

## PROCEDIMENTI DI COGNIZIONE

---

# ***Limiti esterni della giurisdizione, denegata giustizia, effettività della tutela giurisdizionale***

di Stefano Nicita

### **Abstract**

*In una recente pronuncia, le Sezioni Unite (Cass., civ., s.u., sentenza 29 dicembre 2017, n. 31226 – Pres. Amoroso, Est. De Chiara) sono tornate sul concetto di limite "esterno" della giurisdizione, la cui violazione da parte del Consiglio di Stato o della Corte dei Conti può essere sottoposta al vaglio della Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.*

*La sentenza offre lo spunto per una breve analisi del tema del controllo della Suprema Corte sui c.d. "limiti esterni" della giurisdizione del Giudice Amministrativo in tema di appalti pubblici e per una ricostruzione della nozione di vizio di difetto giurisdizione così come evolutivamente interpretata dalla giurisprudenza.*

### **Ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione.**

Il caso oggetto di una recente pronuncia delle Sezioni Unite (Cass., sez. un., 29 dicembre 2017, n. 31226 – Pres. Rodorf, Est. De Chiara) è incentrato sulla vicenda giudiziaria di una gara di appalto pubblico contesa tra due raggruppamenti di imprese, la quale è terminata con una pronuncia del 2014 del Consiglio di Stato (oggetto dell'impugnazione per Cassazione) che ha dichiarato l'improcedibilità dei motivi aggiunti, riproposti in appello, con cui veniva contestata l'ammissione alla gara del raggruppamento avversario, motivi che dunque non sono mai stati esaminati nel merito.

La Suprema Corte sintetizza la questione affrontata nei seguenti termini: "se, in relazione a ricorso al giudice amministrativo con cui il concorrente escluso da una gara di appalto contesti sia la propria esclusione che l'ammissione dell'altro concorrente dichiarato aggiudicatario, la declaratoria di improcedibilità dei motivi di ricorso riguardanti l'ammissione dell'aggiudicatario (quale conseguenza del rigetto dei motivi riguardanti l'esclusione del ricorrente) integri gli estremi del **diniego di giurisdizione** da parte del Consiglio di Stato, sul presupposto che tale declaratoria viola una norma di diritto dell'Unione europea come interpretata dalla Corte di giustizia".

Le Sezioni unite dichiarano fondato il ricorso, premettendo un'ampia disamina della nozione di vizio di difetto giurisdizione e della sua evoluzione giurisprudenziale.

Secondo il principio di diritto enucleato nella sentenza, infatti: "non costituiscono diniego di giurisdizione da parte del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti), gli errori "in procedendo" o "in iudicando", ancorché riguardanti il diritto dell'Unione europea **salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento** (nazionali o dell'Unione) tali da ridondare in **denegata giustizia**, ed in particolare, salvo il caso, tra questi, di errore "in procedendo" costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia.".

### **Limiti esterni della giurisdizione.**

L'art. 111, ultimo comma, Cost. stabilisce che: "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 giurisprudenza delle Sezioni unite è ferma nel ritenere che il sindacato di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti abbia per oggetto il controllo dei **soli limiti esterni della giurisdizione** e non dei limiti interni.

Il concetto di limite esterno di giurisdizione, però, ha subito negli ultimi anni un'evoluzione ermeneutica.

Secondo un primo indirizzo tradizionale (c.d. **interpretazione statica**) le questioni di giurisdizione sono quelle relative a stabilire il confine (c.d. "riparto") tra ambiti giurisdizionali oppure quelle volte ad indagare sul c.d. "difetto assoluto" di giurisdizione, quando la controversia non sia risolvibile davanti a un giudice (cfr. Cass., sez. un., 06 aprile 1963, n. 895; Cass., sez. un., 07 luglio 1967, n. 1673; Cass., sez. un., 28 settembre 1968, n. 2993; Cass., sez. un., 08 ottobre 1968, 3152; Cass., sez. un., 21 marzo 1970, n. 744; Cass., sez. un., 04 marzo 1974, n. 593; Cass., sez. un., 25 gennaio 1977, n. 359).

Le altre violazioni di norme, sostanziali o processuali, non costituiscono vizio relativo alla giurisdizione, neppure in caso di violazioni del diritto dell'Unione europea, (cfr. Cass., sez. un., 04 febbraio 2014, n.2403; Cass., sez. un., 17 novembre 2015, n.23460; Cass., sez. un., 01 marzo 2012, n.3236; Cass., sez. un., 05 luglio 2013, n.16886) oppure delle norme sul giusto processo, ex art. 111 Cost. (cfr. Cass., sez. un. 16 febbraio 2009, n.3688; Cass., sez. un., 09 novembre 2011, n.12539; Cass., sez. un., 25 luglio 2011, n.16165; Cass., sez. un., 20 luglio 2012, n.12607; Cass., sez. un., 18 maggio 2017, n.12497). Si è, invece, tradizionalmente evocato il concetto di "limiti interni" della giurisdizione per tali casi di errori *in iudicando* o *in procedendo* (Cass., sez. un., 12 giugno 1999, n. 325; Cass., sez. un., 04 novembre 2002, n. 15438; Cass., sez. un., 19 febbraio 2004, n. 3349; Cass., Sez. U. 15 gennaio 2002, n. 385; Cass., sez. un., 15 luglio 2003, n. 11091; Cass., sez. un., 30 dicembre 2004, n. 24175; Cass., sez. un., 06 luglio 2005, n. 14211; Cass., sez. un., 11 maggio 2006, n. 10828; Cass., sez. un., 16 febbraio 2007, n. 3615; Cass., sez. un., 16 febbraio 2009, n. 3688; Cass., sez. un., 09 giugno 2011, n. 12539; Cass., sez. un., 25

luglio 2011, n. 16165; Cass., sez. un., 20 luglio 2012, n. 12607; 18 maggio 2017, n. 12497).

A tale orientamento c.d. "statico", però, di recente se ne è contrapposto uno c.d. "**dinamico**" o "**funzionale**". Tale nuova interpretazione prende le mosse da una esame ponderato degli artt. 24, primo comma, 111, primo comma (dopo la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2) e 113, primo e secondo comma, Cost..

Secondo tale impostazione "ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, che tradizionalmente delimitano il sindacato consentito alle S.U. sulle decisioni del Consiglio di Stato che quei limiti travalichino, si deve tenere conto dell'**evoluzione del concetto di giurisdizione** - dovuta a molteplici fattori: il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto comunitario; il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale; il principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina, tenuto conto dell'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo, ecc. - e della conseguente mutazione del giudizio sulla giurisdizione rimesso alle S.U., non più riconducibile ad un giudizio di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, né rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende, dunque, le diverse tutele che l'ordinamento assegna a quei giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento. **Infatti è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca.** Pertanto, rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., la eroghi concretamente e nel vincolarlo ad esercitare la giurisdizione rispettandone il contenuto essenziale, così esercitando il sindacato per violazione di legge che la S.C. può compiere anche sulle sentenze del giudice amministrativo" (così **Cass., civ., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254**, v. Foro it., 2009, I, 731, con nota di PALMIERI A., id., 2009, 10, I, 2721 nota di PAGNI; Corriere giur., 2009, 647, con nota di DI MAJO, PICOZZA; Giornale dir. amm., 2009, 385 (m), con nota di TORCHIA; Foro amm. CDS 2008, 10, 2639 con nota di SATTA; Dir. proc. amm. 2009, 2, 460 con nota di GRECO; Guida al diritto 2009, 4, 64 con nota di FORLENZA; Resp. civ. e prev. 2009, 6, 1310 con nota di PATRITO) ; cfr. anche Cass., ordinanze 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660, in Foro it., 2007, I, 3181, con note di DE NICTOLIS, LAMORGESE; Dir. proc. amm. 2006, 4, 1007 con nota di MALINCONICO e ALLENA; Guida al diritto 2006, 28, 48 con nota di CARUSO; Corriere del merito 2006, 8-9, 1096 con nota di MADDALENA) e 16 novembre 2007, n. 23741).

Sul punto la sentenza, qui in esame (Cass., sez. un., 29 dicembre 2017, n. 31226) chiarisce che: "l'apporto innovativo della sentenza 30254/2008 è dato dal superamento della concezione statica della giurisdizione (titolarità del potere giurisdizionale o regolamento di confini tra ordini giudiziari) e dall'**allargamento della categoria delle questioni di giurisdizione a quelle attinenti al contenuto del potere giurisdizionale in relazione alle forme di tutela in cui esso si**

**estrinseca**" (così anche Cass., sez. un. 06 settembre 2010, n. 19048 e Cass., sez. un. 20 gennaio 2014, n. 1013) ma resta ferma, anche nella giurisprudenza di legittimità posteriore, l'esclusione da tale categoria delle questioni attinenti alla mera violazione del diritto dell'Unione europea e dei principi del giusto processo.

### **Denegata giustizia.**

Anche in tema di diritto europeo, la Suprema Corte ritiene che in sede di controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione, alla Corte di cassazione non spetti una funzione di verifica finale della conformità delle sentenze del giudice amministrativo al diritto dell'Unione europea, ad eccezione dell'ipotesi in cui ricorra uno di quei casi estremi in cui l'eccesso giurisdizionale va individuato nell'errore del giudice amministrativo tradottosi in un **radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento, così come interpretate dalla Corte di giustizia**. (Cass., civ., sez. un., 6 febbraio 2015, n. 2242, in Foro it., 2016, I, 327, con nota di OCCHETTI).

Perciò: "alla regola della non estensione agli errori in iudicando o in procedendo del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni del giudice amministrativo, può derogarsi nei casi eccezionali o estremi di **radicale stravolgimento delle norme di riferimento, tale da ridondare in manifesta denegata giustizia**" (cfr. Cass., sez. un., 14 settembre 2012, n. 15428 in Diritto e Giustizia online 2012, 18 settembre, con nota di VALERINI; Cass., 30 ottobre 2013, n. 24468, in Diritto & Giustizia 2013, 31 ottobre, con nota di BASSO; Cass., 12 dicembre 2013, n. 27847, in Guida al diritto 2014, 12, 61, con nota di CASTRO; Cass., 4 febbraio 2014, n. 2403; Cass., 6 febbraio 2015, n. 2242, cit. in Foro it.; Cass., 31 maggio 2016, n. 11380; Cass., 17 gennaio 2107, n. 964, in Foro it. 2017, 2, I, 509; Cass., 19 settembre 2017, n. 21620. In senso critico si veda VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in Riv. dir. proc., 2014, 285 ss.; idem, «*sui motivi inerenti alla giurisdizione*», in Riv. dir. proc. 2015, 632 ss.; idem, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «cavalieri dell'apocalisse»?*, in Riv. dir. proc. 2017, 106 ss.).

### **Effettività della tutela giurisdizionale.**

In effetti, proprio in relazione ai contenziosi sugli appalti in presenza di ragioni simmetriche di esclusione dalla gara, la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è già espressa a più riprese o (cfr. CGE 4 luglio 2013 C100/12, *Fastweb* in Foro it., 2015, IV, 311, n. con nota di CONDORELLI; CGE, 5 aprile 2016, C689/13, *Puligienica*; CGE, sez. VIII, 10 maggio 2017, n. C-131/16, *Archus*) nel senso che sebbene "la disciplina dei profili processuali è in linea di principio riservata alla discrezionalità dei singoli Stati membri. Tale discrezionalità, però, ha un **limite fondamentale** posto a garanzia dell'**effettività dell'ordinamento dell'Unione**, e cioè il diritto, riconosciuto a ogni persona che lamenti la violazione di diritti o libertà garantiti da tale ordinamento, a un **ricorso effettivo dinanzi a un giudice** (art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)." .

Poste tali basi, le Sezioni unite concludono nel senso che nel caso in cui il concorrente escluso

da una gara di appalto (che contesti con un ricorso al giudice amministrativo contemporaneamente la propria esclusione e l'ammissione dell'altro concorrente dichiarato aggiudicatario), la declaratoria di improcedibilità dei motivi di ricorso riguardanti l'ammissione dell'aggiudicatario, quale conseguenza del rigetto dei motivi riguardanti l'esclusione del ricorrente, integri gli estremi del diniego di giurisdizione da parte del Consiglio di Stato, sul presupposto che tale declaratoria violi una norma di diritto fondamentale dell'Unione europea (diritto all'effettività della tutela giurisdizionale) come interpretata dalla Corte di giustizia.

### **Conclusioni.**

In conclusione, per certi aspetti, attualmente sembra essersi riprodotta la situazione antecedente al concordato Romano - D'Amelio del 1929, ovvero quell'accordo con il quale i Presidenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato stabilirono che fosse il criterio della *causa petendi* a dover definire le questioni di giurisdizione. Tale concordato si cristallizzò in due rispettive pronunce in materia giurisdizionale delle due Corti del 1929-1930 (sui presupposti concettuali del 'concordato giurisprudenziale v. I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, in Riv. dir. pubb. 1929, p. 181, ss.; inoltre, cfr. M. D'Amelio, *Il caso Laurens dopo quarantanni di giurisprudenza*, in Studi per Cammeo, Padova, 1933, I, p. 319, ss.; S. Romano, *Relazione al Capo del Governo sull'attività del Cons. di Stato nel biennio 1929-30*, Roma, 1930-31, p. 100, ss.).

Tale Concordato ha retto i rapporti tra le due giurisdizioni ed ha trovato applicazione sino all'anno 2000 quando esso è venuto meno in ragione dell'attribuzione delle controversie risarcitorie al g.a. (sul punto v. P. Patrito, *I "motivi inerenti alla giurisdizione" nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli, 2016, 126 ss, 160 ss.).



The graphic banner features a green header with the text "Master di specializzazione". Below it, the main title "DIRITTO E GIUSTIZIA SPORTIVA" is displayed in large green letters. At the bottom, a yellow call-to-action button says "Scopri le sedi in programmazione >".