017 n. 8798; Id., 17.1.2017 n. 964; Id., 30.10.2013 n. 24468; Id., 14.9.2012 n. 15428). Si tratta, tuttavia, come si vedrà più approfonditamente nel prosieguo, di casi peculiari, che danno luogo alla c.d. *decisione abnorme*, al cui ambito applicativo non è, in quanto tale, riconducibile il vizio rappresentato dalla violazione del diritto sovranazionale.

A fronte di questo consolidato panorama giurisprudenziale, l’eventuale diversa risposta che dovesse darsi alla questione sottoposta ora al vaglio delle Sezioni Unite non potrebbe, allora, che sottendere il riconoscimento alla violazione del diritto sovranazionale di un connotato di “maggiore gravità” rispetto alla violazione di un’analoga disposizione di diritto interno.

Il problema in esame si è posto nella maggior parte dei casi con riferimento a quel particolare motivo di giurisdizione rappresentato dal c.d. *diniego di giustizia*, che si manifesta quando la violazione della norma sovranazionale conduca a non esaminare nel merito la pretesa sostanziale azionata in giudizio.

Il tema in oggetto, tuttavia, nelle sue implicazioni di principio, sembra avere una portata più ampia.

Se, infatti, si accoglie la premessa della citata “diversità” (o maggiore gravità) della violazione del diritto sovranazionale, una questione analoga si potrebbe porre anche quando tale violazione conduca a decidere nel merito una controversia che avrebbe dovuto essere chiusa in rito o, comunque, incida sul contenuto “sostanziale” della decisione giurisdizionale (portando a negare o concedere, nel merito, una tutela che il diritto sovranazionale rispettivamente imponeva o non consentiva di concedere).

La questione dei rapporti tra motivi di giurisdizione e violazione del diritto sovranazionale, pare, quindi, avere una portata ampia e unitaria, che non giustifica, sul piano concettuale e dei principi, una trattazione e un esito diversificati a seconda che il contrasto con il diritto sovranazionale si traduca nel mancato esame nel merito,

o, viceversa, in un erroneo esame del merito (nel duplice senso di un merito che non avrebbe dovuto essere esaminato o che avrebbe dovuto essere deciso con un esito diverso sul piano del diritto sostanziale).

In tutti questi casi, la risposta alla questione in oggetto presuppone un interrogativo di fondo, che è quello richiamato all'inizio, ovvero se la violazione del diritto sovranazionale abbia una "diversità" (o *maggior gravità*, che dir si voglia) rispetto all'eventuale violazione di disposizioni nazionali di analogo tenore.

### **3. Il dibattito giurisprudenziale sui rapporti tra violazione del diritto sovranazionale e il "comune" regime di impugnazione degli atti nazionali.**

La giurisprudenza delle Corti supreme (nazionali ed europee), nella stragrande maggioranza dei casi, ha dato una risposta negativa all'interrogativo delineato nel precedente paragrafo.

Dall'esame dei precedenti giurisprudenziali che direttamente o indirettamente si sono occupati del tema emerge, infatti, il principio secondo cui la violazione del diritto sovranazionale (sia diritto dell'Unione Europea, sia della Cedu o di altre convenzioni internazionali) non modifica il "comune" regime di impugnazione previsto dall'ordinamento statale per gli atti nazionali (siano essi amministrativi o giurisdizionali). Ciò proprio partendo dalla premessa, ampiamente condivisa dalla giurisprudenza nazionale ed europea, secondo cui non si può di per sé riconoscere alla violazione della norma sovranazionale un carattere di *maggior gravità* o di *diversità* rispetto all'analogia violazione del diritto interno.

#### **3.1. La stabilità degli atti nazionali di fronte al diritto dell'Unione europea.**

Con riferimento al diritto dell'Unione Europea, tale conclusione trova riscontro nei seguenti filoni giurisprudenziali.

I) La violazione del diritto eurounitario da parte dell'atto amministrativo non impone l'introduzione di un regime di impugnazione diverso rispetto a quello che caratterizza un qualsiasi atto amministrativo illegittimo per violazione di legge: pertanto, l'atto

amministrativo nazionale in contrasto con il diritto dell'U.E. è annullabile per violazione di legge, entro l'ordinario termine di decadenza (cfr. *sentenza sez. VI, 27 febbraio 2003, C-327/00, Santex s.p.a.*) e si "stabilizza", attraverso l'inoppugnabilità, una volta che tale termine sia decorso.

II) Le modalità e le forme processuali per tutelare le situazioni giuridiche soggettive di derivazione comunitaria sono rimesse (in assenza di una disciplina specifica processuale di derivazione euronunitaria) all'autonomia degli Stati membri, che incontrano esclusivamente il doppio limite rappresentato dai principi di equivalenza e di effettività della tutela (*sentenza 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale Bau*).

III) L'ordinamento dell'Unione europea non impone la "rimozione" o la disapplicazione del giudicato che si sia formato in violazione del diritto comunitario (a meno che analogo rimedio sia previsto dall'ordinamento nazionale in caso di violazione del diritto interno). Il principio sancito dalla sentenza della Corte di giustizia UE *18 luglio 2007, C-119/05* nel noto caso Lucchini (che ha affermato l'obbligo di disapplicare l'art. 2909 c.c. per evitare l'erogazione di aiuti di Stato incompatibili con il diritto dell'Unione) è stato circoscritto dalla successiva giurisprudenza eurounitaria alla materia degli aiuti di Stato (e giustificato in ragione della competenza esclusiva, esistente in tale materia, a favore della Commissione europea). La Corte di giustizia ha, tuttavia, espressamente escluso che la regola della disapplicazione possa valere in altri settori (dove non esiste analogo competenza esclusiva), riconoscendo, al contrario, come il principio della stabilità del giudicato e di certezza dei rapporti giuridici appartenga ai principi fondamentali dello stesso ordinamento dell'U.E. (cfr. *sentenze 10 luglio 2014, C-213/13; 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler; 3 settembre 2009, causa C-2/08, Fallimento Olimpiclub*).

I rapporti tra giudicato nazionale e primato del diritto euro-unitario sono stati successivamente ribaditi dalla Corte di Giustizia nella sentenza pregiudiziale interpretativa *10 luglio 2014, C-213/03*, pronunciata su una questione pregiudiziale

sollevata dal Consiglio di Stato con ordinanza della Quinta Sezione, 10 aprile 2013, n. 1962.

In tale sentenza il giudice europeo, richiamando e compendiando la propria precedente giurisprudenza sul tema, ha ribadito i seguenti principi:

- a) al fine di garantire tanto la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici quanto una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento dei mezzi di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per tali ricorsi non possano più essere rimesse in discussione (sentenze Kapferer, C-234/04, punto 20; Commissione/Lussemburgo, C-526/08, punto 26; ThyssenKrupp Nirosta/Commissione, C-352/09 punto 123);
- b) pertanto, il diritto dell'Unione non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale, neanche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una situazione nazionale contrastante con detto diritto (v., in tal senso, sentenze Eco Swiss, C-126/97, punti 46 e 47; Kapferer, punti 20 e 21; Fallimento Olimpiclub, punti 22 e 23; Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, punti da 35 a 37; Commissione/Slovacchia, C-507/08, punti 59 e 60);
- c) il diritto dell'Unione non esige, dunque, che, per tener conto dell'interpretazione di una disposizione pertinente di tale diritto offerta dalla Corte posteriormente alla decisione di un organo giurisdizionale avente autorità di cosa giudicata, quest'ultimo ritorni necessariamente su tale decisione;
- d) la sentenza Lucchini (C-119/05) non è atta a rimettere in discussione l'analisi sopra svolta; infatti, la pronuncia riguarda una situazione del tutto particolare, in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e l'Unione europea in materia di aiuti di Stato; in tali circostanze, secondo la Corte, il diritto dell'Unione osta all'applicazione di una disposizione nazionale, come l'articolo 2909 del codice civile italiano, il quale

mira a consacrare il principio dell'intangibilità del giudicato, nei limiti in cui la sua applicazione impedirebbe il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione del diritto dell'Unione e dichiarato incompatibile con il mercato comune da una decisione della Commissione europea divenuta definitiva;

e) qualora le norme procedurali interne applicabili prevedano la possibilità, a determinate condizioni, per il giudice nazionale di ritornare su una decisione munita di autorità di giudicato, per rendere la situazione compatibile con il diritto nazionale, tale possibilità deve essere esercitata, conformemente ai principi di equivalenza e di effettività, e sempre che dette condizioni siano soddisfatte, per ripristinare la conformità della situazione oggetto del procedimento principale alla normativa dell'Unione;

IV) La violazione del diritto dell'U.E. non incide neanche sul regime dell'autotutela amministrativa, dovendosi escludere (tranne in casi eccezionali, puntualmente individuati dalla sentenze *Corte giust. CE, 13 gennaio 2004, n. 453/00 Kuhne & Heitz* e *Corte 12 febbraio 2008, C-2/06, Kempter*) che, a fronte di un atto amministrativo illegittimo per violazione del diritto comunitario, l'amministrazione abbia un obbligo di annullamento d'ufficio o un mero obbligo di riesame.

### **3.2. La stabilità degli atti nazionali di fronte della CEDU.**

Con riferimento alle disposizioni della CEDU, analoghe conclusioni si ricavano *a fortiori* dalla considerazione che:

1) la CEDU, per effetto del rinvio operato dall'art. 117, comma 1, Cost., assume indirettamente il rango di norma costituzionale (c.d. norma interposta), nel senso che la sua violazione determina, indirettamente, la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., a differenza del diritto dell'Unione Europea (che trova un fondamento specifico tra i principi fondamentali della Costituzione: art. 11 Cost.), la CEDU "entra" a far parte delle norme costituzionali interposte "solo" per il tramite dell'art. 117 Cost., con la duplice conseguenza che le disposizioni della CEDU sono sottoposte a un controllo di costituzionalità rispetto ad ogni

norma della Costituzione (e non sono a quelle espressione di principi fondamentali o controlimiti) e la sua violazione determina non la *disapplicabilità diffusa*, ma l'incostituzionalità della legge nazionale, rimessa al sindacato accentrato della Corte costituzionale (cfr. Corte Cost. sentenze n. 348 e 349 del 2007, a cui hanno fatto seguito le sentenze n. 113 e n. 1 del 2011, n. 196, n. 187 e n. 138 del 2010, n. 317 e n. 311 del 2009, n. 39 del 2008; sulla perdurante validità di questa ricostruzione dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, sentenza n. 80 del 2011);

- 2) al di fuori della materia penale (la cui peculiarità trova giustificazione nell'esigenza di massima tutela della libertà personale ed è comunque conforme ai principi che regolano i rapporti tra giudicato penale e legge incostituzionale), la violazione della CEDU (anche quando è accertata da una sentenza della Corte EDU) non determina mai la rimozione del giudicato o la riapertura del processo. Recentemente la Corte costituzionale (Corte cost. 26 maggio 2017, n. 123) ha escluso che vi sia l'obbligo per il legislatore nazionale di introdurre un rimedio "caducatorio" anche rispetto a quel singolo giudicato specificamente oggetto della sentenza della Corte EDU che in esso ha ravvisato la causa della violazione di un diritto riconosciuto dalla Convenzione.

La conclusione ricavata dalla giurisprudenza appena richiamata è, quindi, nel senso di ritenere estranea alla giurisprudenza nazionale e sovranazionale l'idea secondo cui il principio di *primazia*, caratterizzante (sia pure con livelli differenziati) il diritto dell'U.E. o la CEDU, implichi che l'atto nazionale viziato per contrarietà con tali fonti possa per ciò solo soggiacere a un regime di impugnazione differenziato e, quindi, conoscere rimedi ulteriori e diversi rispetto a quelli che si possono proporre contro l'atto nazionale viziato per contrasto con il diritto interno.

#### **4. Violazione del diritto sovranazionale e sindacato per motivi di giurisdizione: l'orientamento tradizionale.**



Venendo più specificamente alla questione – oggetto dell’ordinanza di rimessione – concernente l’ampiezza del sindacato per motivi di giurisdizione sulle sentenze del Consiglio di Stato che l’articolo 111, ultimo comma, Cost. affida alla Corte di cassazione, deve evidenziarsi la costante giurisprudenza delle Sezioni Unite (Sez. Un., 4 febbraio 2014, n. 2403; Sez. Un., 17 novembre 2015, n. 23460; sez. un. 29 febbraio 2016, n. 3915; sez. un. 21 marzo 2017, n. 7157), secondo la quale, in materia di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione non include anche una funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell’Unione europea, dovendosi tener conto, da un lato, che nel plesso della giurisdizione amministrativa spetta al Consiglio di Stato, quale giudice di ultima istanza, garantire, nello specifico ordinamento di settore, la conformità del diritto interno a quello dell’Unione, se del caso avvalendosi dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione europea, mentre, per contro, l’ordinamento nazionale contempla – per reagire ad una lesione del principio di effettività della tutela, conseguente a una decisione del giudice amministrativo assunta in pregiudizio di situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto dell’Unione – altri strumenti, attivabili a fronte di una violazione del diritto dell’Unione europea che sia manifesta.

Nel confermare questo indirizzo, si è affermato che l’*error in iudicando* non si trasforma in eccesso di potere giurisdizionale sol perché venga denunciata la violazione di norme unionali, quali chiarite dalla Corte di giustizia (*ex plurimis*, Sezioni unite, 17 gennaio 2017, n. 956; n. 3915 del 2016; n. 2403 del 2014; n. 16886 del 2013). Si è così escluso che la violazione del diritto dell’Unione da parte del giudice amministrativo valga, di per sé, ad integrare un superamento delle attribuzioni di tale giudice; la primazia del diritto dell’Unione europea, infatti, non sovverte gli assetti procedurali degli ordinamenti nazionali (cfr. Cass., Sezioni unite, n. 3236 del 2012) e la dedotta erroneità dell’interpretazione della sentenza della CGUE fornita dal Consiglio di Stato con la sentenza si risolve, in realtà, nella contestazione della legittimità del concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali

attribuite al giudice amministrativo e, quindi, in una censura di violazione di legge, non di esorbitanza dai limiti esterni della giurisdizione (n. 956 del 2017).

### **5. L'eccezione dei “casi estremi”.**

Nell'ambito del granitico orientamento richiamato nel precedente paragrafo, le Sezioni Unite hanno talvolta individuato l'esistenza di una circoscritta eccezione (menzionata quasi sempre come *obiter dictum* o, comunque, al fine di escluderne in concreto la ricorrenza) in quei “casi estremi” in cui un *error in iudicando* del Consiglio di Stato per contrarietà ad una pronuncia della CGUE, ove idoneo a realizzare «un radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento, così come interpretate dalla Corte di giustizia» (Sezioni unite n. 11380 del 2016, n. 2242 del 2015 e n. 15428 del 2012), si risolve *eccezionalmente* in un eccesso giurisdizionale, tale da consentire il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione. Tali «casi», in particolare, andrebbero identificati 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 male intesa autolimitazione, in via generale, dei poteri del giudice speciale*» (sezioni unite n. 2403 del 2014, citata), con un «*aprioristico diniego di giurisdizione*» (sezioni unite n. 771 del 2014).

Va, tuttavia, evidenziato che, a quanto consta, i due soli precedenti (Cass. Sez. Un. Cass., sez. un., 8.4.2016 n. 6891; Cass., sez. un., 6.2.2015 n. 2242) in cui si è concretamente ravvisato un “*caso estremo*” di un diniego di giurisdizione a causa della violazione del diritto sovranazionale hanno riguardato vicende del tutto peculiari, entrambe caratterizzate dalla significativa circostanza che la violazione del diritto sovranazionale era stata accertata da sentenze delle Corti europee sopravvenute rispetto alla sentenza oggetto di ricorso (Corte giust. UE, Grande Camera, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica c. Airgest s.p.a. sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale e sentenza CEDU 4 febbraio 2014, nel caso Mottola c.

Italia, sul termine del 15 settembre 2000 previsto dall'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, quale spartiacque per regolare, nel tempo, la giurisdizione sulle controversie di pubblico impiego).

Più nel dettaglio, la sentenza n. 2242/2015 ha ritenuto che la soluzione del giudice amministrativo di ritenere improcedibile il ricorso principale se viene accolto l'incidentale in materia di pubblici appalti, desse luogo ad un diniego di giustizia sindacabile in cassazione, in quanto fondata su una interpretazione delle norme che finisce con il negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo; accesso invece affermato con l'interpretazione della pertinente disposizione comunitaria elaborata dalla Corte di giustizia; si tratta secondo le sez. un. di uno di quei «*“casi estremi” in cui l'eccesso giurisdizionale va individuato nell'errore del g.a. tradottosi in un radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento*».

Nella successiva sentenza n. 6891/2016 la Cassazione, preso atto che la Corte EDU ha dichiarato non conforme alla CEDU la norma nazionale sul termine di decadenza dell'azione in materia di pubblico impiego (*Corte EDU, 4 febbraio 2014, Staibano e Mottola*), fissato in via transitoria all'indomani del mutato riparto di giurisdizione, ha qualificato come abnorme la decisione in rito del Consiglio di Stato (peraltro adottata in conformità a un orientamento fino ad allora consolidato anche della stessa Cassazione), ma contrastante con una sopravvenuta decisione della Cedu.

Si è però trattato di ipotesi isolate, perché, in generale, le Sezioni unite hanno affermato la non sindacabilità in cassazione della decisione del Consiglio di Stato che viola il diritto europeo (Cass., sez. un., 17.1.2017 n. 956), anche nel caso di rifiuto immotivato di rinvio pregiudiziale alla C. giust. UE (Cass., sez. un., 14.12.2016 n. 25629, che ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto contro la sentenza del Cons. St., IV, n. 4729/2014 che non si era pronunciata, senza motivare sul punto, sulla richiesta esplicita di rinvio alla Corte del Lussemburgo formulata da una delle parti; Id., 8.7.2016 nn. 14042 e 14043; Id., 1.4.2015 n. 6605; Id., 4.2.2014 n. 2403;

Id., 20.1.2014 n. 1013; Id., 5.5.2008 n. 10974; più di recente, nello stesso senso, Id., 16.5.2017 n. 12050).

## **6. Il dibattito dottrinale.**

Anche nel dibattito dottrinale risulta significativamente prevalente la tesi che esclude la possibilità di giustificare un ampliamento del sindacato per motivi di giurisdizione in caso di violazione del diritto sovranazionale, anche quando da tale inosservanza consegua il mancato esame nel merito della pretesa sostanziale dedotta in giudizio.

In senso contrario, si è, talvolta, sostenuta la necessità di una lettura “aggiornata” dell’art. 111, ultimo comma, Cost., che tenga conto della costituzionalizzazione del principio del *giusto processo*, sostenendo, quindi, che la violazione di disposizioni processuali che esprimono e sviluppano tale principio meriti una tutela rafforzata, attraverso l’ampliamento del sindacato per motivi di giurisdizione.

L’argomento in esame ha trovato, tuttavia, smentita nella constatazione che il valore costituzionale del giusto processo viene attuato attraverso una pluralità di norme processuali la maggior parte delle quali trova fonte in norme di diritto nazionale (e solo occasionalmente in norme di diritto sovranazionale). Se la premessa fosse corretta, quindi, l’esito sarebbe quello di ritenere che la violazione di qualsiasi norma processuale riconducibile al giusto processo costituisca “*motivo di giurisdizione*”. Ciò darebbe luogo ad un ampliamento ingiustificato (e del tutto inedito nella stessa giurisprudenza delle Sezioni Unite) del sindacato per motivi di giurisdizione, con rilevanti ricadute, come si visto, anche sul campo di applicazione dell’istituto (comune ai processi civile e amministrativo) della rimessione della causa da parte del giudice di appello al primo giudice nel caso in cui quest’ultimo abbia erroneamente negato la giurisdizione (articoli 105, comma 1, c.p.a. e 353, comma 1, c.p.c.).

Si è ancora evidenziato che il diritto dell’U.E. ha un terreno di applicazione circoscritto *ratione materiae*, con la conseguenza, che il riconoscimento di una “diversità” alla violazione delle norme comunitarie, darebbe luogo a un inammissibile e ingiustificato “doppio binario” di tutela, più o meno intenso, a

seconda dell'ambito materiale in cui si verifica la violazione della norma processuale strumentale alla realizzazione dell'equo processo.

Basti pensare, rimanendo all'esempio del ricorso incidentale escludente, che questioni analoghe a quelle poste in materia di appalti possono verificarsi anche in settori (si pensi, ad esempio, ai concorsi pubblici per l'assunzione presso le pubbliche amministrazioni, nonché ai contratti pubblici, come quelli attivi, sottratti alla disciplina europea), che esulano dalla competenza *ratione materiae* dell'U.E. e dove, quindi, la relativa violazione del giusto processo non avrebbe possibilità di essere fatta valere tramite il ricorso per motivi di giurisdizione.

Da qui la conclusione secondo cui la pur meritevole esigenza di "prevenire" la formazione di giudicati in contrasto con il diritto eurounitario o con la CEDU non possa giustificare un ampliamento del ricorso per motivi di giurisdizione, atteso che seguendo una simile impostazione si finirebbe per riconoscere al diritto sovranazionale una portata cogente "diversa", a seconda della circostanza, di per sé casuale, che la relativa norma sia stata oggetto o meno di una specifica sentenza o della circostanza, anch'essa causale, che tale sentenza sia anteriore o successiva alla pubblicazione della sentenza oggetto di ricorso per Cassazione.

### **7. La sentenza dell'Adunanza plenaria n. 11 del 2016 sui rapporti tra sopravvenienze e formazione progressiva del giudicato amministrativo.**

La tesi favorevole all'ampliamento del sindacato per motivi di giurisdizione non pare, infine, possa trovare sostegno nei principi affermati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 11/2016 sul c.d. *giudicato a formazione progressiva*. In quell'occasione, invero, l'Adunanza plenaria ha solo evidenziato, traendo spunto dalle peculiarità che caratterizzano il giudicato amministrativo, oggetto di un processo di progressiva formazione che si realizza anche attraverso il ruolo "correttivo/integrativo" del giudice dell'ottemperanza, che in sede di ottemperanza, nel ricavare ed esplicitare la regola conformativa desumibile dalla precedenti pronunce, non si può non tener conto dell'eventuale sopravvenienza di una sentenza

della Corte di giustizia (intervenuta non solo sulla stessa questione di diritto, ma sulla stessa vicenda sostanziale), la quale abbia chiaramente indicato la contrarietà al diritto dell'U.E. di un possibile effetto conformativo ricavabile dal quel giudicato ancora in corso di formazione. Sulla base di tale premessa, quindi, la Plenaria ha affermato che, nei limiti in cui il tenore del giudicato già compiutamente formatosi lo consente, nell'attività di integrazione e progressiva esplicitazione affidata alla fase dell'ottemperanza, il giudice amministrativo ha l'obbligo di prevenire la (progressiva) formazione di un giudicato anticomunitario.

La specialità che connota il giudizio di ottemperanza esclude, tuttavia, che i principi enunciati in merito alla questione dei rapporti tra giudicato a formazione progressiva e sopravvenienze comunitarie possano essere valorizzati per "elevare" la violazione del diritto sovranazionale a motivo di giurisdizione.

#### **8. La questione processuale che ha occasionato la rimessione alle Sezioni Unite: i rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale.**

Per quanto riguarda la specifica questione processuale che ha occasionato l'ordinanza di rimessione, va evidenziato che la posizione della Corte di giustizia dell'U.E. in merito alla legittimazione e all'interesse al ricorso dell'offerente escluso dalla procedura in contestazione non sia stata espressa in termini del tutto univoci.

Le aperture contenute nella sentenza Puligienica sono state, infatti, significativamente ridimensionate nella successiva sentenza GesmbH (21 dicembre 2016, C 355/15) in cui la Corte UE ha affermato che *"l'art. 1, par. 3, direttiva 89/665/Cee del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un*

*ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa”.*

Il quadro giurisprudenziale sulla questione è stato, da ultimo, ulteriormente arricchito dalla sentenza 11 maggio 2017, C-131/16, Archus, in cui la Corte sembra voler di nuovo restringere la nozione di “*offerente definitivamente escluso*” (come tale non legittimato a ricorrere contro l'ammissione dell'altro concorrente) specificando che può ritenersi tale soltanto l'offerente la cui esclusione sia “*stata confermata da una decisione che ha acquisito autorità di cosa giudicata prima che il giudice investito del ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto statuisse*” sulla medesima.

Ne deriva che laddove, invece, l'impresa proponga *contestualmente* ricorso contro la decisione della stazione appaltante che ha escluso la propria offerta e contro la determinazione di aggiudicazione dell'appalto all'altro concorrente, adottate contemporaneamente e non all'esito di fasi separate, tale impresa non può essere ritenuta *definitivamente esclusa* dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico.

Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sembra, quindi, si possano ricavare i seguenti principi:

- 1) è rilevante stabilire la presenza o meno di un provvedimento di esclusione a sé stante, perché reso dalla stazione appaltante, all'esito di un'autonoma fase della procedura selettiva;
- 2) la presenza di tale provvedimento, ritenuto immediatamente lesivo, impone all'operatore economico escluso l'onere di attivare un giudizio, a sua volta autonomo e pregiudiziale;
- 3) il rigetto del ricorso contro l'esclusione determina la conferma giudiziale del provvedimento e inibisce all'impresa esclusa di impugnare l'aggiudicazione;

4) del resto, nei casi *Fastweb* e *Puligienica*, si discuteva del rapporto fra impugnativa principale e incidentale, nell'ambito di vicende sostanziali nelle quali mancavano autonomi e distinti provvedimenti di ammissione dei concorrenti alle procedure selettive in contestazione, adottati all'esito di fasi distinte da quelle di aggiudicazione; tanto è vero che l'*escamotage* ideato dal g.a. - rispettoso del carattere impugnatorio del giudizio - è stato quello di sindacare la *mancata esclusione* della ricorrente principale da parte della stazione appaltante: ed è questa possibilità che non sembra consentita dalla Corte UE.

### **9. Il “radicale stravolgimento delle norme (europee)”.**

Si può tuttavia evincere, da alcune pronunce delle Sezioni unite sul punto, un principio per cui lo scrutinio *ex art. 362*, primo comma, c.p.c. sarebbe comunque ammissibile nei casi in cui l'attività del giudice amministrativo, trasmodando dalla legittima scelta ermeneutica a casi “estremi” nei quali «*l'errore si sia tradotto in una interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla Corte di Giustizia Europea*» resterebbe preclusa, rendendola non effettiva, la stessa difesa giudiziale (cfr., da ultimo, sentenza 17 gennaio 2017, n. 953, con la quale, tuttavia, la Corte regolatrice ha escluso che il Consiglio di Stato avesse ecceduto il limite suddetto nel verificare la compatibilità della disciplina nazionale in tema di finanziamento dell'AGCOM, prevista dall'art. 1, commi 65 e 66, della l. n. 266 del 2005, con l'art. 12 della Direttiva 2002/20/CE, quale interpretato dalla sentenza della CGUE del 18 luglio 2013, nelle cause riunite da C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12 a C-258/12, e nel ritenere che il prelievo tributario previsto dalla normativa nazionale, con un imponibile esteso anche a ricavi derivanti da attività non soggette alla regolazione di mercato dell'AGCOM e con un gettito non limitato ai costi complessivi sostenuti dall'Autorità per le sole attività di regolazione, fosse incompatibile con la Direttiva citata).



Significativamente, in tale pronuncia si conferma l'indirizzo consolidato delle Sezioni unite per cui la violazione del diritto europeo, la cui primazia non sovverte gli assetti procedurali degli ordinamenti nazionali, non vale di per sé a integrare un superamento del limite esterno giurisdizionale, risolvendosi invece nel vizio di violazione di legge.

Pertanto, la violazione del diritto europeo di norma non configura di per sé un diniego di giurisdizione, né vale a qualificare in termini di abnormità la pronuncia del giudice amministrativo, neppure ove questi abbia omesso di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (SS.UU., 8 luglio 2016, n. 14042 e 29 gennaio 2016, n. 3915), proprio ribadito il principio generale per cui «*il controllo della Corte di cassazione sul rispetto del limite esterno della giurisdizione non include la verifica di conformità della decisione al diritto dell'Unione europea*» e verificato che, in concreto, il Consiglio di Stato aveva esaminato nel merito le impugnative avverso le singole determinazioni amministrative.

Su un terreno più generale, che vale a rendere ragione assoluta della qualità e dell'estensione del sindacato sul limite esterno, non vi è rifiuto di giurisdizione ricorribile *ex art. 362 c.p.c.*, primo comma, c.p.a.:

a) in tema di estradizione passiva, a fronte dell'impugnazione del decreto del Ministro della Giustizia dinanzi al giudice amministrativo, laddove la statuizione di quest'ultimo secondo cui è riservata all'Autorità Giudiziaria ordinaria la verifica sulla sussistenza dei presupposti per la concessione dell'extradizione fa discendere il rigetto della domanda dalla valutazione, nel merito, dell'insussistenza dei fatti costitutivi del diritto vantato, atteso che il merito riguarda i limiti interni della giurisdizione, perfino ove la decisione dipenda da pretesi "errores in procedendo" o "in iudicando" (SS.UU., 14 dicembre 2016, n. 25628);

b) nel caso di remissione all'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas della determinazione della sanzione (SS.UU., 13 maggio 2013, n. 11345 la quale ha ribadito che «*appartiene all'area del sindacabile rifiuto della propria giurisdizione solo quel diniego di tutela - da parte del giudice amministrativo - che si radichi*

*nell'affermazione dell'esistenza di un ostacolo generale alla conoscibilità della domanda, mentre si sottrae a detto sindacato quel diniego che discenda direttamente e immediatamente dalla lettura delle norme invocate a sostegno della pretesa e che, pertanto, di tale lettura costituisce applicazione nel processo»).*

Invece, i casi estremi nei quali «un error in iudicando del C.d.S. per contrarietà ad una pronuncia della CGUE, ove idoneo a realizzare "un radicale stravolgimento delle norme Europee di riferimento, così come interpretate dalla Corte di giustizia" (sezioni unite n. 11380 del 2016, n. 2242 del 2015 e n. 15428 del 2012), si risolve eccezionalmente in un eccesso giurisdizionale, tale da consentire il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione» vanno identificati con quelli, del tutto eccezionali, nei quali «la decisione del CdS 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 male intesa autolimitazione, in via generale, dei poteri del giudice speciale" (sezioni unite n. 2403 del 2014, citata), con un "aprioristico diniego di giurisdizione" (sezioni unite n. 771 del 2014)».

Questa motivazione ripetuta – che per la verità sembra esprimere un principio generale operante non solo nel caso di stravolgimento del diritto europeo – individua nella sostanza un ristretto ambito di applicazione, descritto dall'ipotesi in cui la preclusione della decisione non sia il distillato di un argomentare estrinseco e pregnante (ancorché valutabile come giuridicamente inesatto), quanto piuttosto l'esito di un vero e proprio vuoto argomentativo, frutto di assertività, di mera apparenza logico decisionale, immediatamente percepibile come tale.

Dovrebbe dunque permanere nell'area del «vizio che attiene all'esplicazione interna del potere giurisdizionale conferito dalla legge» qualunque decisione che esprima e faccia emergere con chiarezza, ancorché in termini logicamente discutibili (e, quindi, con inclusione anche del paralogismo), un percorso motivazionale compiuto, comprendendo in tal modo anche l'omesso esame nel merito di uno dei ricorsi

contrapposti (principale e incidentale) in materia di contratti pubblici, così come di una domanda subordinata ritenuta assorbita, tutte le volte in cui le ragioni della decisione siano comunque esposte in modo articolato e pregnante.

Nella stessa area e per le stesse ragioni permangono, ad avviso delle Sezioni Unite, la pronuncia di rigetto per infondatezza (15 marzo 2016, n. 5077), la declaratoria di inammissibilità del ricorso per violazione del principio della specificità dei motivi (17 gennaio 2017, n. 964), la reiezione della domanda di revocazione ove l'errore invocato non ricade sui fatti prospettati dalle parti (8 febbraio 2013, n. 3037), più in generale le pronunce di inammissibilità (ma anche di irricevibilità, improcedibilità) che non stravolgono le norme di rito (1° aprile 2015, n. 6606).

L'intero sistema di censurabilità delle sentenze del g.a. *ex art. 111, u.c.*, Cost. sembra allora ruotare attorno al perno costituito dall'assetto motivazionale delle singole decisioni, rilevanti solo ove connotate da eclatanti omissioni che non siano il frutto di una scelta interpretativa.

Dal che emerge anche, a voler trattare la conclusione presa dalle Sezioni unite come principio estensibile al di là delle applicazioni del diritto europeo, il tema di quale possa essere il rapporto tra questo e le nuove regole del ricorso ordinario per cassazione, visto che «il vizio di motivazione di cui alla nuova disciplina dell'art. 360, comma 1, n. 5), c.p.c., prevede che la sentenza [*civile*] può essere impugnata, in sede di legittimità, non più per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia, bensì nei ben più ristretti limiti dell'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti» (SS.UU., sentenza 6 luglio 2017, n. 16694).

Nella sostanza (e non solo per il diritto europeo) un vecchio motivo di ricorso ordinario per cassazione potrebbe finire per costituire l'estremo limite operativo del ricorso *ex art. 362, primo comma, c.p.a.*