

# ***L'eccesso di potere giurisdizionale e il diritto eurounitario***

**di Antonio Lamorgese**

**Consigliere Corte di cassazione**

**Sommario:** 1) La responsabilità dello Stato per fatto della P.A. e del Consiglio di Stato. L'art. 111, ult. comma, Cost. Premessa – 2) Il principio di “autonomia procedurale” degli Stati - 3) L'eccesso di potere giurisdizionale secondo le Sezioni Unite 4) Sull'estensione del sindacato delle Sezioni Unite: obiezioni e possibili repliche. L'argomento della responsabilità dello Stato – 5) La questione del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

## **1. La responsabilità dello Stato per fatto della P.A. e del Consiglio di Stato.**

**L'art. 111, ult. comma, Cost. Premessa**

La responsabilità dello Stato per violazione del diritto eurounitario riguarda fatti imputabili al legislatore nazionale, prevalentemente per la inesatta o tardiva attuazione

delle direttive, ma anche fatti imputabili alla P.A.<sup>1</sup> e agli organi giurisdizionali e, in particolare, a quelli di ultimo grado<sup>2</sup>.

Qui vengono in rilievo i casi in cui l'attività amministrativa sia in contrasto con il diritto europeo<sup>3</sup> perché, ad esempio, l'atto amministrativo sia conforme a una legge nazionale contrastante con il diritto europeo e la P.A. non abbia provveduto a un'interpretazione conforme o alla disapplicazione della legge nazionale.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, la difformità dal diritto eurounitario è causa di mera illegittimità del provvedimento amministrativo, che resta impugnabile nel termine di decadenza, al pari del provvedimento contrastante con il diritto interno<sup>4</sup>: la violazione del diritto eurounitario è così derubricata a violazione di legge, sebbene le due "leggi" non siano sullo stesso piano, essendo quella europea «gerarchicamente sovraordinata»<sup>5</sup> a quella nazionale. La medesima giurisprudenza precisa, però, che il provvedimento è nullo «nella ipotesi in cui [esso] sia stato adottato sulla base di una norma interna attributiva del potere, incompatibile con il diritto nazionale e quindi disapplicabile»<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Corte giust. UE, 22 giugno 1988, C-103/88; 29 aprile 1999, C-224/97, p. 30-33.

<sup>2</sup> Corte giust. UE, 30 settembre 2003, C-224/01, p. 59. Nella sentenza del 13 giugno 2006, C-173/03, si legge che «il diritto comunitario osta altresì ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente, quale precisata ai punti 53-56 della citata sentenza Kobler» (p. 46). V. anche Corte giust. UE, 24 novembre 2011, C-379/10.

<sup>3</sup> L'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, stabilisce che l'attività amministrativa è retta anche dai principi dell'ordinamento comunitario.

<sup>4</sup> Tra le altre, Cons. di Stato, sez. III, n. 4538/2012. Secondo una giurisprudenza costante, è compatibile con il diritto comunitario la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza nell'interesse della certezza del diritto (Corte giust. UE, 16 dicembre 1976, C-33/76, p. 5; 10 luglio 1997, C-261/95, p. 28; 12 febbraio 2008, C-2/06, p. 58), quando non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento comunitario (Corte giust. UE, 24 settembre 2002, C-255/00, p. 34).

<sup>5</sup> Corte cost. n. 28/2010 cit.

<sup>6</sup> Cons. di Stato, sez. V, n. 3072/2009.

Gli “errori” della P.A. (cioè le violazioni comunitarie ad essa imputabili) sono rimediabili mediante impugnazione degli atti amministrativi in sede giurisdizionale, ordinaria e amministrativa. E tuttavia, la possibilità di porre rimedio alle violazioni del diritto eurounitario è disomogenea nei due casi: nell’ambito della giurisdizione ordinaria (per gli atti che incidano su diritti soggettivi, al di fuori delle materie di giurisdizione esclusiva indicate nell’art. 133 cod. proc. amm.) è assicurato il controllo nomofilattico per «violazione di legge» da parte della Corte di cassazione, mentre, nell’ambito della giurisdizione amministrativa, le sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) sono impugnabili in Cassazione «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione» (art. 111, ult. comma, Cost.)<sup>7</sup>.

## **2. Il principio di “autonomia procedurale” degli Stati.**

Si ritiene che l’ambiguo sistema impugnatorio delineato dalla menzionata disposizione costituzionale rimanga immutato e impermeabile ad ogni pulsione interpretativa in senso evolutivo, in ragione della cd. “autonomia procedurale” garantita agli Stati membri nella conformazione degli strumenti di attuazione e dei rimedi per le violazioni del diritto eurounitario.

Tale principio, tuttavia, nella costante giurisprudenza della Corte di giustizia, è sottoposto alla duplice condizione che quegli strumenti di attuazione e quei rimedi, da un lato, non siano meno favorevoli rispetto a quelli relativi ad analoghe situazioni disciplinate dal diritto interno (principio di equivalenza) e, dall’altro, non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti derivanti dal diritto dell’Unione (principio di effettività)<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Si rinvia a A. Lamorgese, *La giurisdizione contesa*, 2014.

<sup>8</sup> V., tra le tante, Corte giust. UE, 17 marzo 2016, C-161/15, p. 24; 6 ottobre 2009, C-40/08; 15 aprile 2008, C-268-06, p. 45-48.

Una interpretazione restrittiva del citato art. 111, ult. comma, Cost. che impedisca alla Cassazione di “intervenire” in presenza di (e al fine di evitare) violazioni gravi del diritto europeo da parte della P.A. e, in seconda battuta, del giudice amministrativo, può tradursi in una violazione, non solo (come è evidente) del menzionato principio di effettività della tutela, ma forse anche del principio di equivalenza.

La Cassazione è garante della conformità del diritto nazionale a quello dell’Unione, ma non nei casi in cui sia impugnata una sentenza di un giudice amministrativo<sup>9</sup>, in ragione di una preclusione<sup>10</sup> derivante da una norma procedurale (l’art. 111, ult. comma, Cost.) o, più correttamente, da una interpretazione di essa.

Il principio di equivalenza implica parità di trattamento delle medesime situazioni in ambito nazionale ed eurounitario, ma anche (a maggior ragione) nell’ambito dello stesso diritto eurounitario, nel quale non si può giustificare una diversità di trattamento a seconda della natura delle situazioni giuridiche fatte valere nel giudizio, pena la disintegrazione dell’unitarietà della tutela a livello europeo. In altri termini, non è concepibile che analoghe situazioni giuridiche di derivazione europea subiscano un trattamento diversificato dal punto di vista processuale, a seconda che nell’ordinamento interno esse siano configurate come diritti o interessi legittimi, con l’effetto di limitare la possibilità di porre rimedio in sede giurisdizionale alle violazioni del diritto eurounitario.

Il tentativo di “giustificare” violazioni del diritto europeo da parte degli ordinamenti nazionali, invocando i principi dell’autonomia procedurale degli Stati o del regolare svolgimento del procedimento o della certezza del diritto, non ha avuto quasi mai successo, nemmeno a fronte di sentenze passate in giudicato, avendo la Corte di giustizia affermato che, in particolari circostanze, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare, non solo le

---

<sup>9</sup> V., tra le tante, Cass., Sez. Un., n. 2403/2014.

<sup>10</sup> Tale preclusione, com’è noto, è il prodotto del criterio di riparto della giurisdizione, sconosciuto all’estero, fondato sulla diversa natura delle situazioni giuridiche implicate dall’agire amministrativo.

norme costituzionali<sup>11</sup>, ma anche la norma processuale sul giudicato, quando sia necessario per la piena attuazione del diritto comunitario<sup>12</sup>. La medesima Corte ha ritenuto disapplicabile dal giudice nazionale la norma procedurale che gli imponga di rispettare la statuizione resa dal giudice superiore (nella specie, dalla Cassazione italiana su un regolamento preventivo di giurisdizione rispetto ad una giurisdizione straniera) quando la norma sostanziale applicata non sia conforme al diritto dell'Unione, come da essa interpretato<sup>13</sup>. Analogamente, si è ritenuto che un organo giurisdizionale nazionale, al quale il giudice dell'impugnazione abbia rinviato la causa, non sia vincolato alle valutazioni formulate in diritto dal giudice superiore, quando ritenga che esse non siano conformi al diritto dell'Unione<sup>14</sup>.

Ancora sul principio di autonomia procedurale, il Consiglio di Stato ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire «se osti o meno all'applicazione dell'art. 267, terzo comma, TFUE [...] la disciplina processuale nazionale che preveda un sistema di preclusioni processuali, quali termini di ricorso, specificità dei motivi, divieto di modifica della domanda in corso di causa, divieto per il giudice di modificare la domanda di parte».

La Corte europea ha così risposto: «Per quanto concerne le norme nazionali di procedura alle quali fa riferimento il giudice del rinvio [...] è sufficiente ricordare che siffatte norme non possono ridurre la competenza e gli obblighi incumbenti su un giudice

---

<sup>11</sup> Corte giust. UE, 8 settembre 2010, C-409/06: «È inammissibile che norme di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, possano menomare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione». Ovvio è la riferibilità del suddetto principio anche all'art. 111, ultimo comma, Cost.

<sup>12</sup> Corte giust. UE, 3 settembre 2009, C-2/08; 18 luglio 2007, C-119/05; 14 dicembre 1995, C-312/93, p. 20-21. È opportuno ricordare che le Sezioni Unite penali (n. 42858/2014) hanno sancito un limite all'efficacia del giudicato di condanna, in caso di illegittimità costituzionale di norme non incriminatrici, incidenti sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio, anche perché non ammettere una siffatta possibilità vorrebbe dire dare luogo ad una irragionevole discriminazione tra violazioni convenzionali (della Cedu), nel qual caso il giudicato soccombe, e violazioni costituzionali, dove invece il giudicato di condanna sarebbe intangibile.

<sup>13</sup> Corte giust. UE, 20 ottobre 2011, C-396/09.

<sup>14</sup> Corte giust. UE, 5 ottobre 2010, C-173/09.

nazionale in quanto giudice di rinvio ai sensi dell'articolo 267 TFUE (v., in tal senso, sentenza Cartesio, cit., p. 93, 94 e 98). Si deve, altresì, sottolineare che il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito di propria competenza, le norme del diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione della legislazione nazionale, in particolare di procedura, senza doverne attendere la previa soppressione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (v., in tal senso, sentenza del 5 ottobre 2010, Elchinov, C-173/09) »<sup>15</sup>.

Nell'ordinamento europeo, diversamente che in quello interno, il principio di effettività (per il raggiungimento del cd. effetto utile delle norme europee) non ha valore programmatico o di orientamento per l'interpretazione delle norme, ma ha valore cogente e la sua violazione è sanzionata in vario modo.

### **3. L'eccesso di potere giurisdizionale secondo le Sezioni Unite.**

Venendo all'art. 111, ult. comma, Cost., le Sezioni Unite<sup>16</sup> hanno cassato una sentenza del Consiglio di Stato che, in presenza di due partecipanti alla procedura di gara che proponevano reciprocamente censure attinenti alla medesima fase procedimentale, aveva accolto il ricorso incidentale senza il contemporaneo esame delle censure contenute nel ricorso principale. Le Sezioni Unite hanno correttamente ritenuto che con la predetta interpretazione il Consiglio di Stato avesse travalicato i limiti esterni della propria giurisdizione.

È opportuno riportare alcuni passi della motivazione nella quale la Corte di cassazione ha osservato che, ai fini dell'individuazione dei predetti limiti esterni, «si deve tenere conto

---

<sup>15</sup> Corte giust. UE, 18 luglio 2013, C-136/12, p. 32-33.

<sup>16</sup> Cass., Sez. Un., n. 2242/2015.

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, visto l'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo, ecc. Così come si deve tenere conto 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 – prosegue la sentenza (n. 2242/15) citando un importante precedente<sup>17</sup> – 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, «la cassazione della sentenza impugnata risulta, allora, indispensabile per impedire, anche nell'interesse pubblico, che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo, espliciti i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, così come interpretato dalla Corte di giustizia, con grave nocimento 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 su 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 che la regola applicata dal Consiglio di Stato è diversa, cassa la decisione impugnata. Sotto diverso profilo – prosegue la sentenza delle

---

<sup>17</sup> Cass., sez. un., n. 30254/2008.

Sezioni Unite in esame – occorre rilevare che la cassazione della sentenza impugnata si prospetta inevitabile e doverosa, oltre che al fine di delineare gli ambiti giurisdizionali del GA nel senso voluto dalla normativa europea (come, in questo caso, interpretata dalla Corte di giustizia), anche al fine di sottrarre lo Stato alla responsabilità risarcitoria per i danni cagionati dagli organi giurisdizionali di ultima istanza»<sup>18</sup>.

Questa impostazione è del tutto condivisibile e il discorso che si è aperto sull'art. 111, ult. comma, Cost. potrebbe chiudersi, se non fosse che nella giurisprudenza più che prevalente delle Sezioni Unite solo raramente essa si è tradotta nel riconoscimento del travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa.

In effetti, la *ratio* principale della sentenza in esame (n. 2242/15) sembra da ricercare altrove, e cioè nel fatto che, nella vicenda, vi era stato un precedente specifico della Corte di giustizia<sup>19</sup> (citato in sentenza) che aveva interpretato la direttiva applicabile in senso opposto alla sentenza del Consiglio di Stato impugnata. Ed allora, ci si deve chiedere se, in mancanza di un precedente della Corte di giustizia, la conclusione sarebbe stata diversa<sup>20</sup>, perché in tal caso si dovrebbe ritenere che le Sezioni Unite considerano l'esistenza di una pronuncia resa dalla Corte di giustizia in via pregiudiziale come una condizione imprescindibile, quantomeno *de facto*, per ravvisare quella ipotesi "estrema" in cui consisterebbe l'eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato (con l'effetto di sottoporre la tutela dei diritti derivanti dal diritto eurounitario ad una impropria condizione che potrebbe potenzialmente pregiudicarli). Se così fosse, la sentenza (n. 2242/2015) sarebbe difficilmente compatibile con la giurisprudenza della Corte di

---

<sup>18</sup> Seguono riferimenti alle sentenze Francovich del 1991 e Brasserie du Pêcheur del 1996 e al rischio di mettere a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e la tutela dei diritti da esse riconosciuti ai singoli.

<sup>19</sup> Corte giust. UE, 4 luglio 2013, C-100/12.

<sup>20</sup> Un serio argomento nel senso indicato nel testo, cioè che la conclusione sarebbe stata diversa da quella raggiunta dalla sentenza n. 2242/15, si ricava dal fatto che le stesse Sezioni Unite si erano pronunciate diversamente con la sentenza n. 10294/2012, emessa in data precedente alla citata pronuncia della corte europea.

Lussemburgo, in base alla quale l'applicazione del diritto eurounitario da parte degli organi dello Stato, non solo ai fini risarcitori, non ammette di essere condizionata al presupposto che vi sia stata una sentenza pregiudiziale della Corte di giustizia o una previa constatazione dell'inadempimento imputabile allo Stato<sup>21</sup>.

In ogni caso, la citata sentenza delle Sezioni Unite (n. 2242/15), seppure dichiara di voler seguire l'orientamento tradizionale – in base al quale l'esame del ricorso per motivi di giurisdizione, anche quando declinato in termini di eccesso di potere<sup>22</sup>, non consentirebbe una verifica sul modo di esercizio del potere giurisdizionale del Consiglio di Stato – questa verifica la compie in concreto, coerentemente con la logica del giudizio sull'eccesso di potere giurisdizionale. Il quale, infatti, come si è detto altrove<sup>23</sup>, ha ad oggetto *necessariamente* il controllo sull'*esercizio* del potere giurisdizionale<sup>24</sup>, seppure allo

---

<sup>21</sup> V., tra le altre, Corte giust. UE, 24 marzo 2009, C-445/06, p. 37-39; 5 marzo 1996, C- 46/93 e 48/93, p. 94-96.

<sup>22</sup> E cioè quando non si chieda di verificare solo la sussistenza della originaria *potestas iudicandi*.

<sup>23</sup> Si rinvia a A. Lamorgese, cit., 78 ss., sul significato storico della norma costituzionale e sulla permanente attribuzione alla Cassazione del sindacato sull'eccesso di potere, da non confondere con il sindacato sull'esistenza della *potestas decidendi* in capo al giudice. Che il sindacato sull'eccesso di potere giurisdizionale implichi necessariamente la verifica circa il modo di esercizio di quel potere, è dimostrato dal sindacato sull'eccesso di potere amministrativo che il giudice amministrativo compie, nell'ambito della propria giurisdizione, valutando necessariamente le modalità di esercizio di quel potere.

<sup>24</sup> È opportuno riportare un passaggio della motivazione di Cass., Sez. Un., n. 1013/2014, la quale ha correttamente esaminato il ricorso nel merito (rigettandolo): «È innegabile che l'assunto delle ricorrenti secondo cui il Consiglio di Stato, nel caso in esame, avrebbe omissso di esercitare con pienezza il controllo giurisdizionale che gli compete sugli atti dell'Autorità Garante, limitando tale controllo ai profili giuridici, formali e motivazionali dell'atto senza procedere anche alla dovuta verifica della sussistenza dei presupposti di fatto che ne sono alla base, non si traduce nella denuncia di un mero *error in iudicando* o *in procedendo* nel quale il giudice amministrativo sarebbe incorso. Quel che viene denunciata è sì un'errata interpretazione di legge (l'art. 33, comma 1, della citata L. n. 287), ma ciò che le ricorrenti sostengono è che tale errore ha condotto ad un indebito rifiuto di erogare la dovuta tutela giurisdizionale... Ed è allora chiaro che – fondata o meno che sia tale doglianza nel merito – essa attiene proprio alla corretta individuazione dei limiti esterni della giurisdizione».

scopo di verificare non una violazione di legge ma, appunto, l'eccesso di potere e l'incompetenza del giudice<sup>25</sup>.

In altri termini, non sembra possibile sostenere che un eccesso di potere giurisdizionale sia ravvisabile solo rispetto a sentenze del Consiglio di Stato in contrasto con le norme europee come interpretate dalla Corte di giustizia: come si è detto, l'applicazione del diritto eurounitario e, analogamente, le modalità del sindacato sull'eccesso di potere giurisdizionale non possono dipendere dalla preesistenza di una sentenza della Corte di giustizia in materia.

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, conferiti ai singoli dalle norme eurounitarie, impone agli ordinamenti nazionali di predisporre mezzi di gravame (e di interpretare quelli esistenti) in modo che essi possano consentire di valutare, quantomeno in via incidentale, la conformità delle disposizioni interne (legislative, amministrative e giudiziarie) alle norme europee<sup>26</sup>, ma ciò presuppone evidentemente una verifica sull'esercizio del potere giurisdizionale, che è, però, quanto la giurisprudenza prevalente delle Sezioni Unite esclude, con rarissime eccezioni.

Il quadro complessivo è incerto e sporadicamente movimentato da talune importanti e coraggiose aperture, rimaste "rondini" a primavera, come quella con cui le Sezioni Unite hanno affermato, a chiare lettere, che è sindacabile dalle sezioni unite della Corte di cassazione, per omissione di esercizio del potere giurisdizionale, la sentenza del Consiglio di Stato che sia destinata ad esplicare i propri effetti in maniera contrastante con una norma sovranazionale (nella specie, della Cedu) cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione<sup>27</sup>.

L'importanza di quest'affermazione si coglie nel fatto che ad essere impugnata era una sentenza del Consiglio di Stato che aveva confermato una sentenza del Tar che, nell'ambito

---

<sup>25</sup> V. Cass. n. 948/1963.

<sup>26</sup> Corte giust. UE, 13 marzo 2007, C-432/05, p. 65.

<sup>27</sup> Cass., Sez. Un., n. 6891/2016.

della propria giurisdizione (trattandosi di domanda attinente a rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998, attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se proposta dopo il 15 settembre 2000), aveva dichiarato inammissibile la domanda di medici che avevano chiesto la copertura previdenziale per il periodo in cui avevano svolto la loro attività, ritenendo realizzata la decadenza prevista dall'art. 69, comma 7, d.lgs. n. 165 del 2001. Le Sezioni Unite – chiedendo alla Consulta (ove la questione è attualmente pendente) di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della predetta disposizione che prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998 restino attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000 – hanno fatto ciò che il Consiglio di Stato avrebbe dovuto fare, cioè dubitare della legittimità costituzionale di una norma che limitava irragionevolmente il proprio potere giurisdizionale, configurando la decadenza come un ostacolo procedurale che si risolveva in una sostanziale negazione del diritto invocato.

Ciò dimostra, ancora una volta, che il sindacato sull'esercizio di potere giurisdizionale è un passaggio, non solo, non vietato, ma obbligato ai fini del giudizio sull'eccesso di potere giurisdizionale. La contraria e diffusa opinione è un esempio eloquente che dimostra che «Nella storia del diritto... quando un'idea è di fatto riuscita a crearsi un ruolo centrale, tende a essere spinta alle estreme conseguenze logiche. Alcuni concetti giuridici, pertanto, finiscono virtualmente per essere ossessioni»<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> R.C. Van Caenegem, *Introduzione storica al diritto privato*, 1995, 221.

#### **4. Sull'estensione del sindacato delle Sezioni Unite: obiezioni e possibili repliche. L'argomento della responsabilità dello Stato**

A chi sollecita la Cassazione a rendere più penetrante il sindacato sull'eccesso di potere giurisdizionale si obietta che «ad essere conseguenti, [tale esigenza] dovrebbe valere non solo quando l'azione amministrativa rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, ma anche quando essa abbia un'origine esclusivamente negoziale: anche in tal caso, infatti, il principio di effettività della tutela richiederebbe, per coerenza, la garanzia dell'uniformità dell'interpretazione delle norme attributive di diritti soggettivi, tanto più quando sono in gioco i diritti fondamentali della persona»<sup>29</sup>.

L'argomento, come si suol dire, prova troppo: è vero che l'integrazione del diritto comunitario ha determinato una situazione paradossale, poiché i medesimi cittadini «godono di una maggiore tutela contro le violazioni del diritto comunitario rispetto a quella garantita loro contro le violazioni arrecate alle supreme norme dell'ordinamento, cioè a quelle contenute nella Costituzione innanzitutto»<sup>30</sup>. Tuttavia, ciò non è una buona ragione per comprimere la tutela dei diritti di derivazione comunitaria (con l'effetto di esporre lo Stato a responsabilità, v. *infra*), ma piuttosto per espanderla ai diritti di derivazione costituzionale<sup>31</sup>, la cui tutela è resa talora «impossibile o eccessivamente difficile», anche laddove attiene a diritti fondamentali<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Cass., sez. un., n. 2403/2014.

<sup>30</sup> M. Cartabia, *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni*, in *Giur. cost.*, 1992, 513.

<sup>31</sup> Secondo V. Cerulli Irelli, *Violazione del diritto europeo e rimedi nazionali*, in *Rivista trim. dir. pubbl.*, 2014, 657, l'applicazione del principio di equivalenza, espresso nei modi più intensi di tutela che vanno emergendo dal diritto europeo, potrebbe o dovrebbe via via estendersi alle situazioni soggettive protette secondo il diritto nazionale, almeno a tutela dei diritti fondamentali.

<sup>32</sup> Si pensi ai tradizionali istituti del diritto amministrativo posti a presidio della certezza del diritto, ai formalismi che permeano il regime delle impugnazioni dei provvedimenti, al divieto di disapplicazione da parte del giudice amministrativo, alle difficoltà opposte alla possibilità di svolgere una vera istruzione probatoria, al vincolo dei motivi dedotti, alla facilità con cui si assolve l'Amministrazione da responsabilità

L'ultima sentenza citata<sup>33</sup> conferma l'orientamento, già seguito da altra pronuncia<sup>34</sup>, secondo cui, a fronte di violazioni comunitarie non rimediabili "in tesi" nell'ordinamento interno (quale sarebbe quella imputabile a una sentenza del Consiglio di Stato), l'unico rimedio possibile sarebbe quello risarcitorio per responsabilità dello Stato-Giudice.

Questa impostazione non è condivisibile per le seguenti ragioni:

**a)** quella risarcitoria è una misura di tutela *minima*<sup>35</sup> o succedanea e, comunque, alternativa alla tutela richiesta in giudizio che ha ad oggetto un diverso bene della vita (cioè direttamente quello conferito dalle norme europee);

**b)** la tesi secondo cui si tratterebbe di una violazione comunitaria *irrimediabile* con gli strumenti offerti dall'ordinamento nazionale, non è una Verità scritta sulle Tavole della Legge, ma il risultato (come sempre) della *interpretazione* di una nozione (l'eccesso di potere giurisdizionale) che è elastica non meno di altre e che, in altre occasioni, è stata interpretata in senso diverso, all'esito di un corretto sindacato sull'esercizio di quel potere, spesso a tutela delle attribuzioni proprie di pubbliche amministrazioni<sup>36</sup> e, di recente, della giurisdizione del giudice ordinario (in un caso in cui il giudicato ordinario era stato "modificato" in sede di ottemperanza<sup>37</sup>);

**c)** la perentoria affermazione secondo cui alle Sezioni Unite non spetta alcuna «funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni [del Consiglio di Stato] al diritto dell'Unione europea, neppure sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale *ex art. 267*, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea», implica la negazione in radice di uno strumento di tutela (il ricorso per eccesso

---

per gli atti illegittimi, ecc.

<sup>33</sup> Cass., Sez. Un., n. 2403/2014.

<sup>34</sup> Cass., Sez. Un., n. 16886/2013.

<sup>35</sup> Cass., Sez. Un., n. 30254/2008.

<sup>36</sup> V., per citare solo alcuni esempi recenti, Cass., sez. un., n. 2312/2012, n. 23302/2011, oltre alla citata Cass., sez. un., n. 2242/2015.

<sup>37</sup> Cass., sez. un., n. 25625/2016.

di potere giurisdizionale) che l'ordinamento italiano e le Sezioni Unite riconoscono (seppure con parsimonia) alle situazioni giuridiche di diritto nazionale (e solo eccezionalmente a quelle di diritto europeo, v. sent. n. 2242/15), con compromissione del principio di equivalenza della tutela in ambito nazionale ed europeo;

**d)** la Corte di giustizia ha stabilito che la possibilità per i privati di agire in giudizio per fare valere la responsabilità dello Stato, ai fini del risarcimento del danno, non può giustificare che si metta in discussione l'obbligo dello Stato di privilegiare gli strumenti dell'interpretazione conforme e della disapplicazione delle disposizioni di diritto nazionale (anche costituzionali) contrastanti, al fine di garantire la tutela in via diretta dei diritti riconosciuti dalle norme europee<sup>38</sup>;

**e)** come rilevato in dottrina, l'idea di una sostanziale equiparazione, ancora sostenuta dalla giurisprudenza, ai fini del rispettivo trattamento giuridico, tra violazioni di norme nazionali e violazioni di norme europee da parte delle pubbliche amministrazioni, è ormai superata, perché «dietro alle violazioni di norme europee nei singoli casi, c'è un'altra e più incisiva violazione, quella dell'obbligo dello Stato (di cui risponde verso le autorità europee) di applicare correttamente il diritto europeo, attraverso l'azione di tutti gli enti e gli organi che ad esso fanno capo; e di porre in essere nell'ambito del suo ordinamento, tutte le misure necessarie alla piena attuazione (dalla legislazione, all'amministrazione, alla giurisdizione) del diritto europeo»<sup>39</sup>;

**f)** inoltre, può accadere che le norme nazionali contrastanti con le norme europee siano attributive di poteri alla P.A., nel qual caso l'atto amministrativo (conforme alle prime) è caducato e la situazione soggettiva del privato già in astratto non è qualificabile come interesse legittimo (analogamente, è nullo per difetto assoluto di attribuzione il provvedimento fondato su una norma nazionale, attributiva del potere, dichiarata

---

<sup>38</sup> Corte giust. UE, 19 aprile 2016, C-441/14, p. 42-43.

<sup>39</sup> V.Cerulli Irelli, cit.

incostituzionale<sup>40</sup>): ad essere denunciata, a prescindere dal modo in cui è formulato il motivo di ricorso, è in sostanza la carenza *ab origine* di *potestas iudicandi* del giudice amministrativo e l'accertamento in concreto (tramite l'interpretazione delle norme nazionali ed europee) è un passaggio necessario.

## **5. La questione del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.**

Si è detto che il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia è obbligatorio per i giudici «avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno» (art. 267 TFUE), tranne quando «appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non ha alcun rapporto con la realtà o l'oggetto della causa principale, qualora la questione sia di tipo ipotetico o, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte (v., in tal senso, sentenza 7 giugno 2007, cause riunite da C-222/05 a C-225/05, p. 22 e giurisprudenza ivi citata)»<sup>41</sup>.

Nella giurisprudenza della Cassazione, sin dal 1984<sup>42</sup>, è costante l'affermazione secondo cui non dà luogo ad eccesso di potere giurisprudenziale, sindacabile dalle Sezioni Unite, l'erroneo diniego del rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato.

La perentorietà di quest'affermazione lascia perplessi, specie dopo che il rinvio alla Corte di giustizia è stato operato, sia nei giudizi principali<sup>43</sup> che incidentali di costituzionalità<sup>44</sup>, anche dalla Corte costituzionale che non è un organo di vertice

---

<sup>40</sup> Cons. di Stato, sez. IV, n. 993/2014 precisa che la nullità è rilevabile d'ufficio dal giudice.

<sup>41</sup> V., tra le altre, Corte giust. UE, 16 dicembre 2008, C-210/06.

<sup>42</sup> La prima pronuncia in tal senso è Cass., Sez. Un., n. 3223/1984 e una delle ultime è Cass., Sez. Un., n. 14042/2016.

<sup>43</sup> Corte cost. n. 103/2008.

<sup>44</sup> Corte cost. n. 207/2013.

nell'ambito dei diversi plessi della giurisdizione italiana (ordinaria, amministrativa e contabile), né esercita poteri propriamente nomofilattici.

Se il rinvio pregiudiziale serve per la corretta interpretazione della norma europea (e indirettamente della norma nazionale), il mancato rinvio potrebbe impedire l'emersione del contrasto della sentenza impugnata con il diritto eurounitario, potenzialmente rilevante anche ai fini del sindacato sull'eccesso di potere giurisdizionale.

Tale sindacato, infatti, non può essere compiuto in astratto o in mancanza di una corretta interpretazione (riservata alla Corte di giustizia) del parametro di riferimento, costituito, in primo luogo, dalla normativa europea. In altri termini, la questione dell'interpretazione della norma europea non è un affare interno alla giurisdizione amministrativa, perché coinvolge direttamente la Cassazione che è adita con ricorso *ex art.* 111, ult. comma, Cost.

La decisione di negare *in radice* la configurabilità dell'eccesso di potere giurisdizionale in tali casi, si traduce, da un lato, nella conferma di quel che potrebbe essere un "rifiuto" di esercizio della giurisdizione da parte del Consiglio di Stato per avere negato il doveroso rinvio pregiudiziale; dall'altro, in una possibile violazione della normativa europea, per non avere posto rimedio<sup>45</sup> a (quella che successivamente potrebbe rivelarsi) una violazione del diritto eurounitario, esponendo lo Stato a responsabilità verso l'Unione e i soggetti interessati.

Non eludibile è la questione di quale sia il giudice nazionale «avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno»: le Sezioni Unite o il Consiglio di Stato? La giurisprudenza propende per il secondo, in ragione del fatto che il ricorso di diritto interno è possibile solo per motivi di giurisdizione e non per violazione di

---

<sup>45</sup> E cioè per non avere interpretato la norma procedurale italiana (art. 111, ult. comma, Cost.) in modo utile a porre rimedio ad una violazione comunitaria.

legge; ciò renderebbe impossibile porre rimedio alle eventuali violazioni comunitarie imputabili all'organo di giurisdizione amministrativo di secondo grado.

Tuttavia, non sembra possibile, prima, interpretare la categoria dell'eccesso di potere in senso fortemente restrittivo e poi negarla in concreto, affermando che è una categoria ravvisabile solo in casi estremi.

Un'interpretazione che consideri, in sostanza, il rimedio *ex art. 111, ult. comma*, come "ineffettivo", sembra difficilmente sostenibile e contrastante con l'obbligo di leale cooperazione dello Stato verso l'Unione europea (art. 4, comma 3, TUE).

Se vi è un ragionevole dubbio di quale sia il giudice di ultimo grado, obbligato ad operare il rinvio pregiudiziale, questo dev'essere sciolto dal giudice competente, che è soltanto la Corte di giustizia UE, venendo in rilievo l'interpretazione dell'art. 267, terzo comma, TFUE. Evitare di investire la Corte UE, con l'argomento che non ci sono dubbi interpretativi, è anche pericoloso (basti ricordare le sentenze *Kobler* del 2003 e *Traghetti Mediterraneo* del 2006), perché se giudice di ultima istanza fosse la Cassazione, questa sarebbe "tenuta" a porre rimedio alla violazione accertata, cassando la sentenza impugnata.

In un caso esaminato dalla Corte di giustizia, un giudice d'appello svedese aveva dubitato di quale fosse il giudice di ultima istanza, tenuto ad affettuare il rinvio pregiudiziale: lui stesso o la Corte suprema di quel paese, dinanzi alla quale le proprie sentenze erano impugnabili solo previa declaratoria di ammissibilità del ricorso da parte della medesima Corte e mediante la formulazione di motivi particolari? La Corte di giustizia ha stabilito che giudice di ultimo grado fosse la Corte suprema, dinanzi alla quale era comunque esperibile un rimedio giurisdizionale (alcuni Stati avevano evidenziato che il meccanismo della declaratoria di ammissibilità limitava solo la possibilità per il ricorrente

di ottenere l'esame del ricorso, ma non la possibilità di ricorrere contro le decisioni del giudice, e che il giudice di ultimo grado andava individuato «dal punto di vista formale»<sup>46</sup>.

Analogamente, in altra decisione, la Corte di giustizia ha osservato che «le decisioni di un giudice nazionale d'appello impugnabili dalle parti dinanzi ad una Corte suprema non promanano da una giurisdizione nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno», né rileva che vi siano «restrizioni per quanto attiene in particolare alla natura dei motivi che possono essere invocati dinanzi a un tale organo giurisdizionale»<sup>47</sup>.

Inoltre, il fatto che la controversia dinanzi al giudice amministrativo si chiuda definitivamente, con la formazione del giudicato, solo all'esito del ricorso per cassazione (tanto che, pendendo il ricorso per cassazione, la sentenza impugnata può essere sospesa, a norma dell'art. 111 cod. proc. amm.), è un ulteriore argomento che fa propendere per un'interpretazione diversa da quella seguita dalla giurisprudenza.

In ogni caso, in presenza di dubbi, quella del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sembra la strada maestra e ineludibile per sciogliere ogni dubbio al riguardo.

Un'ultima notazione riguarda la Corte Edu, secondo la quale il giudice nazionale, nel caso in cui disattenda la richiesta di parte di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, è tenuto a motivare il proprio rifiuto, sussistendo altrimenti una violazione dell'art. 6 Cedu, ma il proprio sindacato è limitato alla verifica dell'esistenza di una motivazione del diniego<sup>48</sup>. In un caso in cui veniva in rilievo l'art. 111, ult. comma, Cost., la

---

<sup>46</sup> Corte giust. UE, 4 giugno 2002, C-99/00, p. 12, 16.

<sup>47</sup> Corte giust. UE, 16 dicembre 2008, C-210/06, 75-77.

<sup>48</sup> Corte Edu, 8 aprile 2014, *Dhahbi c. Italia*. L'obbligo di motivazione adeguata, come conseguenza del diritto a un equo processo non è sancito soltanto dall'art. 6 della Cedu, ma anche dall'art. 47, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali della UE, letto insieme con l'art. 52, par. 3, della Carta stessa, in base al quale, laddove la Carta prevede diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Cedu, il significato e la portata degli stessi debbono essere uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La stessa Corte di giustizia, al riguardo, ha affermato che la garanzia dell'obbligo di motivazione è sancito anche dalla Carta dei diritti fondamentali della UE la quale ha lo stesso valore dei trattati per le autorità giurisdizionali degli Stati

medesima Corte Edu<sup>49</sup> ha escluso il contrasto con la Cedu della sentenza delle Sezioni Unite che aveva dichiarato inammissibile il ricorso avverso una sentenza del Consiglio di Stato che aveva negato il rinvio pregiudiziale, ritenendo che vi fosse una motivazione implicita della irrilevanza della questione interpretativa, ma ha precisato che «sarebbe stato preferibile che la Corte di cassazione avesse chiarito le linee del suo ragionamento rispetto al rigetto della domanda di rinvio pregiudiziale».

La Corte Edu ha comunque opportunamente precisato «che essa non è competente per applicare altri trattati internazionali in quanto tali o vigilare sul rispetto degli stessi (si vedano: *Di Giovine c. Portogallo*, n. 39912/98, 31 agosto 1999; *Hermida Paz c. Spagna*, n. 4160/002, 28 gennaio 2003; *Occhetto c. Italia*, n. 14507/07, p. 54, 12 novembre 2013)». Pertanto, il problema della compatibilità (dell'attuale interpretazione) dell'art. 111, ult. comma, Cost. con il diritto UE rimane aperto.

---

membri (6 settembre 2012, C-619/10, p. 52).

<sup>49</sup> Corte Edu, 8 settembre 2015, *Wind Telecomunicazioni spa c. Italia*.