

Giapeto Editore

Gazzetta FORENSE

Gennaio - Febbraio 2021

L'abuso d'ufficio: un ostacolo all'agire della P.A.

ANDREA R. CASTALDO

Il diritto della crisi tra legislazione emergenziale,
sostenibilità ed obiettivi di politica industriale

GIACOMO D'ATTORRE

Sul licenziamento disciplinare pubblico dipendente.

Nota a Corte App., Napoli, sez. lav., n. 6146/2020

LUIGI MOLVETTI

Gli adeguamenti della prevenzione *ante delictum* nelle
sentenze costituzionali nn. 24 e 25

VINCENZO MAIELLO

I contratti di appalto pubblico «sotto-soglia» dopo il
decreto 76/2020: una reale «semplificazione»?

STEFANO A. CERRATO

in collaborazione con



Gazzetta FORENSE

Bimestrale

Anno 14 - Numero 1 - Gennaio/Febbraio 2021

DIRETTORE RESPONSABILE

Francesco Fimmanò

CONSULENTE EDITORIALE

Roberto Dante Cogliandro

COMITATO EDITORIALE

Rosario Bianco, Sergio Carlino, Mario de Bellis

REDAZIONE

Vittorio Sabato Ambrosio, Valeria D'Antò, Melania Duraturo, Anna Eliseo,
Cristina Spizuoco

EDITORE

Giapeto Editore Srl con socio unico - Via Medina 5 - 80133 Napoli

PROPRIETARIO

Associazione Nemo plus iuris, Giapeto editore

COMITATO DI REDAZIONE

Andrea Alberico, Francesco Albertini, Giuseppe Amarelli, Antonio Ardituro, Almerina Bove, Clelia Buccico, Carlo Buonauro, Raffaele Cantone, Flora Caputo, Sergio Carlino, Michele Corleto, Francesco Cossu, Nicola D'Agnesse, Corrado d'Ambrosio, Marcello d'Aponte, Matteo D'Auria, Mario de Bellis, Domenico De Carlo, Andrea Dello Russo, Sara de Rosa, Marco Fasciglione, Fabio Foglia Manzillo, Francesca Galgano, Nicola Graziano, Clelia Iasevoli, Alessandro Jazzetti, Deosdedio Litterio, Sergio Locorato, Rita Lombardi, Luca Longhi, Raffaele Manfrellotti, Gaetanaarena, Catello Maresca, Giuseppina Marotta, Raffaele Micillo, Maria Pia Nastri, Vincenzo Pappa Monteforte, Giuseppe Pedersoli, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Flora Pirozzi, Roberto Ranucci, Ermanno Restucci, Francesco Romanelli, Raffaele Rossi, Angelo Scala, Gaetano Scuotto, Mariano Valente

COMITATO SCIENTIFICO

Giuliano Balbi, Emilio Balletti, Francesco Barachini, Amedeo Bassi, Fernando Bocchini, Antonio Buonajuto, Lucia Calvosa, Giovanni Capo, Giuseppe Cataldi, Aurelio Cernigliaro, Wladimiro De Nunzio, Giovanni Di Giandomenico, Ettore Ferrara, Giuseppe Ferraro, Francesco Fimmanò, Eugenio Forgillo, Erik Furno, Chuma Himonga, Manlio Ingrosso, Alberto Lucarelli, Francesco Saverio Marini, Gabriël Adelin Moens, Antonio Panico, Giuseppe Riccio, Vito Tenore, Gennaro Terracciano, Giuseppe Tesoro

COMITATO DI VALUTAZIONE

Carlo Brusco, Mario Campobasso, Raffaele Caprioli, Fausto Cardella, Sergio Del Core, Patrizia De Pasquale, Fabrizio Di Marzio, Marco Esposito, Lucilla Gatt, Umberto Lauro, Roberto Mastroianni, Antonio Merone, Lucio Napolitano, Andrea Patroni Griffi, Rosa Pezzullo, Luca Pisani, Maria Rosaria San Giorgio, Pietro Sirena, Raffaele Teti, Antonio Uricchio

Rassegne di giurisprudenza a cura di

Andrea Alberico, Almerina Bove, Carlo Buonauro, Michele Corleto, Corrado d'Ambrosio, Mario de Bellis, Vincenzo delli Priscoli, Antonio De Simone, Angela Grieco, Maria Luigia Ienco, Alessandro Jazzetti, Catia La Torraca, Giuseppina Marotta, Giuditta Merone, Maria Pia Nastri, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Francesco Romanelli, Viviana Salerno, Federico Sergio, Enza Sonetti, Giorgia Viola

La pubblicazione dei contributi proposti alla redazione della Rivista è sottoposta ad una procedura di *peer review* che garantisce il doppio anonimato (*double blind*), dell'autore e del valutatore. A tale scopo la direzione della Rivista si avvale di uno o più componenti interni al comitato di valutazione e di esperti esterni, il cui nominativo verrà reso noto in un elenco pubblicato periodicamente.

N. REGISTRAZ. TRIBUNALE

n. 21 del 13/03/2007

GRAFICA E IMPAGINAZIONE

Gianni Ascione, Napoli

STAMPA E ALLESTIMENTO

Print Sprint, Napoli

ISSN 977-1971-7881-21001

in collaborazione con



PEGASO
Università Telematica



Università telematica delle
Camere di Commercio Italiane

SOMMARIO

Editoriale

L'ABUSO D'UFFICIO: UN OSTACOLO ALL'AGIRE DELLA P.A.	5
di Andrea R. Castaldo	

Diritto e procedura civile

IL DIRITTO DELLA CRISI TRA LEGISLAZIONE EMERGENZIALE, SOSTENIBILITÀ ED OBIETTIVI DI POLITICA INDUSTRIALE.....	10
di Giacomo D'Attorre	
LA FUNZIONE NOTARILE NELL'ESPERIENZA GIURIDICA CONTEMPORANEA.....	14
di Massimo Palazzo	
SUL CONTRATTO DI LEASING E IL FALLIMENTO DELL'UTILIZZATORE. <i>Nota a Corte Cass., sez. Un., 28 gennaio 2021, n. 2061</i>	30
di Giulio Costanzo	
SUL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE PUBBLICO DIPENDENTE. <i>Nota a Corte App., Napoli, sez. lav., n. 6146/2020</i>	44
di Luigi Molvetti	
L'ADOZIONE "MITE" EX ART. 44 LETT. D DELLA LEGGE N. 184/83 NEI CASI DI "SEMI-ABBANDONO" DEL MINORE. <i>Nota a Corte Cass., sez. I Civ., ordinanza n. 1476 del 25/11/2020</i>	50
di Nicola Barbuzzi	
4YOU, ATIPICITÀ DELLO SCHEMA E PROBLEMI DI DISCIPLINA. <i>Nota a Corte Cass., sez. I, 18 marzo 2020, n. 6201</i>	59
di Martina Pellone	
SULL'ASSICURAZIONE RCT E SPESE SOSTENUTE DALL'ASSICURATO PER RESISTERE IN GIUDIZIO. <i>Nota a Corte Cass., sez. VI, 09 febbraio 2021, n. 3011</i>	64
di Pietro Sorrentino	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	70
a cura di Mario De Bellis	
RASSEGNA DI MERITO.....	73
a cura di Antonio De Simone e Walter Giacomo Caturano	

Diritto e procedura penale

GLI ADEGUAMENTI DELLA PREVENZIONE ANTE DELICTUM NELLE SENTENZE COSTITUZIONALI NN. 24 E 25 ..	78
di Vincenzo Maiello	
ACCERTAMENTO TRIBUTARIO E SEQUESTRO PER EQUIVALENTE: IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA POTESTÀ IMPOSITIVA STATUALE ED AUTONOMIA DELLA GIURISDIZIONE PENALE	87
di Giuseppe Saccone	
APPUNTI SULL'"AUTONOMA VALUTAZIONE" NELLA MOTIVAZIONE DELLE ORDINANZE DE LIBERTATE	97
di Paolo Sabra Piazza	

I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI, PER QUALI PROCEDIMENTI PENALI PERVENUTI IN CASSAZIONE NEL PERIODO DI <i>LOCKDOWN</i> SI APPLICA LA SOSPENSIONE DELLA PRESCRIZIONE	107
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	111
a cura di Andrea Alberico	
RASSEGNA DI MERITO	114
a cura di Giuseppina Marotta	

Diritto amministrativo

I CONTRATTI DI APPALTO PUBBLICO «SOTTO-SOGLIA» DOPO IL DECRETO 76/2020: UNA REALE «SEMPLIFICAZIONE»?	118
di Stefano A. Cerrato	
LA RISTRUTTURAZIONE RICOSTRUTTIVA: TRA ESIGENZE DI LIBERALIZZAZIONE E MODIFICHE SUPERFICIALI	132
di Giuseppe Rosanova	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (<i>d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50</i>)	147
a cura di Almerina Bove	

Diritto internazionale

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA	152
a cura di Celeste Pesce, Michele Corleto, Francesco Romanelli	

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE Corretta applicazione del diritto euro-unitario e criticità costituzionali. Brevi note a Cass. Civ., SS.UU., ordinanza n. 19598/2020 di rinvio alla Corte di Giustizia U.E. in materia di giurisdizione del Consiglio di Stato.	162
di Daniele Vitale	
DIRITTO PENALE Abolizione del reato e successione di norme integratrici: gli effetti del D.L. rilancio in relazione al peculato dell'albergatore.	168
di Clara Bianco	
DIRITTO AMMINISTRATIVO Sul partenariato per la valorizzazione di beni culturali di cui all'art. 151, co. 3, d.lgs. n. 50/2016.	171
di Elia Scafuri	

Recensioni

EPISTEME E PROCESSO PENALE di Sergio Ricchitelli, Giapeto editore, 2020	178
di Giuseppe Loasappio	

INDICE DELLE SENTENZE	180
-----------------------------	-----

Diritto civile

Corretta applicazione del diritto euro-unitario e criticità costituzionali. Brevi note a Cass. Civ., SS.UU., ordinanza n. 19598/2020 di rinvio alla Corte di Giustizia U.E. in materia di giurisdizione del Consiglio di Stato.

abstract

The article focuses on the question, whereby the Joint Chambers – in open contrast with Judgment No. 6 of 2018 of the Italian Constitutional Court – asked the Court of Justice of the European Union to verify the compatibility of Art. 111 of the Constitution on the distribution of jurisdiction with Union law. The critical issues are highlighted from the point of view of constitutional law.

keywords

Jurisdiction of the G.A. – Constitutional judgment – Question for a preliminary ruling – Division of jurisdiction – errores in iudicando.

abstract

Si analizza la questione, sollevata dalla Cassazione nella quale, in aperto contrasto con la sentenza n. 6/2018 della Corte costituzionale, si chiede alla Corte di Giustizia dell'UE di verificare la compatibilità dell'art. 111 Cost., in materia di riparto di giurisdizione, con il diritto europeo. Ne si mettono in luce le principali criticità sotto il profilo costituzionale.

parole chiave

Giurisdizione del G.A. – Giudicato costituzionale – Questione pregiudiziale – Riparto di giurisdizione – errores in iudicando.

Con il presente *focus* si offre un commento alla recente ordinanza n. 19598 del 18 settembre 2020 con la quale le Sezioni Unite hanno rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea tre diverse questioni aventi ad oggetto la compatibilità tra alcune norme e prassi giurisprudenziali, proprie della giustizia amministrativa, ed il diritto euro-unitario.

Più specificamente, con tale ordinanza – che per il suo contenuto trasversale e per la densità delle problematiche recate ha immediatamente richiamato l'inte-

resse generale di tutta la dottrina, attenendovi profili che intersecano tutti i diversi settori delle scienze giuridiche¹ – la Corte di Cassazione, ha posto all'attenzione della C.G.U.E. le seguenti questioni pregiudiziali:

«se il diritto europeo osti a una prassi interpretativa dell'111, ottavo comma, della Costituzione, così come interpretato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 6 del 2018, che preclude il ricorso in cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di giustizia in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea»;

«se il diritto europeo osti a una prassi interpretativa dell'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione, che preclude il ricorso in Cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato che omettano di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia»;

«se i principi dichiarati dalla Corte di giustizia (sentenze 5 settembre 2019, Lombardi, C-333/18; 5 aprile 2016, Puligienica, C-689/13; 4 luglio 2013, Fastweb, C-100/12) in relazione agli articoli 1, par. 1 e 3, e 2, par. 1, della direttiva 89/665/CEE, modificata dalla direttiva 2007/66/CE, tese ad affermare in materia di appalti pubblici l'obbligo del giudice nazionale di esaminare nel merito le censure proposte da un ricorrente pur in presenza di una eccezione o di un ricorso incidentale escludente, volto a contestare la sua legittimazione processuale, siano stati violati dal Consiglio di

¹ Tra i molti nomi illustri si citano: R. BIN, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in www.Federalismi.it; A. CARRATA – G. COSTANTINO – G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in www.questionegiustizia.it; 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. 19598*, in www.federalismi.it; M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Riv. It. dir. pubbl. comunitario*, n. 5/2020, pp. 675 ss.; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in www.giustiziainsieme.it; P.L. TOMAIUOLI, *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, ma incostituzionale, giurisdizione unica (nota a Cass. civ., Sezioni unite, ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in www.Consultaonline.it; A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in www.foronews.it.

Stato che, nella fattispecie oggetto del procedimento principale, abbia ritenuto l'impresa esclusa da una gara d'appalto non legittimata a proporre censure miranti a contestare l'aggiudicazione all'impresa concorrente, anche mediante la caducazione della procedura di gara siano stati violati dal Consiglio di Stato».

Come si evince già dal tenore letterale della prima di tali questioni, le Sezioni Unite non solo aperto un nuovo scontro tra i vertici della magistratura ordinaria e amministrativa², ma hanno esteso la controversia anche nei confronti Corte costituzionale, individuando come arbitro di tale *res litigiosa* la Corte di Giustizia dell'Unione europea. Al supremo organo giurisdizionale dell'Unione la Cassazione ha difatti posto con il rinvio pregiudiziale lo scomodo ruolo di interprete della portata dell'art. 111 Cost. in materia di ricorso per motivo di giurisdizione delle sentenze del Consiglio di Stato, sotto il profilo della compatibilità con i principi europei di effettività della tutela giurisdizionale e di primazia del diritto euro-unitario.

Considerata la molteplicità di tematiche sottese al provvedimento di rimessione, sembra necessario inquadrarne alcune premesse storiche e giuridiche al fine di comprenderne la portata ed inquadrarne eventuali profili di criticità o condivisione.

In primo luogo, si evidenzia che secondo la tradizionale dottrina processualista, la giurisdizione può essere definita come «l'astratta capacità di un organo giurisdizionale di esercitare le proprie funzioni in relazione ad un determinato ambito»³.

Più specificamente, sotto un profilo pragmatico maggiormente affine alla prassi forense, le questioni attinenti alla giurisdizione riguardano non tanto l'attività concreta esercitabile dal singolo Giudice adito, quanto piuttosto il suo potere astratto, come organo appartenente all'ordine giudiziario, di esercitare la propria specifica funzione iuris-dicente.

Da questo assunto discende la primarietà logica del requisito processuale della effettiva sussistenza della giurisdizione, elemento che il Giudice deve essere immediatamente riconoscere esistente e, in caso di errore nell'individuazione, rilevato sussistente o insussistente dalle parti processuali. In altri termini, l'Autorità

² A titolo esemplificativo si individua come storico scontro tra giurisdizioni – *rectius*, tra la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato – la nota vicenda delle cd. pregiudiziale amministrativa in materia di risarcimento da lesione di interessi legittimi, risolta dalla Suprema Corte in senso totalmente contrario da quanto sostenuto dai Giudici di Palazzo Spada i quali affermano che fosse onere del ricorrente proporre, prima della domanda risarcitoria, la domanda di annullamento del provvedimento amministrativo da cui fosse derivato l'asserito danno. Sulla vicenda, che si evidenzia subito costituisce un elemento interpretativo fondamentale anche per la vicenda *de qua*, R. GIOVAGNOLI, *Compendio di diritto amministrativo*, Itaedizioni, Torino, 2020, pp. 90 ss.

³ *Ex multis*, G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol. I, Eugenio Jovene Editore, Napoli, 1935. Nel medesimo senso anche A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, VI ed., Jovene, Napoli, 2006, pp. 9 ss.

giurisdizionale, prima di esercitare qualsivoglia attività processuale, ha l'obbligo di valutare anzitutto l'esistenza della propria capacità in astratto di conoscere la vicenda controversa e, nel caso in cui il provvedimento rechi un errore di individuazione, le parti possono impugnarlo, producendo l'eventuale accoglimento di tale censura effetti diversi da quelli del positivo esperimento dell'appello per *errores in iudicando*⁴.

L'importanza fondamentale del requisito della giurisdizione si lega soprattutto alla previsione nell'Ordinamento costituzionale italiano che, non modificando il precedente assetto prerepubblicano, conosce un articolato sistema di riparto della funzione giurisdizionale, affidati a plessi giudiziari diversi⁵, che trova per scelta del Costituente nella Suprema Corte di Cassazione l'arbitro dei conflitti di giurisdizione tra i diversi giudici⁶.

L'arbitro dei conflitti ha inizialmente adoperato con prudenza – secondo taluno eccessiva⁷ – il proprio potere risolutorio in alcune specifiche ipotesi attinenti all'(in)esistenza della giurisdizione ovvero al superamento da parte del Giudice dei limiti esterni del suo potere.

⁴ Le specificità del vizio di giurisdizione rispetto ad altre figure patologiche del diritto processuale si palesano in particolar modo nell'istituto della *translatio iudicij* a seguito di declinatoria di giurisdizione *ex art.* 59 della L. 69/2009. Sul peculiare regime della sentenza nella quale venga riconosciuto la insussistenza della giurisdizione dell'Autorità adita e sui suoi effetti sulla domanda proposta si rinvia a M. PALMA, *Processo amministrativo e translatio iudicij*, Giappichelli, Torino, 2017.

⁵ Sulle varie forme di giurisdizione si rinvia a G. VERDE, *Diritto processuale civile. 1. Parte generale*, III ed., Zanichelli, Bologna, 2012, pp. 34-35 in cui l'illustre Autore distingue essenzialmente cinque tipi di giurisdizione: civile, penale, costituzionale, amministrativa e contabile, giurisdizione dei tribunali militari, auspicandone una *reductio ad unitatem*.

⁶ Si osserva che la prima regolamentazione delle ipotesi di definizione dei conflitti di giurisdizione è rinvenibile nella L. n. 3761/1877, norma che assegnava alle Sezioni Unite della Cassazione il potere di dirimere i conflitti tra i tribunali ordinari ed i diversi giudici speciali presenti nell'ordinamento statutario. Questa prospettazione fu seguita prima dal legislatore del codice di procedura civile con la disposizione di cui all'art. 362, poi anche dall'Assemblea Costituente con la formulazione dell'art. 111, co. 3, a seguito della revisione costituzionale divenuto l'attuale comma 8. La scelta non fu scevra da riflessioni critiche in seno all'Assemblea nella quale si riscontrava un dibattito tra coloro, in particolare Calamandrei, che predicavano la necessità di una giurisdizione unica con un'unica funzione nomofilattica affidata alla Corte di Cassazione e coloro, soprattutto Mortati e Ruini, che, invece, sposavano l'idea dell'unità funzionale della giurisdizione, attraverso il mantenimento di alcuni dei Giudici speciali preesistenti. L'accoglimento di questa seconda tesi risulta evidente, come attestato soprattutto dalla giurisprudenza costituzionale, dalla diversa formulazione dell'attuale co. 7 dell'art. 111 Cost. ove è disposto il ricorso in Cassazione «per violazione di legge» quale rimedio generale avente ad oggetto le sole pronunce della giustizia ordinaria.

⁷ M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, op. cit., p. 10

La prima ipotesi, secondo una quasi costante giurisprudenza della Suprema Corte, si realizzerebbe nei casi in cui il Giudice, appartenente a qualsiasi plesso, esercitasse la propria giurisprudenza nella sfera riservata ad altri poteri dello Stato (straripamento) ovvero al contrario negasse in senso assoluto (arretramento) che una determinata materia possa formare oggetto della propria funzione.

La seconda ipotesi si determinerebbe in quei casi in cui l'organo giurisdizionale affermi o neghi la propria giurisdizione su materie invece appartenenti ad altri Giudici dell'Ordinamento, note come ipotesi di sconfinamento o arretramento relativo⁸.

A queste ipotesi tradizionali che sono rinvenibili anzitutto nella disposizione di cui all'art. 362 c.p.c.⁹, la Corte ha accompagnato, in alcune occasioni, ad una interpretazione statica della normativa, anche una controversa operazione ermeneutica dinamica dei limiti della giurisdizione dei Giudici speciale, in particolare del Giudice Amministrativo.

In questo senso, soprattutto nella nota vicenda della pregiudiziale amministrativa – vicenda che costituisce l'antecedente logico dell'ordinanza del 2020 e risolta con la storica sentenza delle SS.UU. n. 30254/2008 – la Corte di Cassazione ha postulato quale vizio di giurisdizione, ricorribile ex art. 111, ult. co., anche una fattispecie assolutamente peculiare, posta a cavallo tra la questione di giurisdizione e il vizio in *judicando*, ipotesi nota con la dicitura «*diniego di giustizia*¹⁰».

Tale fattispecie, secondo questa tesi, si invererebbe in quei casi in cui un'Autorità giudiziaria, pur ammettendo in astratto il potere di conoscere una data controversia, non somministri al richiedente la necessaria tutela prevista dalla legge, violando attraverso il proprio diniego di esercitare nel concreto la funzione, il diritto ex art. 24 Cost. di azionabilità in giudizio delle proprie posizioni giuridiche soggettive¹¹.

⁸ Sul punto, in particolare sugli ambiti applicativi dell'eccesso di potere giurisdizionale del G.A., M. SANTISE – F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche. Edizione speciale 2020*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 258-259.

⁹ Ai sensi del cui comma 2 «Possono essere denunciati in ogni tempo con ricorso per cassazione:

1. i conflitti positivi o negativi di giurisdizione tra giudici speciali tra questi e i giudici ordinari;
2. i conflitti negativi di attribuzione tra la pubblica amministrazione e il giudice ordinario».

¹⁰ Sul punto, *ex multis*, F. SATTA, *Quid novi dopo la sentenza n. 30254/2008 delle Sezioni unite*, in *www.giustiziaamministrativa.it* e G. VERDE, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2013, pp. 367 ss.

¹¹ C. Cass., SS. UU., sent. n. 30254/2008 in cui si affermava che «è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento».

Come si evince dal contenuto delle pronunce in materia di diniego di giurisdizione, le Sezioni Unite hanno ricondotto al concetto di giurisdizione un problema che non inerebbe propriamente all'astratta proponibilità dell'azione, ma alle concrete modalità con le quali l'azione stessa – di per sé ammissibile innanzi a quel plesso giurisdizionale – poteva essere proposta, effettuando dunque un sostanziale sindacato su pronunce asseritamente viziata da violazione di legge.

Sul punto si evidenzia che una delle particolarità della sentenza n. 30254/2008 che ha dato origine a questo orientamento evolutivo, era dato dalla circostanza che l'atto legislativo violato dalla sentenza del Consiglio di Stato fosse una norma di derivazione comunitaria, ponendo così implicitamente le basi per l'affermazione del principio per il quale ogni volta che una questione sottoposta alla giurisdizione amministrativa recasse problemi attinenti l'interpretazione del diritto dell'Unione Europea, tale questione sarebbe da sottoporsi all'ultima parola della Corte di Cassazione e non del Consiglio di Stato.

L'estensione in senso dinamico della tradizionale funzione nomofilattica, nei soli casi in cui ad essere violato fosse il diritto europeo ed in deroga a quanto disposto dell'art. 111 Cost., trovava sostegno, nonostante numerose ed autorevoli voci fortemente critiche¹², anche in quella parte della dottrina, preoccupata di salvaguardare l'uniforme applicazione del diritto comunitario¹³.

L'orientamento, sostenuto in alcune pronunce della Cassazione di poco successiva alla sentenza del 2008¹⁴, riceveva un importante momento di arresto

¹² *Ex plurimis*, M. D'ORSOGNA, *Il ricorso per Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione*, in *Codice della giustizia amministrativa*, Giuffrè, 2005, 920-923; V. FANTI, *La «rivoluzione» operata dalla Corte di cassazione sulla giurisdizione del Giudice amministrativo in tema di pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, pp. 145; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1677 ss.; A. TRAVI, *Intervento al Seminario di studi sul tema «Eccesso di potere giurisdizionale e diniego della giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione»*, Roma, Corte di Cassazione, 21 settembre 2017; R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «Cavalieri dell'apocalisse?»*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 285 ss.

¹³ A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Laterza, Bari, 2008, pp. 94 ss.

¹⁴ Vedasi Cass. Civ., SS. UU., sentenza n. 2242 del 6 febbraio 2015, peraltro ampiamente citata nell'ordinanza di remissione alla CGUE, in cui la Cassazione ha riformato una pronuncia del Consiglio di Stato a seguito di una sopravvenuta giurisprudenza della CGUE al fine di «impedire, anche nell'interesse pubblico, che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo, esplichi i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, così come interpretato dalla Corte di giustizia, con grave nocumento per l'ordinamento europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi degli Stati membri deve conformarsi alla normativa comunitaria. In altri termini, la Cassazione, che deve decidere di un motivo di difetto di giurisdizione, applica, nel momento in cui decide, la regola che risulta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e, se riscontra

con la sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, il cui intervento era stato sollecitato proprio dalle Sezioni Unite con l'ordinanza n. 6891 del 2016, quasi a conferma della legittimità della propria interpretazione evolutiva dell'art. 111, ult. co., e del concetto di limiti esterni della giurisdizione¹⁵.

Da tale interpretazione estensiva il Giudice delle leggi prendeva le distanze, affermando espressamente che «l'eccesso di potere giudiziario denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici¹⁶».

La pronuncia in questione sembra(va) dunque aver chiuso a tutte quelle interpretazioni, appoggiate anche da quella parte della dottrina che ammetteva, anche a Costituzione invariata, la concezione unitaria di funzione giurisdizionale¹⁷, affidata alla funzione nomofilattica della Suprema Corte di Cassazione, recuperan-

che la regola applicata dal Consiglio di Stato è diversa, cassa la decisione impugnata».

¹⁵ In tale vicenda le Sezioni Unite era stato adite a seguito di un ricorso per motivi di giurisdizione avverso una sentenza con la quale il Consiglio di Stato, in applicazione all'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, aveva dichiarato l'inammissibilità delle azioni proposte da alcuni medici dopo il termine previsto dalla suddetta legge, invocando la circostanza che, dopo il deposito di tale decisione, la Corte europea dei diritti dell'uomo, adita da altri medici che versavano nella medesima condizione giuridica dei ricorrenti, aveva accertato la violazione dell'art. 6 CEDU. Nella complessa ordinanza di rimessione al Giudice delle leggi, la Cassazione aveva ritenuto di poter sollevare l'incidente di costituzionalità della legge «nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30.06.98 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000» in quanto dotato del potere giurisdizionale di sindacare la questione controversa sulla scorta della analogia tra diritto convenzionale e quello europeo, seguendo l'iter logico della citata sentenza 2242/2015.

¹⁶ *Considerato in diritto* 8.2.

¹⁷ A. CARRATA – G. COSTANTINO – G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE*, op. cit., p. 12. In senso contrario, altra dottrina, pur ritenendo necessario un sistema ispirato alla giurisdizione unica, ritiene che tale soluzione passi solo attraverso la revisione costituzionale. Aderisce a tale tesi A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, n. 2/2001, V, 22 ss.,

do invece la concezione propria di quella antica, ma autorevolissima dottrina che, informato il testo della Carta fondamentale in materia di giurisdizione, postulava la sua «l'unità non organica, ma funzionale¹⁸».

La *vis* interpretativa della sentenza della Corte costituzionale si rendeva evidente dalla maggiore prudenza delle Sezioni Unite nel giudicare le ipotesi di sconfinamento del G.A., come confermato dalla sentenza 18592 del 9 settembre 2020, pubblicata solo nove giorni prima dell'ordinanza di rinvio alla C.G.U.E., con la quale la Cassazione, avallando una pronuncia del Consiglio di Stato, non ne riteneva susistente il vizio di sconfinamento di una competenza propria della Pubblica Amministrazione¹⁹.

Questo atteggiamento maggiormente conciliante, come in premessa rilevato, è stato travolto dall'ordinanza del 2020 che ha rimesso ad una corte sovranazionale le diverse questioni concernenti «tutto in una volta, una norma costituzionale, una sentenza della Corte costituzionale e l'assetto costituzionale e stratificatosi nel tempo della giurisdizione nella nostra Carta²⁰».

I dubbi principali sul contenuto dell'ordinanza si legano soprattutto al tentativo della Cassazione di sovvertire quanto statuito dalla Corte costituzionale a proposito della corretta interpretazione delle prassi e delle connesse al riparto del potere giurisdizionale, chiamando in causa la Corte di Giustizia.

Sotto un primo profilo critico, si evidenzia che il diritto dell'Unione Europea è in linea di principio indifferente alle modalità con le quali l'ordinamento processuale dei Paesi membri ne garantisce l'applicazione, non avendo la normativa europea la capacità di alterarne i confini, salvo casi in cui a venire in gioco sia una materia affidata alla competenza esclusiva dell'Unione²¹.

¹⁸ Intervento del 27 novembre 1947 nella seduta pomeridiana di Costantino Mortati.

¹⁹ Più precisamente, le Sezioni Unite nel caso di specie avevano escluso che il Consiglio di Stato – avendo ordinato all'Amministrazione di attribuire direttamente alla ricorrente del caso specifico l'abilitazione scientifica nazionale alle funzioni di professore universitario – abbia arbitrariamente invaso il campo dell'attività riservata alla P.A., in quanto «la suddetta conclusione è il frutto di una interpretazione articolata ed “evolutiva” delle norme del codice del processo amministrativo, a partire dall'art. 34, comma 1, lettera e) che consente al giudice della cognizione di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi compresa la nomina di un commissario ad acta esercitando così un potere, una volta spendibile solo nella successiva sede dell'ottemperanza».

²⁰ F. PATRONI GRIFFI, *Le giurisdizioni “sconfinare”*. Webinar 13 novembre 2020, in www.giustiziaamministrativa.it nel quale il Presidente del Consiglio di Stato esprime forti criticità nel linguaggio e nella portata dell'ordinanza.

²¹ In questo senso C.G.U.E., Unibet, C-432/05, 13 marzo 2007, secondo cui l'art. 19, n. 1, par. 2 del T.U.E., il quale dispone che «gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione», debba essere interpretato nel

Questo principio di equivalenza dei rimedi interni in conformità al diritto europeo è stato ribadito dalla stessa C.G.U.E., a partire dalla sentenza del 30 settembre 2004, C-224/01, *Kobler c. Austria*, nella quale la Corte ha statuito che il giudicato, formatosi sulle sentenze del Giudice interno, non può essere contestato né rimesso in discussione neppure per le ipotesi di violazione del diritto europeo, al fine di salvaguardare il primario interesse alla stabilità del diritto ed alla buona amministrazione della giustizia²².

Dalla lettura dei principi del diritto europeo se ne può ricavare che il regime delle pronunce giurisdizionali e dei diversi rimedi, che si ribadisce essere tipico e tassativo in quanto connesso al principio di intangibilità del giudicato, non presenta in astratto aspetti problematici, neppure sotto il profilo del riparto di giurisdizione. Nelle ipotesi di contrasto tra quanto statuito dal Giudice interno ed una norma dell'ordinamento comunitario, valgono difatti gli ordinari principi delle impugnazioni tipiche dell'ordinamento interno, nonché eventualmente le garanzie previste dal diritto europeo nell'ipotesi di violazioni da parte degli atti interni, nelle forme e nei limiti previsti dai Trattati fondati il diritto europeo²³.

Ne consegue che, a parere di chi scrive, il riferimento al diritto europeo, come ambito legittimante una interpretazione estensiva del ruolo delle Sezioni Unite di arbitro della giurisdizione, sembra essere un argomento debole per estendere la portata dell'art. 111, co. 8, Cost., il quale statuisce chiaramente, anche per come interpretato della Corte Costituzionale, che le pronunzie del Consiglio di Stato ed anche della Corte dei Conti possono essere impugnate per Cassazione

sensu che «spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario».

²² In altra nota occasione la Corte di giustizia ha al contrario ritenuto ammissibile la rimozione del giudicato, con la sentenza del 18 luglio 2007, C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini S.p.A.* La sentenza in questione, come evidenziato da autorevole dottrina, non andrebbe tuttavia letta come previsione di un principio generale di “*disponibilità del giudicato interno*”, quanto piuttosto come una eccezione al fondamentale principio della intangibilità del giudicato. Difatti, nel caso di cui alla sentenza *Lucchini*, il Giudice europeo ha ritenuto erronea la pronuncia sulla quale s'era formato il giudicato, sul presupposto che «i giudici [amministrativi] interni non erano competenti a pronunciarsi sulla compatibilità degli aiuti di Stato richiesti dalla società *Lucchini* con il mercato comune, né gli stessi avrebbero potuto constatare l'invalidità della decisione 90/555, che aveva dichiarato tali aiuti incompatibili con il detto mercato». In altri termini, il Giudice europeo aveva ritenuto non operativo il giudicato interno, valutando che, nella specifica materia degli aiuti di stato, il Giudice interno fosse sfornito di un potere spettante esclusivamente alla Commissione, che agisce sotto il controllo del giudice comunitario.

²³ Sui rimedi che l'Ordinamento appresta per la violazione del diritto euro-unitario si rinvia a R. GIOVAGNOLI, *Compendio di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 395 ss.

solo nell'ipotesi in cui affermino o neghino l'astratta proponibilità di una determinata tutela giurisdizionale in violazione della separazione dei poteri.

Il secondo profilo di criticità dell'ordinanza 19598/2020, soprattutto nella formulazione letterale della prima questione, consiste nella evidente violazione dell'art. dell'art. 137 Cost. ai sensi del quale è precluso l'appello delle sentenze del Giudice delle leggi²⁴.

Proprio per tale ragione l'ordinanza è stata severamente stigmatizzata dai costituzionalisti che ne hanno sottolineato l'effetto dirompente sulla stabilità del sistema costituzionale delle fonti del diritto²⁵.

La violazione del principio della assoluta intangibilità del giudicato costituzionale²⁶ sembra di così tale gravità da portare parte della dottrina a postulare, nel caso in cui la Corte di Giustizia accertasse la conformità con il diritto euro-unitario della ricostruzione operata dalle Sezioni Unite, l'attivazione dei controlimiti quale forma di resistenza contro l'eventuale ingerenza indebita di un soggetto, pur sempre alieno all'ordinamento costituzionale interno, che usurpasse il ruolo di interprete autentico non tanto di una prassi processuale – espressione linguistica adoperata nell'ordinanza di rimessione²⁷ – ma del principio di natura costituzionale che si ricava dalla pacifica lettura dell'art. 111, ult. co., Cost.²⁸.

Per quanto concerne il rimedio dei controlimiti, tuttavia, a parere di chi scrive, si dubita che il sistema costituzionale di riparto di giurisdizione in senso dualista sia da considerarsi un principio fondamentale dell'Ordinamento repubblicano, al pari del principio di legalità penale *ex art. 25 Cost.*, posto alla base della potenziale attivazione da parte della Corte costituzionale in occasione della nota vicenda *Taricco*²⁹.

²⁴ Principio ribadito più volte, come ad esempio in C. Cost., sentenza n. 29/1998 ove è statuito che «la Costituzione, nello stabilire che contro le decisioni della Corte Costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione, preclude in modo assoluto ogni tipo di gravame diretto a contrastare, annullare, riformare, in tutto in parte, le decisioni della Corte». Nel medesimo senso, seppur attinente alla materia penale, C. Cost., ord. 184/2017.

²⁵ R. BIN, *È scoppiata la terza “guerra tra le Corti”?*, op. cit., pp. 7 ss.

²⁶ Sulla portata di tale istituto, F. DEL CANTO, *Commentario alla Costituzione. Art. 137*, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*.

²⁷ Fortemente critico già sotto il profilo linguistico P.L. TOMAIUOLI, *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, ma incostituzionale, giurisdizione unica (nota a Cass. civ., Sezioni unite, ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Consulta on line*, n. 3/2020, pp. 689 ss.

²⁸ G. TROPEA, *Il Golem europeo e “i motivi inerenti alla giurisdizione”*, op. cit. e, nel medesimo senso R. BIN, *È scoppiata la terza “guerra tra le Corti”?*, op. cit., secondo cui: «*Se la Corte di giustizia cadrà nella trappola, accettando oltretutto di occuparsi di una questione che è palesemente di esclusivo diritto interno, Taricco non resterà un caso isolato*».

²⁹ Per l'approfondimento della nota vicenda che ha visto impegnate la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia dell'UE si rinvia *ex plurimis* a C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo ‘certo’*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2018.

Sembra difatti essere nella disponibilità del legislatore, attraverso lo strumento della revisione costituzionale, modificare l'impianto giurisdizionale delineato e giungere ad una unicità organica e funzionale dell'Autorità giurisdizionale³⁰.

Più pratico ed incisivo potrebbe risultare invece l'attivazione da parte della Corte costituzionale del rimedio interno del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti della Corte di Cassazione per invasione della propria sfera di competenza esclusiva di rivedere le proprie pronunce.

Premessa la sussistenza del requisito soggettivo di potere dello Stato, anche il requisito oggettivo della sussistenza del tono costituzionale, in caso di attivazione del conflitto, sarebbe soddisfatto³¹. Difatti, la Cassazione, soggetto deputato ad esprimere definitivamente la volontà del potere cui appartiene, impugnando una pronuncia del Giudice delle leggi, ha usurpato il potere esclusivo del Giudice delle Leggi di interpretare le disposizioni normative contrastanti con la Carta fondamentale, appellando una sua pronuncia ad una Corte esterna al sistema costituzionale.

Questa soluzione di attivare il meccanismo ex art. 134 Cost., consentirebbe il vantaggio di non attendere che la C.G.U.E. deliberi sulla questione pronuncia che, anzi, se fosse in senso contrario a quanto statuito dalla Corte costituzionale, sarebbe da considerarsi *inutiliter data*.

Si soggiunge in ultimo che le criticità dell'ordinanza, siano esse di merito o formali, ben avrebbero potuto esser superate attraverso la creazione *ex novo* di un Tribunale dei conflitti di giurisdizione a cui affidarne il ruolo di arbitro – in analogia a quanto avviene nell'ordinamento francese – oppure attraverso una modifica ed integrazione della composizione del collegio delle Sezioni unite della Cassazione con giudici provenienti da altri plessi³².

³⁰ A parere di chi scrive questa ipotesi, pur se astrattamente legittima e sostenuta da autorevoli Autori in precedenza citati, recherebbe in concreto molteplici problematiche, superiori ai vantaggi sperati, problematiche connesse alla fisiologica carenza di strumenti in capo al Giudice ordinario per incidere sull'esercizio della funzione amministrativa, in ossequio al principio generale, immanente nell'Ordinamento, della separazione dei poteri. Pur potenziata ad esempio, la tutela offeribile dal G.O., risulterebbe difatti spuntata ad esempio, la difesa degli interessi legittimi – categoria anch'essa destinata alla sostanziale estinzione – fornita dal G.A. attraverso lo strumento dell'ottemperanza che consente al Giudice un penetrante sindacato sulle scelte amministrative.

³¹ Sulla struttura dei conflitti di attribuzione e sui requisiti dell'attivazione di tale rimedio G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia Costituzionale*, Zanichelli, Bologna, 2012, pp. 427 ss.

³² In senso critico, A. COSENTINO, *Note critiche sull'ipotizzato "Tribunale superiore dei conflitti"*, in www.giustiziainsieme.it.