**I motivi inerenti alla giurisdizione nel “dialogo” tra le Corti supreme: nota all’ordinanza delle S.U. della Corte di cassazione 18 settembre 2020, n. 19598**

**Indice. 1. Premessa; 2. Il caso; 3. La sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e l’ordinanza delle Sezioni Unite; 4. La genesi dell’art. 111, comma 8, della Costituzione; 5. La sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004 in tema di giurisdizione esclusiva; 6. Altre considerazioni**

**1. Premessa**

Poche sentenze delle massime giurisdizioni hanno suscitato reazioni immediate sotto forma di commenti e di seminari (webinar) come l’ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione 18 settembre 2020, n. 19598. Con una mossa inaspettata e dalle conseguenze potenzialmente assai rilevanti sui rapporti tra le giurisdizioni ordinaria, amministrativa e costituzionale, l’ordinanza ha disposto il rinvio in via pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’Unione europea della questione interpretativa dei limiti del proprio sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato nei casi in cui queste non applicano in modo corretto il diritto europeo.

Così facendo le Sezioni Unite rimettono apertamente in discussione gli orientamenti restrittivi espressi dalla Corte costituzionale (sentenza n. 6/2018) in tema di difetto di giurisdizione che secondo l’art. 111, comma 8, della Costituzione è l’unico motivo in relazione al quale, com’è noto, può essere proposto ricorso per cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato. Inoltre, ove la Corte di giustizia sconfessasse l’interpretazione restrittiva della Corte costituzionale, gli equilibri tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato verrebbero nuovamente spostati recuperando a favore della prima spazi di sindacato sulle sentenze del secondo[[1]](#footnote-2).

**2. Il caso**

Ma procediamo con ordine. Il caso riguardava una gara di appalto bandita da un’azienda sanitaria avente per oggetto l’affidamento di servizi di somministrazione temporanea di personale a tempo determinato a una agenzia per il lavoro secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Un’impresa esclusa dalla procedura, per aver ottenuto, con riferimento all’offerta tecnica, un punteggio inferiore al minimo richiesto (soglia di sbarramento) dalla *lex speciali*s della gara, propone ricorso al Tar della Valle d’Aosta censurando non solo la propria esclusione, ma anche la mancata suddivisione della gara in lotti, l’irragionevolezza dei punteggi tecnici attribuiti, nonché altri vizi della procedura, inclusa la nomina illegittima della commissione di gara. Questi ultimi avrebbero determinato, ove accolti, il travolgimento dell’intera gara. L’impresa esclusa aveva poi proposto motivi aggiunti contro l’aggiudicazione all’impresa (in realtà un RTI) risultata prima in graduatoria tra quelle ammesse alla fase della valutazione economica.

L’impresa aggiudicataria e l’azienda e si difendono in particolare eccependo che l’impresa ricorrente, essendo stata legittimamente esclusa dalla procedura, è priva di legittimazione processuale e che pertanto il ricorso è inammissibile. Il Tar rigetta le eccezioni relative alla legittimazione della ricorrente e rigetta nel merito tutti i motivi di ricorso.

Il Consiglio di Stato rigetta l’appello dell’impresa esclusa che ripropone il motivo dell’errata attribuzione del punteggio all’offerta tecnica. Inoltre, in accoglimento del ricorso incidentale dell’impresa aggiudicataria il Consiglio di Stato riforma in parte la sentenza appellata nella parte in cui decide nel merito gli altri motivi del ricorso principale che invece non avrebbe dovuto esaminare. Ciò perché l’impresa ricorrente risulta priva di legittimazione a proporli in quanto esclusa legittimamente dalla gara e dunque titolare di un interesse di mero fatto analogo a quello di qualsiasi altro operatore economico del settore che non ha partecipato alla gara. E ciò aderendo alla giurisprudenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul tema del cosiddetto interesse strumentale, quello cioè collegato all’indizione di una nuova procedura di gara e dunque di recupero della *chance* di conseguire l’aggiudicazione (7 aprile 2011, n. 4 e 25 febbraio 2014, n. 25).

La ricorrente esclusa dalla procedura propone ricorso per cassazione lamentando un errore di diritto compiuto dal Consiglio di Stato per non aver riconosciuto la legittimazione e l’interesse a proporre le censure volte al travolgimento dell’intera gara. Così facendo il giudice di appello, secondo la ricorrente, ha leso il proprio diritto alla tutela giurisdizionale effettiva enunciato dalla Direttiva CEE n. 665 del 1989 e disatteso gli orientamenti della Corte di giustizia dell’Unione europea contrari a questa interpretazione restrittiva e volti invece a riconoscere l’obbligo del giudice amministrativo di esaminare nel merito le censure proposte da un ricorrente pur in presenza di una eccezione (o di un ricorso incidentale cosiddetto escludente) volto a contestare la legittimazione processuale. E ciò al fine di soddisfare l’interesse strumentale alla ripetizione della gara.

**3. La sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e l’ordinanza delle Sezioni Unite**

Tuttavia, un ricorso in Cassazione così formulato è precluso dall’orientamento della Corte costituzionale (sentenza n. 6 del 2018) che, come già anticipato, ha offerto un’interpretazione restrittiva dell’art. 111, comma 8, della Costituzione secondo il quale questo rimedio è ammesso contro le sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) “*per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*”.

Secondo la Consulta, questi ultimi sono limitati a tre casi: lo sconfinamento del giudice in sfere riservate al legislatore o alla pubblica amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento); il diniego di giurisdizione sul presupposto errato che nessun giudice è fornito di giurisdizione (cosiddetto arretramento); difetto relativo di giurisdizione consistente nell’affermazione della propria giurisdizione in un caso che invece rientra nella giurisdizione di un altro giudice (o viceversa).

In questo modo la Corte costituzionale ha sbarrato la strada a un’interpretazione evolutiva più ampia dei motivi di giurisdizione operata dalla Corte di cassazione in anni recenti che includeva tra questi anche i casi di radicale stravolgimento delle norme processuali tali da implicare un diniego di giustizia (per esempio sentenza delle Sezioni Unite 29 dicembre 2017, n. 31226). Né secondo la Corte può rilevare “*il dato qualitativo della gravità del vizio”* in quanto incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza dei plessi giurisdizionali e foriero di incertezze in sede applicativa.

Nel caso in questione dunque, secondo le Sezioni Unite, un ricorso per cassazione fondato sul fatto che il Consiglio di Stato ha accolto l’eccezione di difetto di legittimazione del ricorrente va qualificato, sulla base dell’orientamento della Corte costituzionale, come volto a far valere una semplice violazione di legge non censurabile in Cassazione.

La Corte di cassazione si era adeguata a questo orientamento restrittivo, non dubitando “*della pregnanza e della vincolante rilevanza*” della sentenza della Corte costituzionale. E questo proprio in una controversia relativa a una gara di appalto pubblico analoga a quella prima descritta involgente profili di diritto europeo nella quale il Consiglio di Stato aveva ribadito la tesi che il ricorso incidentale cosiddetto “escludente” va esaminato prioritariamente e in caso di accoglimento determina il venir meno della legittimazione a proporre il ricorso principale (sentenza delle Sezioni Unite 16 maggio 2019, n. 13243).

Le Sezioni Unite hanno ora un ripensamento perché ritengono che nell’ipotesi della violazione da parte del Consiglio di Stato di una normativa europea prevale l’esigenza di porre rimedio all’errore di interpretazione del diritto europeo. E ciò anche al fine di non esporre lo Stato italiano al rischio di azioni risarcitorie per violazione del diritto dell’Unione europea. E poiché si tratta una violazione che è ancora rimediabile attraverso lo strumento processuale del ricorso in cassazione per motivi di giurisdizione, quest’ultimo deve essere ammesso.

In dissenso esplicito con l’interpretazione restrittiva della Corte costituzionale, la Corte di cassazione ritiene, come primo argomento, che quando il Consiglio di Stato fa applicazione errata del diritto dell’Unione europea in realtà, “*esercita un potere giurisdizionale di cui è radicalmente privo*” e ciò ridonda in un difetto assoluto di giurisdizione. È infatti come se il giudice amministrativo ponesse in essere “*un’attività di diretta produzione normativa non consentita neppure al legislatore nazionale”.* In effetti quest’ultimo non può emanare disposizioni legislative contrarie al diritto europeo e se lo fa le norme approvate sono suscettibili di disapplicazione da parte dei giudici nazionali e delle pubbliche amministrazioni.

Del resto, secondo le Sezioni Unite, l’adesione dello Stato italiano all’Unione europea e l’istituzione di un ordinamento giuridico di nuovo genere comporta che gli Stati membri abbiano rinunciato, in settori sempre più ampi, ai loro poteri sovrani. E nelle controversie disciplinate dal diritto dell’Unione europea tale rinuncia comporta che il “*potere giurisdizionale esiste esclusivamente in funzione dell’applicazione del diritto dell’Unione*”. Letta *a contrario*, ne consegue che l’errata applicazione del diritto dell’Unione determina appunto un difetto assoluto di giurisdizione.

Le Sezioni Unite sottolineano che la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 6 del 2018 si era posta il problema di individuare un rimedio nel caso di sopravvenienza di una sentenza delle corti sovranazionali non conforme a una sentenza passata in giudicato e aveva ipotizzato come rimedio, *de jure condendo*, l’introduzione di un nuovo caso di revocazione ai sensi dell’art. 395 cod. proc. civ. Peraltro in una sentenza successiva la stessa Corte costituzionale aveva ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dovuta dalla mancata previsione tra i casi di revocazione di una fattispecie che consente il riesame di una sentenza non conforme a una statuizione vincolante, in quel caso, della Corte europea di diritti dell’uomo (Corte costituzionale 27 aprile 2018, n. 93).

Le Sezioni Unite si appellano anche al principio di autonomia procedurale degli Stati membri, che secondo l’interpretazione della Corte di giustizia vale a condizione che siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività. Ebbene, secondo le Sezioni Unite, il principio di equivalenza è violato da un ordinamento che, da un lato, consente il ricorso per cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato nei casi in cui svolga “*un’attività di produzione normativa invasiva delle attribuzioni del legislatore”*, fattispecie rientrante nella invasione o sconfinamento, secondo la classificazione della Corte costituzionale; dall’altro, preclude tale ricorso là dove il giudice “*elaborando ed applicando regole processuali di diritto nazionale, eserciti poteri di produzione normativa preclusi allo stesso legislatore nazionale, essendo esclusivamente riservati al legislatore comunitario sotto il controllo della Corte di giustizia*”.

Quanto al principio di effettività della tutela giurisdizionale anch’esso è violato poiché l’autonomia processuale dello Stato membro non può spingersi fino al punto di negare a un’impresa partecipante a una gara d’appalto una tutela pari a quella assicurata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che nel caso di ricorsi reciprocamente escludenti richiede l’esame di entrambi.

Secondo le Sezioni Unite, non è di ostacolo al rinvio pregiudiziale il fatto che la disposizione relativa ai limiti del ricorso per cassazione (art. 111, comma 8) abbia un rango costituzionale, poiché, è da escludere che “*norme di diritto nazionale, quand’anche di rango costituzionale, possano menomare l’unità e l’efficacia del diritto dell’Unione*” (come affermato già dalla sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, 17 dicembre 1970, in causa 11/70).

Sulla base di questi argomenti, pertanto, la Corte di cassazione rimette alla Corte di giustizia la questione di valutare la prassi interpretativa dell’art. 111, comma 8, della Costituzione, fatta propria dalla Corte costituzionale secondo la quale non costituisce motivo inerente la giurisdizione deducibile in un ricorso per cassazione l’errata applicazione del diritto europeo da parte di una sentenza del Consiglio di Stato.

Le Sezioni Unite sottopongono alla corte europea anche un secondo quesito, riguardante direttamente l’obbligo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del Consiglio di Stato. La questione specifica oggetto dell’ordinanza di rimessione è se può essere proposto ricorso per cassazione nei confronti delle sentenze del Consiglio di Stato che nel decidere controversie concernenti l’applicazione del diritto dell’Unione europea “*omettono immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*” anche là dove sussistano dubbi nell’interpretazione delle norme europee. Il Consiglio di Stato, infatti, in quanto giudice di ultima istanza è tenuto a operare un rinvio pregiudiziale in questi casi perché solo alla Corte di giustizia spetta l’ultima parola in tema di interpretazione del diritto europeo. Pertanto, se il Consiglio di Stato non opera il rinvio pregiudiziale “*interpretando direttamente le norme non chiare del diritto dell’Unione, invade le attribuzioni esclusive della Corte di giustizia cui spetta l’ultima parola in ordine all’interpretazione poiché esercita un potere giurisdizionale di cui è privo*”.

Infine, la Corte di cassazione rimette alla Corte di giustizia anche la questione interpretativa specifica e cioè se l’orientamento espresso dal Consiglio di Stato nel caso di specie è conforme o meno ai principi enunciati dal giudice europeo in vari precedenti (in particolare nelle sentenze Lombardi, Puligenica e Fastweb rispettivamente del 5 settembre 2019 in C-333/18, 5 aprile 2015 in C-689/13, 4 luglio 2013 in C-100/12)[[2]](#footnote-3).

**4. La genesi dell’art. 111, comma 8, della Costituzione**

L’ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione si presta a essere commentata dai punti di vista del diritto processuale, costituzionale ed europeo, ma offre il destro anche a considerazioni più generali di tipo istituzionale.

La Corte di giustizia è chiamata infatti a un compito, a prima vista, improprio: offrire un’interpretazione vincolante dell’art. 111, comma 8, della Costituzione, che potrebbe non essere in linea con quella della Corte costituzionale e che conseguentemente rimetterebbe in discussione l’equilibrio tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato in un sistema costituzionale che ha confermato la duplicità della giurisdizione ordinaria e amministrativa (artt. 24 e 113 della Costituzione).

Conviene prendere le mosse da quest’ultimo aspetto. Per ragioni storiche che non è possibile ripercorrere compiutamente in questa sede l’assetto della giustizia amministrativa in Italia si distingue dall’esperienza di altri ordinamenti occidentali per aver adottato un modello dualistico di giurisdizione[[3]](#footnote-4).

Ciò in seguito alla brusca cesura operata dalla legge 20 marzo 1965, n. 2248 All. E, ancor oggi in vigore, abolitiva del contenzioso amministrativo, che soppresse il sistema dei rimedi amministrativi interni all’amministrazione considerati un retaggio dell’*ancien régime* e poco in linea con l’impostazione liberale dell’epoca. La legge del 1855 optò invece per un sistema monistico, a imitazione dell’esperienza inglese, attribuendo la tutela dei diritti anche nei confronti della pubblica amministrazione al giudice ordinario. Un’ulteriore correzione di rotta fu operata con la legge 31 marzo 1889, n. 5992 istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato che attribuì al giudice amministrativo la tutela degli interessi legittimi, mantenendo peraltro ferma la competenza del giudice ordinario a conoscere delle controversie riguardanti i diritti soggettivi, gettando così le basi per il dualismo giurisdizionale.

I principali ordinamenti stranieri adottano in prevalenza modelli tendenzialmente monistici di giustizia amministrativa. La principale variabile è costituita dal fatto che alcuni di essi assegnano un ruolo dominante al giudice ordinario (paesi anglosassoni in regime di *common law* e, in una certa misura ancor oggi, il Belgio), anche se in parallelo svilupparono un sistema di rimedi giustiziali affidati a organismi paragiurisdizionali istituiti per particolari materie oggetto della legislazione amministrativa (provvidenze sociali, pensioni, ecc.); altri lo assegnano al giudice amministrativo (Francia, Spagna, Austria)[[4]](#footnote-5).

In Francia, in particolare, il *Conseil d’Etat* fin dal 1872 acquisì il ruolo di giudice del contenzioso amministrativo il cui ambito era definito secondo il criterio ampio del *service public*, che lasciava al giudice civile spazi di intervento del tutto marginali. I conflitti di giurisdizione con il giudice ordinario vennero deferiti a un *Tribunal des conflits*, un organo composto da magistrati ordinari e da magistrati amministrativi in numero eguale.

Il modello dualistico adottato in Italia, tuttavia, non assegna un ruolo perfettamente paritario al giudice ordinario e al giudice amministrativo, proprio in relazione alle funzioni attribuite alle Sezioni Unite della Corte di cassazione dall’art. 111, comma 8, della Costituzione[[5]](#footnote-6).

Infatti, già la legge 31 marzo 1877, n. 3761 attribuì alle Sezioni Unite della Corte di cassazione di Roma (istituita due anni prima) la competenza a dirimere i conflitti di attribuzione «*tra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali, nonché della nullità delle sentenze di queste giurisdizioni per incompetenza od eccesso di potere*» (art. 3, punto 3). La Corte di cassazione as­sunse dunque il ruolo di organo supremo giudicante in materia di giurisdizione conservato inalterato fino a oggi.

Va rammentato, inoltre, che la legge 31 marzo 1877, n. 3761 attribuì alla stessa Corte di cassazione il potere di dirimere i confitti di attribuzione tra giudice ordinario e pubblica amministrazione che l’art. 13 della l. n. 2248/1865 aveva devoluto al Consiglio di Stato. La pubblica amministrazione citata in giudizio innanzi al giudice ordinario poteva cioè sollevare un conflitto a tutela delle proprie prerogative, ritenute intangibili anche da parte del giudice ordinario. In questo modo una parte del giudizio aveva il privilegio di peter sottrarsi al giudice sollevando un conflitto la cui soluzione era affidata a un organo non terzo qual era il Consiglio di Stato, cioè un organo amministrativo legato sotto il profilo organizzativo e funzionale al potere esecutivo al pari della parte che sollevava il conflitto[[6]](#footnote-7). Di fronte a un’incongruenza così stridente la legge 31 marzo 1877, n. 3761 abrogò l’art. 13 della l. n. 2248/1865, All. E, e attribuì alla Corte di cassazione di Roma (istituita due anni prima) la competenza a dirimere anche questi conflitti.

Il punto di partenza di questa evoluzione si collocava dunque in un certo senso agli antipodi rispetto a quello posto dall’art. 111, comma 8, della Costituzione: era il Consiglio di Stato arbitro della competenza del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione.

L’assetto dualistico della giurisdizione fu confermato dalla Costituzione anche se in sede di assemblea costituente che respinse anche la proposta radicale di Pietro Calamandrei di ritornare all’unità della giurisdizione secondo il modello della legge n. 2248/1865.

Oggetto di dibattito fu anche quello che è oggi il comma ottavo dell’art. 111, comma 8, della Costituzione ed emersero posizioni variegate che coprivano un ampio spettro di possibilità: rimettere interamente al legislatore ordinario la definizione dei presupposti e dei limiti del ricorso per cassazione contro le decisioni dei giudici speciali, introducendo così solo una garanzia minima tesa a escludere che un siffatto rimedio possa essere espunto del tutto dal legislatore ordinario; omologare il ricorso per cassazione con riferimento alle giurisdizioni speciali a quello previsto in via generale con riferimento al giudice ordinario; attribuire alla Corte costituzionale la competenza a risolvere i conflitti di giurisdizione insorgenti tra giurisdizione ordinare e una giurisdizione speciale.

Quest’ultima proposta venne avanzata da Costantino Mortati sulla base di una serie di motivazioni. In primo luogo, poiché la Costituzione confermava la duplicità della giurisdizione --- prevedendo per essa una unità non organica ma solo funzionale che prevede “*una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi (…) ognuno dei quali fa parte a sé, ognuno dei quali ha una propria organizzazione” ---* i conflitti tra ordini giudiziari assumono un carattere costituzionale, ed è dunque appare appropriato che di essi sia investita la Corte costituzionale. Infatti allorché un ordine giudiziario giudica in una materia attribuita dalla Costituzione ad altro ordine giudiziario ciò si traduce in “*un’alterazione dell’ordine costituzionale dei poteri giurisdizionali”*

In secondo luogo, la regola introdotta, come si è visto, nel 1877 di affidare la risoluzione dei conflitti alle Sezioni Unite della Corte di cassazione costituisce una “*anomalia”* in quanto si attribuisce questo compito “*ad un organo della giurisdizione ordinaria, cioè ad un organo di quel potere che in un certo modo è parte in causa, perché il conflitto verte fra gli organi giudiziari ordinari e gli organi di giurisdizione speciali”*. E in proposito Mortati richiama no a caso il modello francese del tribunale dei conflitti composto in modo paritario, come si è già detto, da giudici espressione di entrambe le magistrature.

In terzo luogo, una volta operata la scelta di conservare le giurisdizioni speciali, in base alla considerazione che “*il giudice ordinario non abba quella preparazione, quella forma mentis, quelle attitudini necessarie per interpretare certe disposizioni di legge”*, ammettere il sindacato da parte della Corte di cassazione sull’interpretazione delle leggi operata dai giudici speciali appare contraddittorio.

Pertanto, secondo Mortati, quand’anche non si dovesse accogliere la proposta di investire la Corte costituzionale dei conflitti di giurisdizione, quanto meno occorrerebbe limitare il sindacato della Corte di cassazione “*soltanto all’eccesso di potere giudiziario, cioè alla mancanza o difetto assoluto di giurisdizione”*.

In definitiva, la formulazione attuale dell’art. 111, comma 8, della Costituzione fu il frutto una scelta in qualche modo di compromesso [[7]](#footnote-8). Essa tuttavia cristallizza una situazione foriera di tensioni tra giudice amministrativo e giudice ordinario visto che è l’organo di vertice della magistratura ordinaria a stabilire i confini della giurisdizione del giudice amministrativo. Quest’ultimo, da un lato può tracciare il discrimine tra interesse legittimo e diritto soggettivo ai sensi degli artt. 24 e 113 della Costituzione; dall’altro lato può “*operare la selezione dell’interesse legittimo rispetto all’interesse di fatto”[[8]](#footnote-9)*, atteso che nei confronti di quest’ultimo nessun giudice ha giurisdizione.

In aggiunta alla soluzione francese del tribunale dei conflitti, alla quale si è già fatto cenno, può essere richiamata come termine di confronto anche quella tedesca. La Costituzione del 1948 (*Grundgesetz*) opera infatti un’equiparazione all’interno di un ordine giudiziario unitario tra le varie catego­rie di giudici (ordinari, amministrativi, del lavoro, in materia finanziaria, in materia sociale), istituendo un collegio comune (*Gemeinsamer Senat*) per garantire l’unitarietà della giurisprudenza (art. 95).[[9]](#footnote-10)

**5. La sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004 in tema di giurisdizione esclusiva**

L’equilibrio tracciato dalla Costituzione tra giudice ordinario e giudice amministrativo si presenta incerto anche sotto un altro profilo, in qualche modo collegato, e cioè i limiti costituzionali imposti al legislatore ordinario nel devolvere i diritti soggettivi alla cognizione del giudice amministrativo in “*particolari materie”* (art. 103, primo comma, della Costituzione).

La tendenza del legislatore ordinario è stata nel corso dei decenni nel senso di ampliare le materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e ciò è avvenuto soprattutto con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80. Infatti, esso oltre a ampliare gli strumenti di tutela a disposizione dei ricorrenti, incluse tra le materie devolute alla giurisdizione quelle, particolarmente ampie, dei servizi pubblici e dell’urbanistica ed edilizia (artt. 33 e 34), aprendo così la strada a un cambiamento radicale del criterio di riparto fondato, più che sulle situazioni giuridiche soggettive, su blocchi di materie[[10]](#footnote-11).

La Corte costituzionale con la sentenza 6 luglio 2004, n. 204, nel dichiarare incostituzionali gli artt. 33 e 34 del d.lgs. n. 80/1998, ha offerto un’interpretazione restrittiva dell’art. 103, primo comma, della Costituzione interrompendo dunque questa evoluzione[[11]](#footnote-12).

La Corte ha interpretato infatti la dizione “*particolari materie”* come quelle nelle quali la pubblica amministrazione agisce in veste di “*autorità*” e risultano comunque prevalenti le situazioni giuridiche di interesse legittimo. Deve trattarsi cioè di materie che, in assenza di una disposizione legislativa che le devolve alla giurisdizione esclusiva, “*contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità*”. Non è sufficiente, per rispettare il parametro indicato dall’art. 103, primo comma, della Costituzione, che si tratti di controversie nelle quali parte del giudizio sia una pubblica amministrazione, né che sia presente un “*generico coinvolgimento dell’interesse pubblico*”.

In definitiva, la Corte costituzionale ha riaffermato il ruolo del giudice amministrativo come giudice naturale di situazioni soggettive collegate con il potere amministrativo. Ha ritenuto pertanto insuperabile, a Costituzione invariata, il criterio tradizionale di riparto di giurisdizione. L’art. 7 del Codice del processo amministrativo, rimettendo alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie “*concernenti l’esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo*” (art. 7, comma 1), si è conformato a questa indicazione.

La sentenza n. 204 del 2004 va letta peraltro in congiunzione con la sentenza n. 6 del 2018. Quest’ultima richiama la sentenza n. 204 del 2004 proprio nel passaggio in cui quest’ultima precisa che “*è la stessa Carta costituzionale a prevedere che siano sottratte al vaglio di legittimità della Corte di cassazione le pronunce che investono i diritti soggettivi”*.  Inoltre, la sentenza n. 6 del 2018, proprio in forza del fatto che essa offre un’interpretazione restrittiva dell’art. 104, primo comma, della Costituzione, respinge l’argomento secondo il quale, “*l’allargamento del concetto di giurisdizione può essere giustificato dalla presunta eccessiva espansione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva”*.

In buona sostanza quanto più eccezionali e ristretti sono i casi di devoluzione al giudice amministrativo della cognizione di diritti soggettivi, tanto minore è l’esigenza di ampliare le maglie del ricorso per cassazione, magari forzando la nozione di motivi inerenti alla giurisdizione. Nel caso dei diritti soggettivi i limiti al ricorso per cassazione posti dall’art. 111, comma 8, della Costituzione possono determinare il rischio che, non operando la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, gli indirizzi giurisprudenziali del giudice amministrativo nell’interpretare nel norme codicistiche imbocchino percorsi divergenti rispetto a quelli espressi dal giudice ordinario, come in qualche misura sta accadendo con riguardo alla responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione ex art. 2043 cod. civ. Nel caso degli interessi legittimi, che rientrano *naturaliter* nella giurisdizione del giudice amministrativo, si giustifica meno un allargamento delle maglie del ricorso per cassazione. E ciò proprio perché, se il giudice amministrativo è il giudice naturale del potere che si correla all’interesse legittimo, sembra coerente riservargli l’ultima parola nell’interpretazione delle stesse norme attributive del potere, e ciò anche a prescindere dalle ragioni addotte da Mortati e prima richiamate.

**6. Altre considerazioni**

L’ordinanza delle Sezioni Unite, come già sottolineato, ha già ricevuto molti commenti adesivi e critici, talvolta dai toni accesi[[12]](#footnote-13), i primi per lo più da parte dei processualcivilisti, i secondi per lo più da parte degli amministrativisti, con argomentazioni di segno opposto.

Così, in particolare, da parte di questi ultimi si è fatto leva sulla lettera dell’art. 103, primo comma, della Costituzione secondo la quale il ricorso per cassazione è ammesso “*per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”*, ove il “*soli*” sembra richiedere un’interpretazione restrittiva come quella fatta propria dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018[[13]](#footnote-14). Da parte dei processualcivilisti, si è enfatizzato un altro dato letterale e cioè la distinzione tra motivi “*inerenti*” e “*attinenti*” (espressione quest’ultima contenuta nell’art. 363, primo comma, del codice di procedura civile). Hanno prospettato cioè la tesi che la prima espressione sia più ampia della seconda fino a includere tutti i vizi che attengono “*all’essenza della funzione giurisdizionale”*, essenzaricavabile dallo stesso articolo 111 della Costituzione (in particolare il principio del giusto processo richiamato nel primo comma) e dai principi generali dell’ordinamento in materia di giurisdizione quali il principio del contraddittorio, della terzietà del giudice, del divieto del *ne bis in diem*, dell’obbligo di motivazione[[14]](#footnote-15).

Gli argomenti fondati sulla lettera di una disposizione non sono quasi mai risolutivi. In particolare, con riguardo al “*per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”*, si potrebbe rilevare che il “*soli*” è retto da “*motivi*”, escludendo in particolare la violazione di legge alla quale far riferimento l’art. 111, comma 7, in relazione ai ricorsi contro le pronunce del giudice ordinario, ma non è collegato semanticamente anche al sostantivo “*giurisdizione*”, la cui nozione va desunto da altri parametri costituzionali.

Quanto invece alla distinzione letterale tra motivi “*inerenti*” e “*attinenti*” alla giurisdizione, in realtà entrambi i vocaboli possono essere considerati come sinonimi nel senso di avere il significato generico di “*che concerne*”[[15]](#footnote-16). Inoltre la lettera della disposizione non chiarisce se l’espressione “*inerenti alla* *giurisdizione*” vada interpretata, come sembrerebbe forse più naturale dato il contesto in cui essa si inserisce, come “*inerenti alla giurisdizione del Consiglio di Stato e della Corte dei conti”*, piuttosto che come giurisdizione *tout court,* cioè con un ancoraggio al primo comma che enuncia il principio del giusto processo. E in ogni caso, se si vuol far leva su un significato più specifico di “inerente”, inteso come “*che appartiene all’essenza stessa di una cosa*”, si potrebbe argomentare che l’“essenza” ovvero la “sostanza” della giurisdizione (del giudice amministrativo) va stabilita in relazione alle regole che la definiscono (soprattutto gli artt. 103 e 113) le cui violazioni, appunto, possono essere dedotte di un ricorso per cassazione e anzi costituiscono i “*soli motivi*” ai quali fa riferimento l’art. 111, ultimo comma.

Si è anche correttamente osservato che le Sezioni Unite, anziché far ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, avrebbero potuto decidere la questione di giurisdizione come una classica ipotesi di rifiuto o diniego di giurisdizione. Infatti, il punto giuridico dirimente era se il cosiddetto interesse strumentale alla eventuale ripetizione della gara costituisca un interesse legittimo tutelabile in sede giurisdizionale come affermato dalla giurisprudenza Corte di giustizia già citata in tema di rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale oppure, come invece ha ritenuto il Consiglio di Stato, un interesse di mero fatto che non fonda una legittimazione a ricorrere[[16]](#footnote-17).

D’altro canto, il rischio che la non corretta applicazione da parte del Consiglio di Stato del diritto europeo possa comportare una responsabilità dello Stato non giustifica di per sé, come affermano invece le Sezioni Unite, l’ammissibilità del ricorso in cassazione in quanto unico rimedio ancora percorribile. Infatti, se la Costituzione qualifica il giudice amministrativo come organo di ultima istanza della giurisdizione amministrativa, avendo confermato l’impostazione dualistica affermatasi storicamente, una siffatta scelta non può essere messa in discussione, anche soltanto per le questioni interpretative del diritto europeo, a causa di un siffatto rischio. Del resto, in ordinamento affine al nostro come quello francese, contro le decisioni del *Conseil d’Etat* non è ammesso alcun tipo di rimedio[[17]](#footnote-18). E si potrebbe richiamare anche il noto brocardo secondo il quale *adducere inconveniens non est solvere argumentum.*

E’ ragionevole in definitiva concludere che le Sezioni Unite abbiano investito scientemente e in modo strategico la Corte di giustizia che sarà chiamata a svolgere un ruolo di “arbitraggio” tra la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione.

Quasi come un giocatore d’azzardo le Sezioni Unite hanno avviato una partita nella quale hanno poco da perdere e molto da guadagnare. Infatti se la Corte europea confermasse l’orientamento restrittivo della Corte costituzionale o eludesse il merito della questione ritenendola una natura squisitamente di diritto interno (ed è questo uno scenario possibile), la situazione resterebbe invariata per la Corte di cassazione che dovrebbe pertanto adeguarsi all’indirizzo interpretativo restrittivo, come del resto già stava facendo. Rimarrebbe ancora aperta a quel punto la possibilità di ritentare, alla prima occasione utile (peraltro non agevole da ipotizzare), una rimessione alla Corte costituzionale sollecitando un ripensamento, oggi peraltro meno probabile. Se invece la Corte europea smentisse la Corte costituzionale, la Corte di cassazione realizzerebbe per così dire una sorta di “poker d’assi”. Si allargherebbero infatti le maglie dei motivi di giurisdizione suscettibili di ricorso in cassazione nei casi di applicazione errata del diritto europeo.

L’equilibrio tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato subirebbe un’alterazione specie se fosse fondato il timore che le Sezioni Unite stiano cercando un più generale “*lasciapassare”* per un sindacato ex. art. 111, comma 8, della Costituzione su ogni ipotesi in cui il giudice amministrativo applichi una regola diversa da quella posta dal diritto europeo, come letto dalla Corte di giustizia, “*a prescindere dal fatto che il contrasto attenga a una questione sostanziale o processuale”[[18]](#footnote-19).* Sarebbe inoltre probabile che lo stesso “*lasciapassare”* possa valere in futuro quanto meno per i casi di violazione abnorme del diritto processuale nazionale. E ciò sulla scia dell’interpretazione evolutiva della nozione di giurisdizione accolta prima della pronuncia della Corte di cassazione che li annoverava tra i motivi di giurisdizione. Non sembrerebbe ragionevole, infatti, valutare i vizi in questione come meno gravi di quelli riguardanti il diritto europeo.

La Corte di giustizia è dunque chiamata a un compito delicato e forse, a prima vista, improprio: definire i rapporti tra i massimi organi giurisdizionali nazionali sulla base del diritto europeo, ma anche della Costituzione italiana. Com’è stato sottolineato, sarebbe la prima volta che ciò accade[[19]](#footnote-20).

Resta tuttavia da vedere se la Corte prenderà di petto la questione oppure troverà qualche *commodus discessus* per rimettere alle corti supreme nazionali il compito di trovare soluzioni equilibrate a Costituzione invariata. Anche al legislatore ordinario potrebbe far sentire la sua voce prevedendo a Costituzione invariata, come è stato auspicato e ritenuto possibile in sede dottrinale[[20]](#footnote-21), che le Sezioni Unite si pronuncino sulle questioni di giurisdizione non soltanto con la presenza di giudici di Cassazione, ma anche con la presenza di giudici provenienti dalla giurisdizione speciale nei confronti della quale la valutazione viene compiuta.

**Marcello Clarich**

Ordinario di Diritto Amministrativo

Sapienza Università di Roma

1. Sul tema cfr., in generale, R. VILLATA, *Sui “motivi inerenti alla giurisdizione”*, in *Riv. Dir. Proc.¸*2015, pag. 632 e seg.; A. CORPACI, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. Pubbl.*, 2013, pag. 341 e seg.;M. MAZZAMUTO*, L’eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione,* in *Dir. proc. amm.,* 2012, p. 1677 e seg.;B. TONOLETTI*, Il sindacato della Cassazione sui limiti esteri della giurisdizione di legittimità del giudice amministrato*, in *Foro it.*, 1998, I, p. 1567 e seg*.*; C.E. GALLO, *Il controllo della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in [*www.giustizia-amministrativa.it*](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2017. [↑](#footnote-ref-2)
2. Per una ricostruzione puntuale della giurisprudenza europea e nazionale sul tema cfr. A. BOTTO-S. CASTROVINCI ZENNA*, Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020, pag. 342 e seg. [↑](#footnote-ref-3)
3. Cfr., per tutti, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Milano, 1973; AAVV, *Le riforme crispine,* Vol. II, *Giustizia amministrativa*, in *Archivio ISAP – Nuova* Serie, Milano, 1990; M. CLARICH*, La giustizia*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo II, Milano, 2003, pag. 2021 e seg. [↑](#footnote-ref-4)
4. Cfr. G. RECCHIA*, Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Padova, 1996. [↑](#footnote-ref-5)
5. Cfr. E. CAPACCIOLI*, Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, in E. CAPACCIOLI, *Diritto e processo – Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, pag. 349 e seg. [↑](#footnote-ref-6)
6. Del resto anche dopo la legge del 1889 istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato rimase incerto se ad essa potesse essere riconosciuta natura giurisdizionale piuttosto che amministrativa e solo col tempo proprio la Corte di Cassazione stabilì il principio che le decisioni della IV Sezione sono provvedimenti giurisdizionali suscettibili di passare in giudicato. E ancor oggi l’art. 100 della Costituzione qualifica il Consiglio di Stato come organo di tutela della giustizia “*nell’amministrazione*”, ove il “nella” contrapposto al “della” sta a significare che l’organo in questione è inserito in qualche modo all’intero del plesso amministrativo, come sottolineato anche dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004 citata in seguito nel testo. [↑](#footnote-ref-7)
7. Tale scelta non convinse Costatino Mortati che nel suo noto manuale da un lato ribadisce la propria preferenza per la soluzione francese di deferire la soluzione dei conflitti di giurisdizione a organi a composizione mista, dall’altro osserva che al preminenza della cassazione si è accresciuta “*in via di fatto per l’inclinazione della cassazione ad apprezzare le questioni sulla giurisdizione del Consiglio di Stato e della Corte dei conti in modo così penetrante da tradursi a volte in vera lesione della sfera di potere attribuita a tali organi dalla Costituzione”*  (pag. 1256). Più di recente in senso critico sull’ampliamento delle maglie del ricorso per cassazione cfr. R. VILLATA, *op. cit.*, che considera addirittura come eversivo e incompatibile con la Costituzione l’obiettivo perseguito dalla Corte di cassazione. [↑](#footnote-ref-8)
8. Cfr. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, V ed., Napoli, pag. 510). [↑](#footnote-ref-9)
9. L’art. 95 del *Grundgesetz* rubricato “*Corti Supreme della Federazione, Camera comune*” prevede che “Per la giurisdizione ordinaria, amministrativa, finanziaria, del lavoro e sociale, la Federazione istituisce quali Corti supreme la Corte Federale di Giustizia, il Tribunale Amministrativo Federale, la Corte Finanziaria Federale, il Tribunale Federale del Lavoro e il Tribunale Sociale Federale. Sulla nomina dei giudici di questi tribunali decide il ministro federale competente per la materia corrispondente, di concerto con una Commissione per la scelta dei giudici, composta dai ministri dei Länder competenti per la materia stessa e di un pari numero di membri eletti dal Bundestag. Per assicurare l'unitarietà della giurisprudenza deve essere costituita una camera congiunta dei tribunali menzionati nel primo comma. Una legge federale regola i particolari”. [↑](#footnote-ref-10)
10. Sull’evoluzione del processo amministrativo con riferimento alla giurisdizione esclusiva cfr. A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo – Contributo alla teoria dell’azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001; A. FABRI, *Giurisdizione esclusiva: i modelli processuali*, Torino, 2002. [↑](#footnote-ref-11)
11. Su questa sentenza all’interno di un’analisi più articolata dei problemi del riparto di giurisdizione cfr. M. MAZZAMUTO*, Il riparto di giurisdizione – apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, pag. 239 e seg. [↑](#footnote-ref-12)
12. Si è parlato, per esempio, di “*guerra tra corti*” e di “*offensiva delle Ardenne*” cfr. R. BIN  *E’ scoppiata la terza “guerra tra le Corti”? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione,* in *Federalismi.it*; oppure di “*brutto pasticciaccio*”: cfr. F. FRANCARIO, *Quel pasticciaccio di Piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in [*www.giustiziainsieme.it*](http://www.giustiziainsieme.it),; di ”*attività veramente creativa”*  delle Sezioni Unite: Cfr. G. TROPEA,  *Il Golem europeo e i “motivi inerenti alla giurisdizione”. Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598,* in [*www.giustiziainsieme.it*](http://www.giustiziainsieme.it); oppure si è ritenuto che “*dall’organo supremo di giustizia ci si sarebbe potuto attendere maggiore prudenza nell’indubbiare la Costituzione*” cfr. B. CARAVITA, *Postilla a* S. BARBARESCHI-L-A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione “fuori contesto”: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19582*, in *Federalismi.it*, 4 novembre 2020; [↑](#footnote-ref-13)
13. Per la tesi secondo la quale la disposizione non può essere interpretata in termini elastici ma piuttosto in base a “*criteri di particolare rigore e di aderenza alle ragioni testuali”*, cfr. A. TRAVI, *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del* cittadino, in *Corrr. Giur.*, 2006, pag. 1048 e seg. [↑](#footnote-ref-14)
14. Cfr. G. COSTANTINO-A. CARRATTA-G. RUFFINI*, Limiti esteri e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Questione giustizia*, 2020 i quali peraltro per suffragare la tesi richiamano (nota 31) come dottrina anche l’opinione espressa in un articolo su una rivista dal relatore dell’Ordinanza delle Sezioni Unite. [↑](#footnote-ref-15)
15. Cfr. ISTITUTO DELLA ENICLOPEDIA ITALIANA, *Vocabolario della lingua italiana*, Roma, 1987, Voci *attinente*, *inerente*, *essenza*. [↑](#footnote-ref-16)
16. Cfr. A. PROTO PISANI, *Su Cass. S.U. 19598/*2020, in [*www.judicium.it*](http://www.judicium.it) il quale critica l’ordinanza anche per il linguaggio definito “*inaccettabile”* perché “*non si rqzionalizza in modo alcuno l’espressione “difetto di legittimazione”m, senza fare neanche un cenno al termine esatto: “interesse di fatto””* F. FRANCARIO, *op. cit*., il quale sottolinea anche che in realtà l’interpretazione della Corte di giustizia e della Corte costituzionale (in particolare Corte cost., 5 novembre 2019, n. 271) sul punto non sono in realtà molto distanti nel senso che sembrano inclini a far propria una concezione ampia di situazione giuridica soggettiva tutelabile e di legittimazione a ricorrere che include appunto le situazioni strumentali. Sull’interesse strumentale e sulla legittimazione a ricorrere in materia di appalti pubblici e sulla diversa interpretazione tra giudice amministrativo e giudice europeo, cfr. A. TRAVI, *Nota a Corte di Cassazione, sez. Un. Civ.., 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Foro it.*, in corso di pubblicazione.

 Cfr. altresì A.M. SANDULLI, *Guida alla lettura dell’ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020* , in *Giustizia insieme*, 2020 che opera una ricostruzione puntuale degli orientamenti giurisprudenziali auspicando che si possa trovare un nuovo punto di equilibrio “*che riconosca alla Corte di cassazione il sindacato sui casi di eccesso di potere giurisdizionale anche in forma di diniego di giustizia, senza trasmodare nell’ammissione di un terzo grado di giudizio nel merito delle decisioni del giudice amministrativo”*. [↑](#footnote-ref-17)
17. Cfr. A. TRAVI, *op. ult. cit*. [↑](#footnote-ref-18)
18. Cfr. M.A. SANDULLI, *op. cit.*, che solleva l’interrogativo. [↑](#footnote-ref-19)
19. Cfr. B. CARAVITA*, op. cit.* [↑](#footnote-ref-20)
20. Cfr. di recente C.E. GALLO*, Il controllo della Corte di cassazione sul rifiuto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in *giustizia-amministrativa.it* e in AAVV, *la sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, Napoli, 2018 anche per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali succedutisi nel tempo. [↑](#footnote-ref-21)