



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



RICORSO IN CASSAZIONE PER MOTIVI INERENTI ALLA GIURISDIZIONE E I LIMITI OGGETTIVI DEL GIUDICATO AMMINISTRATIVO

Muovendo dagli spunti offerti dalla sentenza delle Sezioni Unite del 27 ottobre 2020 n. 23592, il lavoro si concentra, in una prima parte, sull'evoluzione del ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, in una seconda, invece, sui limiti oggettivi del giudicato amministrativo e sul rapporto tra essi e la riedizione del potere amministrativo al seguito della sentenza di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo.

di **Guidomaria De Cesare**
IUS/10 - DIRITTO AMMINISTRATIVO
Estratto dal n. 4/2021 - ISSN 2532-9871

Direttore responsabile
Raffaele Giaquinto

Publicato, Sabato 10 Aprile 2021



Abstract ENG

Starting with the sentence of the Supreme Court n. 23592/2020, this paper aids to read, firstly, according the most recent guidelines of Supreme Court, the appeal to the Supreme Court for the only reasons relating to the jurisdiction to the Administrative Supreme Court's judgments. Secondly, focuses on the objective limites of administrative res judicata and the relation between the res judicata and re-establish administrative power after the judgment annulling an unlawful administrative act.

Sommario: 1. Nestlé Italiana S.p.A. c. AGEA: limiti oggettivi del giudicato amministrativo; 2. Perimetrazione dei «motivi inerenti alla giurisdizione» di cui all'art. 111, comma 8°, Cost.; 3. L'interpretazione evolutiva dei motivi inerenti alla giurisdizione e la recente ordinanza delle Sez. Un. del 18 settembre 2020 n. 19598; 4. Il triello delle Corti e l'attesa sentenza della Corte di giustizia: un pronostico; 5. Dall'atto al rapporto: verso l'intonazione soggettiva del giudizio amministrativo; 6. La tendenziale simmetria tra limiti oggettivi del giudicato amministrativo e motivi del ricorso: la soluzione "prudente" delle Sezioni Unite.

1. Nestlé Italiana S.p.A. c. AGEA: limiti oggettivi del giudicato amministrativo

La pronuncia delle Sezioni Unite, adite su ricorso ex art. 110 c.p.a., mette la parola fine alla lunga querelle tra la Nestlé Italiana S.p.A (nel prosiegua: Nestlé) e l'Agenzia per le erogazioni in agricoltura (nel prosiegua: AGEA), in materia di aiuti comunitari per il consumo di olio di oliva.

Prima di volgere alle questioni giuridiche sottese al caso in esame è bene ricostruire, mutando le parole delle Sezioni Unite, "la complessa vicenda fattuale".

Con nota del 9 marzo 1998 prot. n. 232, l'allora A.I.M.A. revocò le note prot. 1035 e 1036 del 21 giugno 1996 di sospensione degli aiuti di Stato e richieste di restituzione nei confronti del Consorzio Olio Imperia (facente capo alla Nestlé Italia S.p.a.) e, contestualmente, chiese alla citata Nestlé il versamento delle medesime somme contestate per complessive Lire 1.616.978.499, oltre interessi.

Il Pretore di Imperia, adito ai sensi della L. n. 689 del 1981, art. 22 dichiarò la cessazione della materia del contendere nei confronti dell'indicato Consorzio.

Il Ministero delle politiche agricole e forestali (nelle more subentrato all'A.I.M.A.), in

data 22 gennaio 2001, ebbe a adottare, nei riguardi della società Nestlé, le ordinanze nn. 42 e 45 del 2001 con le quali dispose l'archiviazione dei verbali relativi ad assunti illeciti per indebite percezioni di contributi comunitari fino all'11 maggio 1990 per rilevata prescrizione; tuttavia, con separato provvedimento, irrogò alla stessa Nestlé la sanzione, ai sensi dell'art. 3 della L. n. 898 del 1988, in materia di illeciti aventi ad oggetto aiuti di Stato, per operazioni fittizie riguardanti il mese di dicembre 1990 e il periodo dal 1° gennaio al 31 luglio 1991, nella misura di Lire 182.777.325.

Quest'ultimo provvedimento amministrativo sanzionatorio veniva impugnato dinanzi al Tribunale di Milano, che lo annullò con sentenza n. 12572/2004, la quale venne, dipoi, confermata in Cassazione, con sentenza n. 9061/2011. Ciononostante, sopravvenivano successivamente tre distinte richieste di restituzione dell'A.G.E.A. nei confronti della Nestlé, le quali, prontamente, venivano impuginate dinanzi al TAR Lazio.

Con le sentenze nn. 7635 e 7636 del 29 maggio 2015, il TAR Lazio dichiarava improcedibile il ricorso n. 13375/1996, per sopravvenuto difetto di interesse (con riferimento alle note Aima nn. 1035 e 1036 del 1996); diversamente, con sentenza n. 7637, in pari data, il TAR accoglieva il ricorso e, per l'effetto, annullato il provvedimento impugnato ovvero la nota Aima n. prot. 2399/1997.

In particolare, con riguardo all'ultima nota impugnata, il giudice amministrativo riteneva fondate le censure di difetto dei presupposti e di istruttoria nei riguardi della nota AIMA prot. n. 2399/1997, oggetto di impugnazione; inoltre riteneva che le somme trattenute dalla Nestlé, a titolo di aiuto di Stato, non fossero indebite^[1].

Benché il TAR avesse affermato la non debenza delle somme, l'AGEA con atto del 22 luglio 2015, ingiungeva, ai sensi dell'art. 3 del R.D. n. 639 del 1910, alla Nestlé il pagamento delle somme di cui alle note nn. 1035/1996, 1036/1996 e 2399/1997 con riferimento agli aiuti comunitari al consumo di olio relativi ai citati anni 1989, 1990 e 1991, nonché gli interessi maturati alla data del 15 giugno 2015.

La Nestlé impugnava, quindi, dinanzi al TAR Lazio anche quest'ultima nota dell'AGEA, deducendo la violazione del giudicato formatosi a seguito delle indicate sentenze nn. 7635/2015, 7636/2015 e 7637/2015, con la conseguente nullità dell'atto ai sensi dell'art. 114, comma 3°, lett. b) c.p.a., denunciando, in subordine, l'illegittimità dell'impugnato provvedimento per vizi autonomi.

L'adito TAR, con sentenza n. 10023 del 2017, dopo aver rinviato al giudice ordinario la trattazione dell'azione di annullamento dell'ordinanza-ingiunzione, respingeva la domanda di dichiarazione di nullità per violazione del giudicato poiché le citate sentenze

passate in giudicato non avrebbero contenuto alcuna statuizione vincolante in ordine alla questione della non debenza delle somme contestate dall'AGEA alla Nestlé.

In ispecie, dalla sentenza n. 7637/2015, con riferimento alla nota n. 2399/1997, si evinceva che quest'ultima non avrebbe avuto natura di atto di messa in mora (siccome difettava delle indicazioni degli importi ritenuti indebiti), bensì di mera comunicazione sulle ragioni della mancata liquidazione degli aiuti alla Nestlé.

Di talché l'ordinanza di ingiunzione emanata non presentava alcun rapporto di consequenzialità con la nota n. 2399/1997 ma, al contrario, era basata sui presupposti espressamente richiamati nelle premesse dell'atto, ovvero sulla circostanza che la nota n. 232/1998 – rispetto alla quale non si era formato alcun giudicato sostanziale – era qualificabile come atto di diffida e messa in mora, contenendo gli elementi necessari per l'individuazione della prestazione dovuta dalla Nestlé debitrice, al pari della succitata ordinanza-ingiunzione la quale, dunque, si risolveva in un atto di riedizione del potere.

La Nestlé impugnava dinanzi al Consiglio di Stato la citata sentenza del TAR Lazio. Tuttavia, la Terza Sezione, respingeva l'appello, confermando la sentenza di primo grado, ritenendo che il TAR, con la sentenza impugnata, non si fosse affatto pronunciato con efficacia di giudicato sopra il rapporto sostanziale^[2].

Infatti, secondo la costante giurisprudenza di Palazzo Spada, nel processo amministrativo il giudicato si forma unicamente sui motivi di impugnazione e non anche sulle affermazioni ulteriori contenute nella sentenza non strettamente necessarie a dirimere la lite; di talché la sentenza del TAR Lazio n. 7637 del 2015, la quale aveva accolto motivi di ricorso perimetrati intorno a vizi procedurali, non avrebbe contenuto alcuna statuizione con efficacia di giudicato sul presunto indebito della Nestlé. Si sarebbe trattato, piuttosto, di una cognizione svolta incidenter tantum siccome del tutto eccentrica rispetto al reale ambito oggettivo della controversia.

La sentenza del Consiglio di Stato veniva impugnata, ai sensi degli artt. 110 c.p.a. e 111, comma 8°, Cost., dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per “i soli motivi inerenti alla giurisdizione”.

La Nestlé denunciava il vizio di eccesso di potere giurisdizionale per superamento dei limiti esterni alla giurisdizione; infatti, nelle argomentazioni del ricorrente, il Consiglio di Stato non si sarebbe limitato ad interpretare la portata precettiva del giudicato, bensì avrebbe esercitato una potestas iudicandi intorno ad un rapporto già esaurito con il passaggio in giudicato della succitata sentenza del TAR Lazio n. 7637 del 2015.

Inoltre, il Consiglio di Stato, denegando il riconoscimento dell'efficacia precettiva del precedente giudicato in punto di aiuti di Stato indebiti, avrebbe avallato il comportamento abusivo dell'amministrazione che, anziché proporre appello avverso la sentenza n. 7637 del 2015, aveva preferito, in sede di riedizione, recuperare le somme attraverso l'uso distorto dell'ordinanza ex art. 3 R.D. n. 639 del 1910, rimettendo così in discussione un rapporto esaurito dal passaggio in giudicato, in sostanziale violazione dell'art. 6 CEDU.

Le Sezioni Unite, con la sentenza in commento, hanno ribadito, per un verso, l'orientamento secondo cui il giudicato amministrativo copre solo le questioni ricomprese nei motivi di ricorso – senza estendersi a posizioni di diritto soggettivo che orbitano intorno al thema decidendum ma che sono estranee all'ambito della controversia – per un altro, che il ricorso in Cassazione per “i soli motivi inerenti alla giurisdizione” va riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione e non anche agli errores in procedendo o in iudicando, i quali non investono la sussistenza e i limiti esterni del potere giurisdizionale dei giudici amministrativi, bensì solo la legittimità dell'esercizio del potere medesimo.

In particolare, è stato posto in evidenza che il ricorrente avrebbe dedotto un error iuris – circoscritto al mancato rilievo del giudicato formatosi sul rapporto sostanziale – sub specie di motivo inerente alla giurisdizione.

Posto che l'art. 111, comma 8°, Cost., secondo l'interpretazione tradizionale, assegna alla Cassazione un ruolo ben specifico, ovvero quello di Supremo giudice dei conflitti di giurisdizione, il ricorso non ha trovato accoglimento.

2. Perimetrazione dei «motivi inerenti alla giurisdizione» di cui all'art. 111, comma 8°, Cost.

Due sono le questioni giuridiche sottese alla sentenza in epigrafe: a) la perimetrazione dei limiti oggettivi del giudicato amministrativo; b) che cosa debba intendersi per “i soli motivi inerenti alla giurisdizione” di cui agli artt. 110 c.p.a. e 111, comma 8°, Cost, alla luce dei numerosi revirements della Cassazione negli ultimi anni.

Della questione sub a) ci occuperemo nel prosieguo^[3], per ora, invece, è bene concentrarsi sull'ammissibilità del ricorso avverso la sentenza del Consiglio di Stato, trattandosi di questione preliminare di rito con efficacia assorbente, posto che il ricorrente ha fatto leva su un argomento oggetto di numerosi ripensamenti da parte dei giudici di legittimità^[4].

Tradizionalmente il ricorso era ammesso per denunciare la violazione, da parte del

Consiglio di Stato, dei limiti esterni alla giurisdizione amministrativa, la quale può concretarsi sia in un'erronea declinatoria di giurisdizione, sia nell'accoglimento del ricorso in ipotesi in cui non sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo^[5]. L'art. 111, comma 8°, Cost. racchiude, a ben vedere, una precisa equazione: l'eccesso di potere giurisdizionale e la declinatoria di giurisdizione sono motivi attinenti alla giurisdizione.

L'art. 6 c.p.a. configura il Consiglio di Stato come "organo di ultimo grado della giurisdizione amministrativa". L'ordinamento avverso le sentenze del Consiglio di Stato ammette il ricorso per Cassazione (le cui radici risalgono alla L. 31 marzo 1877, n. 3761), ma lo limita ai soli motivi inerenti alla giurisdizione.

Nella giurisprudenza delle Sezioni Unite è principio acquisito quello secondo cui i motivi inerenti alla giurisdizione corrispondono, per un verso, alle ipotesi in cui il giudice amministrativo si sia pronunciato su una controversia o materia attribuita alla giurisdizione del giudice ordinario o di altro giudice speciale (c.d. difetto relativo di giurisdizione) ovvero abbia negato al ricorrente l'accesso alla tutela giurisdizione sull'erroneo presupposto che essa appartenesse ad altri giudici o, al contrario, che non potesse formare affatto oggetto di sindacato giurisdizionale; per un altro, invece, il ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato è ammesso quando il giudice amministrativo emetta una decisione finale che invada le attribuzioni riservate ad altri poteri dello Stato (c.d. difetto assoluto di giurisdizione), sconfinando nell'area di pertinenza del legislatore o della pubblica amministrazione, allorquando esprima valutazioni di opportunità e convenienza sull'atto amministrativo^[6].

Secondo un orientamento risalente nel tempo^[7], le sentenze del Consiglio di Stato sono sindacabili per difetto di giurisdizione anche nei casi di irregolare costituzione dell'organo giudicante.

La disposizione costituzionale va coordinata con almeno due norme fondamentali: la prima è rappresentata dall'art. 65 r.d. n. 12 del 1941 nella misura in cui esprime tassativamente le attribuzioni riservate dalla legge alla Corte di Cassazione; la seconda, invece, dall'art. 382 c.p.c. secondo cui se la Cassazione riconosce che il giudice del quale si impugna il provvedimento, per motivi di giurisdizione, è privo di giurisdizione al pari di ogni altro giudice annulla senza rinvio; da ciò segue che, accolto il ricorso ex art. 111, comma 8°, Cost., il rinvio è ammesso solo nell'ipotesi in cui vi sia un altro giudice che abbia giurisdizione, posto che il giudice il cui provvedimento è impugnato viene, conseguentemente, dichiarato privo di giurisdizione^[8].

Evidente è l'intenzione del legislatore costituente di limitare l'ingerenza della Corte di Cassazione negli affari di competenza del giudice amministrativo.

Il dualismo tra le giurisdizioni, in uno con la regola della non interferenza del giudice della nomofilachia negli affari del Consiglio di Stato, risulta confermato dal combinato disposto dei commi settimo e ottavo dell'art. 111 Cost.

La dottrina, facendo leva su una lettura piana dei “soli motivi attinenti alla giurisdizione”, ha posto in luce l'intima differenza che intercorre tra l'art. 111, comma 8°, e l'art. 111, comma 7°, Cost.

In specie, la regola è quella del settimo comma per cui ogni provvedimento decisorio sopra diritti, reso all'esito di un giudizio a cognizione non superficiale, è impugnabile per Cassazione, sì da assicurare al contempo lo ius litigatoris e l'uniforme interpretazione della legge, mentre il ricorso per Cassazione accordato dal comma ottavo, per il travalicamento dei limiti inerenti alla giurisdizione, ad opera di un giudice speciale, delle competenze assegnategli in una data materia rispetto alle facoltà della pubblica amministrazione, di altri giudici nazionali o di giudici stranieri o sovranazionali, è l'eccezione^[9].

La locuzione “i soli motivi inerenti alla giurisdizione” porta con sé una perimetrazione del sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze rese dal Consiglio di Stato a favore del sindacato sui soli limiti esterni della giurisdizione, negando cittadinanza ad un controllo sul cattivo esercizio del potere giurisdizionale. L'error in procedendo diverso dal difetto di giurisdizione del giudice che abbia reso sentenza altro non è che una violazione di legge, ex art. 111, comma 7°, Cost.

Se quanto detto è corretto, allora la conclusione è a rime obbligate: il ricorso per Cassazione ex art. 111, comma 8°, Cost. non copre la violazione dei principi processuali, quali che siano, enunciati dal medesimo art. 111 Cost. nella misura in cui lo si voglia intendere quale norma cardine delle garanzie che informano il sistema di tutela giurisdizionale dei diritti.

La complessa trama dei rapporti tra organi giurisdizionali risulta confermata, sul piano della legge ordinaria, dalla lettera dell'art. 360 c.p.c. il quale contrappone i motivi inerenti alla giurisdizione alla erronea o falsa applicazione di norme sostanziali e alla violazione di norme processuali.

Il che conferma che i “motivi inerenti alla giurisdizione”, pur competendo ad un error in procedendo, sono un aliud rispetto alla violazione di legge sostanziale e processuale; da ciò si trae conferma e giustificazione sul piano normativo del differente regime della sentenza resa dal Consiglio di Stato viziata in punto di diritto (non ulteriormente

impugnabile) e quella, invece, viziata siccome emessa dal Consiglio di Stato in difetto di giurisdizione (impugnabile poiché il motivo inerente alla giurisdizione non è ricompreso nella violazione di legge).

È allora corretto asserire che rispetto alle sentenze emesse dal giudice ordinario il motivo attinente alla giurisdizione è una species della violazione di legge, sindacabile ai sensi dell'art. 111, comma 7°, Cost. e 360, sub a) c.p.c.; al contrario, il principio di non interferenza negli affari deputati ad altro plesso giudiziario, impone di considerare il motivo inerente alla giurisdizione, di cui all'art. 111, comma 8° Cost., non già come violazione di legge relativa ad un presupposto processuale, bensì come gravame sul solo limes tra l'attività giurisdizionale dell'uno e dell'altro plesso giudiziario.

Pertanto, non è possibile, almeno ad una lettura piana dell'art. 111, comma 8°, Cost. dedurre sub specie di motivo inerente alla giurisdizione – che, come detto, è gravame limitato al solo difetto di un presupposto processuale – un errore di diritto, tale da estendere il sindacato della Corte di Cassazione sull'attività del Consiglio di Stato oltre la funzione di governare i conflitti di giurisdizione.

3. L'interpretazione evolutiva dei motivi inerenti alla giurisdizione e la recente ordinanza delle Sez. Un. del 18 settembre 2020 n. 19598

Senonché dottrina e giurisprudenza (civile), muovendo dall'assunto per cui “giurisdizione” e “tutela giurisdizione” non sono espressioni fungibili, si sono chiesti se il mezzo di impugnazione di cui all'art. 111, comma 8°, Cost. possa essere speso anche per sindacare la non corretta erogazione della tutela giurisdizione da parte del Consiglio di Stato o di altro giudice speciale^[10].

La risposta al suddetto quesito passa per un'estensione semantica del significato attribuibile al motivo inerente alla giurisdizione, tale da ammettere almeno due interpretazioni: una prima statica del concetto di giurisdizione, inteso come mero presupposto processuale; una seconda, invece, dinamica, di guisa che tra giurisdizione ed effettività della tutela giurisdizione, intesa come corretta allocazione del bene della vita richiesto dalle parti secondo giustizia, viene a costituirsi una sorta di equivalenza.

La seconda interpretazione segue ad una nozione di “limite esterno” alla giurisdizione da intendere in senso dinamico, nel senso dell'effettività della tutela giurisdizionale. In quest'ambito, il giudizio sulla giurisdizione non è più riconducibile ad un semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi plessi giudiziari, ma costituisce uno strumento per affermare l'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi.

Dunque, norma sulla giurisdizione è non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo attraverso quali forme di tutela esso si debba estrinsecarsi.

Per quanto le disposizioni costituzionali si prestino a letture evolutive, secondo la lettura tradizionale, la cifratura tassativizzante dell'art. 111, comma 8°, Cost. esclude l'elasticità della norma.

Se così non fosse ovvero se con il ricorso “per i soli motivi inerenti alla giurisdizione” potessero essere fatti valere anche errores in iudicando e in procedendo, benché mascherati sotto le vestigia dell'eccesso di potere giurisdizionale, si promuoverebbe una lettura del tutto correttiva – per non dire eversiva – del dato normativo.

Tuttavia, le Sezioni Unite, in un noto precedente del 2015^[11] – benché timide aperture vi fossero già da prima^[12] – hanno ammesso il ricorso “per i soli motivi inerenti alla giurisdizione” contro una sentenza del Consiglio di Stato pronunciata in violazione di una sopravvenuta sentenza interpretativa, de eadem re, della Corte di giustizia. Le Sezioni Unite, adite poiché si etichettò la questione come di giurisdizione ai sensi dell'art. 374 c.p.c., hanno praticato una lettura del tutto stravagante dei “motivi inerenti alla giurisdizione” rispetto al dato normativo.

Il ricorso “per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”, nell'interpretazione delle Sezioni Unite, non assicurerebbe il solo accesso alla tutela giurisdizionale secondo le norme attributive della potestas iudicandi, bensì anche il diritto ad ottenere una tutela giurisdizionale effettiva, informata, da un lato, al rispetto del diritto Ue, posto il rinvio allo stesso ex art. 117 Cost. e art. 1 c.p.a., dall'altro, alla garanzia del giusto processo regolato dalla legge.

Alla stregua del suddetto indirizzo, norma sulla giurisdizione sarebbe non solo quella attributiva della potestas iudicandi ma anche quella che dà contenuto al potere giurisdizionale “stabilendo le forme attraverso cui esso si estrinseca^[13]”.

Sicché attraverso la formula del “rifiuto di esercitare la giurisdizione” un'ipotesi di error in iudicando potrebbe esser convertita in motivo inerente alla giurisdizione. Tale orientamento è stato, tuttavia, censurato prima nel 2017 dalla stessa Cassazione^[14] e, successivamente, nel 2018, dalla Corte Costituzionale^[15] che ha riproposto una lettura tassativizzante dell'art. 111, comma 8°, Cost. tale da escludere l'esperibilità del suddetto rimedio avverso una sentenza del Consiglio di Stato, impugnata per Cassazione, foriera di

violare, tuttavia, il diritto CEDU.

Da ultimo, le stesse Sezioni Unite, con l'ordinanza interlocutoria n. 19598, del 18 settembre 2020^[16], sono ritornate sulla questione, chiedendo in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia, se il ricorso ex art. 111, comma 8°, Cost. – posto che l'ordinamento amministrativo non contempla alcun rimedio atto a prevenire la formazione del giudicato anticomunitario – non possa essere utilizzato, nelle materie di competenza dell'Unione, per prevenire la formazione di decisioni definitive anticomunitarie, nel senso che nel perimetro dei “motivi inerenti alla giurisdizione” rientrerebbero anche le ipotesi di denegata giustizia, in pregiudizio degli interessi dell'Unione.

E ciò perché l'accertamento contenuto nella sentenza contrario al dictum dei giudici del Kierchberg, da un lato, rappresenta una produzione normativa preclusa agli organi giurisdizionali, dall'altro, il passaggio in giudicato della sentenza anticomunitaria, in difetto di appositi mezzi di impugnazione straordinari accordati dal legislatore, cristallizzerebbe una violazione del diritto unionale, con grave pregiudizio per l'art. 19, par. 1, TUE^[17] e in violazione della funzione nomofilattica, rispetto al diritto europeo, attribuita dai Trattati alla Corte di giustizia, attraverso l'attribuzione della competenza a pronunciarsi su rinvio pregiudiziale sull'esatta interpretazione delle norme di matrice comunitaria.

Del resto, la stessa Corte Costituzionale, nella dianzi menzionata sentenza n. 6/2018, la quale ha imposto una lettura tassativizzante dei motivi inerenti alla giurisdizione, non ha mancato di rilevare che l'eventuale contrasto fra le sentenze del Consiglio di Stato e il diritto dell'Unione o la giurisprudenza della Corte di giustizia pone un problema di effettività della tutela^[18].

Più precisamente, Le Sezioni Unite dubitano che l'interpretazione e applicazione degli artt. 111, comma 8°, Cost., 360, comma 1°, lett. a) e art. 110 c.p.a., emergente dalla prassi nazionale interna, contrasti con gli artt. 4, par. 3, art. 19, par. 1, TUE e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In particolare, l'interpretazione offerta delle disposizioni richiamate contrasta – secondo le Sezioni unite rimettenti – con il principio secondo cui sono da considerare incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che comprimano la libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario e, segnatamente, di rendere irrimediabile, attraverso il passaggio in giudicato della sentenza tacciata di essere anticomunitaria,

l'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare la uniforme applicazione e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione.

A parere di chi scrive, una simile conclusione è compatibile con l'orientamento tradizionale secondo cui, dopo l'inserimento della garanzia del giusto processo nell'art. 111 Cost., il sindacato delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale continua ad essere circoscritto al controllo dei limiti esterni della giurisdizione e può quindi essere esercitato soltanto avverso le sentenze del Consiglio di Stato che invadano le attribuzioni di altri organi giurisdizionali o del legislatore (quando eserciti un'attività di produzione normativa che non gli compete) o della Pubblica Amministrazione (quando compia valutazioni di opportunità o convenienza dell'atto amministrativo)^[19].

Tuttavia, sviluppando tale orientamento, la Suprema Corte aveva già considerato, come ipotesi di violazione dei c.d. limiti esterni della giurisdizione del Consiglio di Stato, le ipotesi in cui le sentenze dei giudici amministrativi si erano poste in esplicito contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia europea senza aver provveduto al rinvio pregiudiziale^[20].

La condizione necessaria perché possano reinterpretarsi in senso dinamico “i motivi inerenti alla giurisdizione” è che il Consiglio di Stato abbia omesso di rinviare in via pregiudiziale alla Corte di giustizia la questione interpretativa circa l'esatta latitudine di una norma comunitaria, accedendo ad un'interpretazione della disposizione comunitaria foriera di violare il diritto dell'Unione tale da negare al ricorrente una posizione giuridica di vantaggio altresì riconosciuta dal diritto europeo.

Emerge, dunque, un problema di compatibilità dell'impianto normativo interno con il principio di effettività della tutela di diritti riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione europea ed in ogni caso con gli standard di tutela pretesi dal diritto europeo per le proprie posizioni giuridiche di vantaggio.

In presenza di una situazione come quella che si è venuta a determinare a seguito della pronuncia dei giudici costituzionali del 2018 le Sezioni unite potevano optare vuoi per la disapplicazione del diritto interno, ritenuto in contrasto con l'ordinamento dell'Unione – ponendosi così in modo polemico con la sentenza n. 6/2018 della Corte Costituzionale in grave e pericoloso contrasto con la decisione dei giudici costituzionali – vuoi per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea.

L'interpretazione imposta dalla Corte costituzionale dei “motivi inerenti alla

giurisdizione” di cui all’art. 111, 8° comma, Cost. come sinonimo delle “questioni di giurisdizione” di cui all’art. 37 c.p.c., non tiene conto, ed anzi elude, l’evoluzione del sistema costituzionale del sistema di tutela giurisdizionale dei diritti e, segnatamente, la profonda evoluzione del rapporto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, dopo le modifiche che l. cost. n. 2 del 1999 ha apportato all’art. 111 Cost^[21].

Non tener conto nella perimetrazione dei motivi inerenti alla giurisdizione dell’evoluzione normativa del concetto di giurisdizione, la quale ad oggi “si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”, è frutto di miopia interpretativa.

Nel sistema antecedente la ricordata modifica costituzionale, era possibile affermare che, ai sensi dell’art. 362, comma 1°, c.p.c., il compito assegnato alla Corte di Cassazione fosse limitato al controllo del rispetto dei limiti esterni delle diverse giurisdizioni, in conformità delle attribuzioni riservatele dalla legge sull’ordinamento giudiziario, restando escluso ogni sindacato sulle modalità di erogazione della tutela giurisdizionale.

Oggi, invece, l’interpretazione dell’ultimo comma dell’art. 111 Cost., deve tener conto della differenza non solo semantica tra i motivi inerenti alla giurisdizione e la questione di giurisdizione di cui agli artt. 37 c.p.c. e 9 c.p.a.

Se, per un verso, la questione di giurisdizione rimane confinata nel significato attribuitole dalla fonte primaria, ex artt. 37 c.p.c. e 9 c.p.a., la perimetrazione dei motivi inerenti alla giurisdizione non può prescindere dal significato costituzionale di giurisdizione accolto nel medesimo art. 111 Cost., nel 1° e nel 2° comma.

Invero, a seguito dell’introduzione in Costituzione dei c.d. principi del giusto processo, concernenti il modo in cui la funzione giurisdizionale deve essere esercitata, la nozione costituzionale di giurisdizione non può più esaurirsi nel complesso delle regole che presiedono alla ripartizione del potere giurisdizionale, ma risulta necessariamente innervata dai suddetti principi, proprio per non appiattare il significato che la Costituzione riserva all’attività giurisdizionale sulla nozione “tecnica” di questione di giurisdizione, intesa come presupposto processuale.

La nozione costituzionale di “motivi inerenti alla giurisdizione”, ai fini del sindacato della Suprema Corte sulle sentenze dei giudici speciali, non coincide con quella di “questioni di giurisdizione”, ma deve estendersi sino a ricomprendere il controllo sull’osservanza dei sopra richiamati principi regolatori del giusto processo, “a nulla rilevando che i vizi derivanti dalla violazione di tali essentialia iurisdictionis siano sussumibili anche nella categoria degli errores in procedendo ovvero degli errores in iudicando de iure procedendi

[22]”.

L'assetto pluralistico delle giurisdizioni conservato dalla nostra Costituzione – con attribuzione al giudice amministrativo della cognizione degli interessi legittimi e, nei soli casi di giurisdizione esclusiva, dei diritti soggettivi agli stessi inestricabilmente connessi – non vale ad escludere a priori che la stessa abbia assegnato alla Corte di Cassazione, accanto al ruolo di giudice dei conflitti di giurisdizione, anche il compito di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione dei principi regolatori del giusto processo attraverso il quale si attua la giurisdizione, a garanzia dell'unità funzionale della stessa e nel rispetto del principio di uguaglianza.

Di talché, nel caso in cui i giudici del Kierchberg dovessero rispondere affermativamente alla domanda pregiudiziale rimessa dalle Sezioni Unite, si verrebbe a creare un sistema binario nel modo di intendere “i motivi inerenti alla giurisdizione”: rispetto alle posizioni giuridiche interne l'art. 111, comma 8°, Cost soggiacerebbe ad una lettura tassativizzante siccome non può porsi, neppure in tesi, un problema di contrasto con il diritto europeo; al contrario, laddove oggetto del giudizio sia una posizione giuridica di vantaggio di interesse comunitario (in ispecie il quesito si riferisce alla materia degli appalti), il ricorso per Cassazione verrebbe, per così dire, funzionalizzato^[23] alle esigenze di dare corretta attuazione al principio di effettività della tutela giurisdizionale.

E ciò perché se si ammettesse il ricorso ex art. 111, comma 8°, Cost. per sindacare il c.d. diniego di giustizia, la stessa Corte di Cassazione adita potrebbe rimediare al vulnus recato al diritto europeo dalla sentenza del Consiglio di Stato anticomunitaria, rinviando pregiudizialmente, ex art. 267 TFUE, essa stessa alla Corte di giustizia, conformandosi successivamente all'interpretazione della norma europea offerta dai giudici del Kierchberg.

È pur vero che se la Corte di giustizia dovesse dare risposta affermativa al quesito postole, del pari non si risolverebbe l'altra spinosa questione intorno ai rapporti tra le sentenze dei giudici nazionali e la primauté del diritto europeo: l'ordinamento non disporrebbe comunque di un rimedio rescindente contro il giudicato anticomunitario, di talché l'unica strada percorribile sarebbe o quella della disapplicazione ovvero quella, altrettanto disdicevole, della tolleranza dell'aporia.

4. Il triello delle Corti e l'attesa sentenza della Corte di giustizia: un pronostico

Quali saranno gli esiti del rinvio pregiudiziale non è difficile ad intuirsi e ci pare, già in questa sede, di poter avanzare un pronostico: La Corte di giustizia non si farà sfuggire l'occasione di funzionalizzare un istituto del diritto interno agli obiettivi dell'Unione, nell'apparente rispetto del principio di autonomia procedurale degli Stati membri, posto

che la medesima sorte è già toccata ad istituti centrali del sistema di tutela giurisdizionale dei diritti nazionale^[24].

Nella giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo è dominante l'idea per cui il diritto processuale nazionale, nell'assenza di misure di armonizzazione comunitarie, sia parte del processo, talora prepotente, di attuazione della normativa europea.

Il Plateau Kirchberg non impone (o almeno non sembra farlo) ai giudici degli Stati membri di disapplicare la normativa processuale interna tacciata di impedire la corretta attuazione del diritto europeo, bensì richiede ai giudici nazionali di verificare tutte le strade percorribili offerte dal diritto nazionale: in una prospettiva comunitaria gli strumenti che il diritto nazionale mette a disposizione degli operatori devono, eventualmente, essere funzionalizzati, al di là del campo semantico abbracciato dalla singola norma processuale.

Non si chiede ai giudici degli Stati membri di foggare nuovi rimedi sconosciuti al diritto nazionale, bensì semplicemente di utilizzare quelli già esistenti, estendendone il campo di applicazione oltre il contenuto testuale della norma, sì da ricomprendervi fattispecie comunitarie rilevanti la cui attuazione non può che passare attraverso l'incidente del processo.

Si tratta allora di funzionalizzare i rimedi già esistenti, in ragione del canone di effettività che impone, in una prospettiva integrazionista, di concepire la normativa sostanziale comunitaria e la normativa processuale degli Stati membri come un'unica esperienza giuridica nella quale il diritto nazionale diventa strumento di garanzia del diritto comunitario, assicurandone la corretta attuazione: "picassianamente" destrutturare per poi ricomporre i meccanismi processuali nazionali così costruendo, a seconda delle esigenze imposte dal caso concreto, delle varianti funzionali, con buona pace dei retaggi culturali che innervano i sistemi processuali nazionali e delle eleganze dottrinali.

Al di là degli ingombranti dogmatismi, gli istituti processuali sottoposti alla competenza pregiudiziale dei giudici di Lussemburgo vengono rilette in una chiave squisitamente pratica, ridimensionando ideologie e costumi processuali a seconda delle esigenze che il caso concreto pone.

La flessibilità delle forme e degli istituti processuali interni è confermata dall'espressa previsione nei Trattati del diritto ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva delle posizioni giuridiche che si fondano sul diritto dell'Unione, la quale è ad oggi espressamente imposta dall'art. 19, par. 1°, TUE: i giudici nazionali "sono i primi e fondamentali applicatori del diritto dell'Unione [...] che hanno, sul piano quantitativo,

molte più occasioni dei giudici di Lussemburgo^[25]”.

La disposizione di cui all’art. 19 TUE, che innerva il tessuto dei principi comunitari, deve essere applicata dai giudici nazionali al fine di realizzare una piena tutela degli interessi dell’Unione. Non può essere un impedimento a tale fine il dato letterale della norma: in assenza di altri rimedi, il ricorso per “i soli motivi inerenti alla giurisdizione” deve impedire la formazione di un giudicato anticomunitario.

A parere di chi scrive, la Corte di giustizia darà la stura ad un intervento di chirurgia giuridica, più volte prospettato dalle Sezioni Unite, nonostante i caveat della Corte Costituzionale e della dottrina fedele al dato letterale della norma.

Nella convinzione che l’interpretazione estensiva dei “motivi inerenti alla giurisdizione” sia necessitata dalla preminenza che va riconosciuta al principio della primauté rispetto al diritto interno, è corretto chiedersi se dietro quest’ultima ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia non si adombrino “interessi di bottega” della Cassazione: la richiesta di avallo dell’interpretazione conforme dell’art. 111, comma 8°, Cost. assicurerebbe alla Corte di Cassazione un sindacato ben più esteso sulle sentenze del Consiglio di Stato rispetto a quello delineato originariamente in Costituzione.

Si tratterebbe, come sottolineato, di una lettura pienamente correttiva del dato normativo, ma la giurisprudenza europea non ha mancato, in tempi recenti, di compiere riletture degli istituti processuali nazionali e, segnatamente, del giudicato^[26].

In altri termini, la Cassazione chiede avallo alla Corte di giustizia per “cassare” l’interpretazione tassativizzante dei “motivi inerenti alla giurisdizione” caldeggiata dalla Corte Costituzionale: viene così a costituirsi un vero e proprio triello tra le Corti.

In dottrina, per sottolineare il crescente judicial dialogue tra Corti nazionali e giudici europei si è adoperata la metafora del “triangolo giurisdizionale europeo^[27]”, ai cui tre vertici si collocano le Corti nazionali di ultima istanza e costituzionali, e le due Corti europee di Strasburgo e Lussemburgo. Senonché sembra utile chiedersi^[28] quale sia l’ampiezza dell’angolo occupato dalle Corti nazionali entro il “triangolo giurisprudenziale europeo”.

Che si tratti di un triangolo equilatero è da escludere; è, invece, certo che l’angolo occupato dalle Corti nazionali è a sua volta diviso da una bisettrice, la quale riflette la divisione interna della giurisdizione: da un lato la giurisdizione civile e la Corte di Cassazione, dall’altro la giurisdizione amministrativa e il Consiglio di Stato.

Ecco che alla più elegante immagine del triangolo si sostituisce quella del triello per descrivere il judicial dialogue: le Corti si tengono sotto tiro a vicenda per evitare sgraditi sconfinamenti nel proprio ambito di competenza.

Così è interesse del Consiglio di Stato evitare che le proprie decisioni possano essere sindacate dalla Corte di Cassazione, ex art. 111, comma 8°, Cost., per “motivi inerenti alla giurisdizione” diversi dalle mere questioni di giurisdizione ex artt. 37 c.p.c. e 9 c.p.a.; non diversamente, la Corte di Cassazione vuole evitare che siano sottratte alla giurisdizione del giudice ordinario, a causa della proliferazione delle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ex art. 134 c.p.a., materia di importanza strategica; del pari, il Plateau Kirchberg, in più occasione, non ha esitato a disapplicare istituti processuali fondamentali, quali il giudicato^[29] –con buona pace dell’assolutistica Rechtskraft – per evitare la cristallizzazione di violazioni del diritto europeo, superando, forse definitivamente, il preteso principio (e forse dogma) dell’autonomia procedurale degli Stati membri.

Tornando alla sentenza in commento, invece, bene hanno fatto le Sezioni Unite, nell’attesa del pronunciamento dei giudici del Kierchberg che interrompa lo stallo, ad attenersi alla lettura tassativizzante dei “motivi inerenti alla giurisdizione”, non venendo direttamente in rilievo, nel caso di specie, alcuna violazione del diritto comunitario, sì da evitare, di foggare un rimedio pretorio caduco, condizionato all’ultima parola della Corte di giustizia.

Infatti, il gravame fondato sulla pretesa violazione dell’art. 6 CEDU, cui era affidato dal ricorrente il ricorso ex art. 111, comma 8°, Cost., non vale a rimettere in discussione l’accertamento compiuto dal Consiglio di Stato, trattandosi di censura estremamente generica che non vale a dedurre alcuna precisa violazione di norma comunitaria, per cui è possibile intendere in modo estensivo i “motivi inerenti alla giurisdizione”.

Da questo punto di vista, il rigetto in rito del ricorso per Cassazione ci pare essere soluzione corretta.

5. Dall’atto al rapporto: verso l’intonazione soggettiva del giudizio amministrativo

La sentenza in commento offre spunti interessanti per tornare sulla questione dei limiti oggettivi del giudicato amministrativo. La perimetrazione dei limiti oggettivi del giudicato amministrativo è condizionata dalla centralità storicamente riconosciuta all’atto e al potere pubblico nel giudizio amministrativo^[30].

Fino ad un recente passato, si era soliti far coincidere l'oggetto del processo amministrativo pressappoco con il provvedimento impugnato, unitamente ai vizi di legittimità dedotti, i quali delimitavano il *thema decidendum*.

Tale impostazione può ritenersi ad oggi definitivamente superata^[31]. La c.d. civilizzazione del processo amministrativo^[32], cui ha dato la stura il codice del processo amministrativo, ha comportato lo spostamento dell'oggetto del processo amministrativo dall'atto al rapporto, intercorrente tra il cittadino e l'amministrazione^[33].

Da ciò segue che, per quanto sia assente una disposizione che disciplini espressamente il giudicato amministrativo^[34], la nozione di cosa giudicata che emerge dagli artt. 324 c.p.c. e 2909 cod. civ., in ragione del rinvio esterno al codice di rito civile di cui all'art. 39 c.p.a., può plasticamente adattarsi al giudizio amministrativo. Affinché possa operare il rinvio esterno, l'art. 39 c.p.a. specifica che le disposizioni contenute nel codice di rito civile devono essere "compatibili o espressione di principi generali".

L'estrema latitudine della disposizione in commento porta con sé tutta una serie di conseguenze. Il riferimento alla compatibilità tra i due sistemi processuali permette di escludere che questi siano in un rapporto di *genus ad speciem*, di talché il rinvio non può dirsi né automatico né generale.

Ne consegue che anche le norme del rito civile che sono espressione di principi generali possono essere mutate a condizione che siano compatibili con lo scopo del processo amministrativo ovvero con l'utilità che esso è teso ad assicurare al ricorrente.

Non potendo affrontare, nemmeno per avventura, il delicato problema della natura strumentale o sostanziale dell'interesse legittimo^[35], può dirsi, in via di approssimazione, che lo scopo del processo amministrativo è quello di assicurare agli utenti l'accesso ad un bene della vita ovvero una situazione di vantaggio di carattere finale; l'evoluzione del sistema muove nel senso che sempre maggior attenzione è riservata alla definizione del rapporto, mentre la questione di legittimità dell'atto impugnato degrada ad occasione del sindacato giurisdizionale sull'uso del potere^[36].

Il progressivo spostamento del baricentro dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto è conseguenza della perdita di centralità dell'azione costitutiva dovuta all'introduzione, da parte del codice del processo amministrativo, di altre azioni, mutate dal processo civile, a corredo della tutela demolitoria. Il che impone, da un lato, di ripensare il modello di tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche di vantaggio devolute alla cognizione del giudice amministrativo, dall'altro, di ripensare il rapporto

stesso tra cittadino e amministrazione^[37].

La realizzazione del bene della vita, fuori dai casi di giurisdizione di merito, non può che essere mediata dall'esercizio del potere da parte dell'amministrazione. Sicché nell'ambito della giurisdizione di legittimità, il giudice amministrativo è "giudice del potere"^[38].

È proprio questo il punto maggiormente problematico dei rapporti tra processo civile e processo amministrativo: benché l'art. 39 c.p.a. funga da porta d'ingresso nel processo amministrativo dei principi generali del modello processuale semi-dispositivo, taluni punti della teoria del processo civile, come ad esempio l'adagio secondo cui il passaggio in giudicato risolve definitivamente una controversia tra le parti, coprendo il dedotto e il deducibile, non possono essere trapiantati senza correre il rischio di un rigetto.

E ciò perché l'anzidetta civilizzazione del processo amministrativo è destinata a rimanere incompiuta; in ispecie, diversamente dal processo civile, il giudizio amministrativo aborrisce un giudicato che «promani dal silenzio^[39]» ovvero che si estenda automaticamente al rapporto fondamentale, quandanche le parti non si siano confrontate sullo stesso, come altresì affermato dalle Sezioni Unite con le sentenze gemelle nn. 26242 e 26243 del 2014, relativamente ai giudizi di impugnativa negoziale^[40].

Secondo la giurisprudenza amministrativa, la struttura stessa del giudizio amministrativo, e in ispecie della giurisdizione di legittimità, che si risolve in un sindacato sull'uso del potere, osta alla formazione di un giudicato implicito sui punti della sentenza «privi di relazione causale con il decisum identificato dai motivi a base della specifica domanda giudiziale^[41]».

Come già cennato, storicamente il giudizio amministrativo nasce al fine di controllare la legittimità dell'esercizio del potere dell'amministrazione attraverso una tutela meramente demolitoria del provvedimento illegittimo.

Il suo oggetto è stato per lungo tempo individuato nello stesso provvedimento o, tutto al più, nel diritto potestativo (diritto al mutamento o all'annullamento) sulla falsariga degli studi processualciviltistici sulla tutela giurisdizionale costitutiva^[42]. Sicché la concezione tradizionale osterebbe all'estensione del giudicato oltre i singoli motivi d'impugnazione dedotti.

Per converso, rispetto al giudizio civile, nel quale il passaggio in giudicato sostanziale della sentenza, che abbia accolto la domanda, resa sul singolo effetto giuridico sortisce, tendenzialmente, un effetto conformativo pieno sul rapporto fondamentale, di guisa che

oggetto dell'accertamento è l'intero rapporto da cui origina l'effetto giuridico elementare, il processo amministrativo, da un lato, preclude al ricorrente la proposizione di un nuovo ricorso, dall'altro, invece, non osta a che l'amministrazione rieserciti il potere, con ciò causando una "rottura di simmetria (nei confronti della pubblica amministrazione che) conserva naturaliter la possibilità di riedizione del potere^[43]".

Formandosi il giudicato, come detto, solo in relazione ai motivi di ricorso esaminati dal giudice e ritenuti fondati, questo non pone alcun vincolo rispetto all'attività dell'amministrazione successiva al passaggio in giudicato della sentenza^[44] e ciò perché il passaggio in giudicato, per dirla con le parole di autorevole dottrina^[45], riguarda esclusivamente "solo un punto emergente nella linea d'azione dell'amministrazione", ovvero il provvedimento impugnato.

6. La tendenziale simmetria tra limiti oggettivi del giudicato amministrativo e motivi del ricorso: la soluzione "prudente" delle Sezioni Unite

L'attribuzione del bene della vita al ricorrente può essere pregiudicata dall'amministrazione in sede di riedizione del potere. Di talché la giurisprudenza amministrativa, per non frustrare l'aspettativa di tutela del ricorrente, ha elaborato alcuni criteri volti ad ottenere un bilanciamento tra l'inesauribilità del potere dell'amministrazione e il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Le soluzioni offerte dalla giurisprudenza sono di stampo prettamente pragmatico: secondo l'impostazione dominante, posto che la sentenza di annullamento non esaurisce la propria rilevanza con l'effetto eliminatorio, bensì farebbe sorgere il dovere per l'amministrazione di dare esecuzione alla sentenza conformandosi, nell'ipotesi in cui il giudizio abbia riguardato un provvedimento negativo, il bene della vita postulato dal privato può essere assicurato solo attraverso il riesercizio del potere da parte dell'amministrazione.

Pertanto, l'ambito oggettivo del giudicato amministrativo sarebbe circoscritto ai soli profili dell'attività dell'amministrazione su cui l'accertamento è divenuto definitivo; al contrario, le sopravvenienze di diritto incidono, anche dopo il passaggio in giudicato, su quei profili dell'attività non vincolati dalla sentenza^[46].

Più in generale, la sentenza di annullamento non preclude, di regola, il riesercizio del potere su quelle frazioni del rapporto amministrativo non intercettate dalla sentenza passata in giudicato, dalla quale, invece, sorge il solo dovere per l'amministrazione di non riprodurre i vizi che hanno determinato l'annullamento^[47].

La parziale impermeabilità del potere rispetto all'accertamento giurisdizionale profila il concreto rischio di una serie indefinita di pronunce di annullamento su nuovi provvedimenti espressione della riedizione del potere.

La giurisprudenza, per rimediare a un sì grave inconveniente, ha da tempo affermato una regola formale (c.d. regola del one shot) secondo cui, dopo l'annullamento, l'amministrazione può riesercitare il potere solo una volta, stante l'onere di sollevare, in sede di riedizione del potere, tutte le censure avverso la pretesa del cittadino; dopo tale riesercizio l'amministrazione non potrebbe più decidere in senso sfavorevole al cittadino, siccome ogni ulteriore questione rimarrebbe preclusa dal definitivo esaurimento della discrezionalità.

Tale impostazione ha trovato conferma nell'art. 10-bis, l. n. 241 del 1990, laddove impone la comunicazione all'amministrato di tutti i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza prima del rigetto, al fine di evitare una frammentazione del potere di diniego in capo all'amministrazione^[48]; di talché, in caso di impugnazione in giudizio del provvedimento negativo adottato, l'amministrazione, in sede di riesercizio del potere, non può dedurre per la prima volta motivi ostativi all'istanza del privato già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato.

La regola del one shot pone dei limiti al potere dell'amministrazione e, in un certo senso, apre alla teoria del diritto amministrativo paritario^[49], la quale è stata ad oggi accolta anche dal legislatore: l'art. 1 della l. n. 241 del 1990, come novellato dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, al comma 1-bis esplicitamente prevede che "I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede".

I principi di leale collaborazione e buona fede informano il procedimento amministrativo e, segnatamente, la riedizione del potere amministrativo, di talché, dopo una sentenza di annullamento, sorge in capo all'amministrazione un dovere di particolare condotta che le impone di osservare gli anzidetti principi nei suoi successivi procedimenti^[50].

Pertanto, se la portata meramente preclusiva del giudicato afferisce ad un processo sull'atto, di tipo impugnatorio puro, che guarda solo al passato, al contrario l'effetto conformativo, teso evitare che nella riedizione del potere l'amministrazione riproponga i medesimi vizi censurati dal giudice, orienta l'attività amministrativa per il futuro, dettando le modalità attraverso cui dovrà svilupparsi la trama del rapporto amministrativo, sì da assicurare corretta soddisfazione della pretesa del ricorrente vittorioso^[51].

Tuttavia, nell'ipotesi in cui sia richiesta tutela di un interesse legittimo oppositivo – come

nel caso di specie – il bene della vita cui aspira il privato viene soddisfatto attraverso la mera eliminazione del provvedimento illegittimo. Ottenuta tale utilità, il rapporto tra l'amministrazione e il cittadino viene meno e ciò perché il singolo non ha interesse alla riedizione del potere, anzi al più ha interesse a che il potere non sia esercitato nuovamente [52].

Il che ci consente di arguire che la sentenza di annullamento soddisfa a pieno la pretesa del ricorrente vittorioso, eliminando il provvedimento illegittimo e precludendo all'amministrazione di adottare un atto affetto dai medesimi vizi su cui si è formato il giudicato.

È giocoforza concludere che la preclusione del dedotto e del deducibile nel giudizio amministrativo, sopra interessi legittimi oppositivi, è limitata ai soli motivi di impugnazione proposti, poiché l'oggetto dell'accertamento è perimetrato dai vizi denunciati; di talché, la stessa “ombra del giudicato” non può propagarsi oltre i motivi di impugnazione proponibili avverso il provvedimento illegittimo.

Non pare, dunque, configurabile una statuizione implicita intorno ad un diritto soggettivo che trova fonte nel rapporto tra il privato e l'amministrazione, siccome l'utilità cui aspira il ricorrente, con l'azione ex art. 29 c.p.a., non può di certo trascendere l'interesse legittimo e, segnatamente il rapporto amministrativo.

La stessa teoria dell'effetto conformativo della sentenza di annullamento – valorizzando il momento dell'accertamento rispetto a quello costitutivo – si muove sempre entro i confini dell'interesse legittimo. L'eventuale statuizione sopra un diritto soggettivo – nel caso di specie sopra un presunto indebito oggettivo – è del tutto ultronea rispetto al rapporto amministrativo oggetto del giudizio e, segnatamente, al bene della vita cui anela il titolare di un interesse legittimo oppositivo.

La diversità di *causae petendi* osta all'estensione del giudicato implicito sopra diritti soggettivi, sorti in occasione del “contatto” con l'amministrazione, autonomi rispetto all'interesse legittimo che si assume essere vulnerato.

A ben vedere, anche la lettera dell'art. 8 c.p.a. suggerisce una lettura restrittiva dell'ambito oggettivo del giudicato amministrativo, nella misura in cui preclude al giudice amministrativo di conoscere con efficacia di giudicato, al di fuori delle materie in cui ha giurisdizione esclusiva, questioni concernenti diritti soggettivi.

Tornando al caso di specie, la Nestlé, in sede di ottemperanza, denunciava la violazione

da parte dell'amministrazione del giudicato precedentemente formatosi, al seguito del giudizio di impugnazione della nota n. 2399 dell'AGEA, annullata per meri vizi procedurali. Secondo la Nestlé il recupero degli aiuti di Stato attraverso un'ingiunzione di pagamento, emessa ai sensi del r.d. 639/1910, avrebbe in sostanza eluso il giudicato formatosi sul diritto a trattenere gli aiuti.

Se, tuttavia, ci si persuade del fatto che è la funzione stessa del processo amministrativo ad ostare ad un'estensione dell'ambito oggettivo del giudicato che trascenda dal giudizio sull'esercizio del potere, finanche a comprendere una posizione giuridica diversa rispetto a quella su cui si è svolta la cognizione, la pronuncia in commento si rivela essere immune da censure.

Le statuizioni sopra il diritto soggettivo della Nestlé a trattenere l'aiuto di Stato, contenute nella sentenza del TAR Lazio del 29.05.2015, n. 7637^[53], non possono che avere efficacia di mero obiter dictum^[54] siccome del tutto svincolate da un accertamento sopra il modo di esercizio del potere amministrativo, vero oggetto della giurisdizione di legittimità.

A ragionare diversamente si corre il rischio di ammettere che la preclusione da giudicato implicito possa addirittura trascendere il riparto di giurisdizione. Il giudice amministrativo, investito della giurisdizione di legittimità non può, per contra, pronunciarsi con efficacia di giudicato su diritti soggettivi, sconfinando nella giurisdizione del giudice ordinario, a pena di violare i limiti esterni alla propria giurisdizione.

Inoltre, è la stessa sentenza del TAR Lazio n. 7637 del 2015 ad affermare che l'ambito oggettivo della pronuncia è circoscritto al motivo d'impugnazione accolto. Benché sia stata di recente introdotta la regola del one shot, il giudicato amministrativo non è connotato dalla medesima tendenza onnivora del giudicato civile, tale da estendersi anche alle questioni su cui le parti non si sono direttamente confrontate ma che assumo valore di questione la cui risoluzione è logicamente necessitata per decidere sopra l'effetto giuridico dedotto in giudizio.

È legittimo chiedersi, invece, in una prospettiva de iure condendo, se l'avvicinamento tra i due ordini di giurisdizioni, attraverso l'estensione dei "motivi inerenti alla giurisdizione", non prelude ad una loro unificazione, la quale porterebbe con sé la piena promiscuità delle regole del processo civile^[55].

In tale ipotesi, benché sia fuori discussione l'estensione del giudicato amministrativo a questioni di diritto soggettivo originate dal semplice "contatto" con l'amministrazione, le quali, per converso, trovano fonte in fatti giuridici del tutto autonomi rispetto alla pretesa

azionata dinanzi al giudice amministrativo, la valorizzazione del giudicato implicito professata dalle Sezioni Unite^[56] potrebbe essere esportata nel processo amministrativo sì da comportare, per un verso, il superamento della simmetria tra ambito oggettivo del giudicato e motivi del ricorso, per un altro, precluderebbe all'amministrazione qualsiasi forma di riesercizio del potere sfavorevole al privato che abbia ottenuto una pronuncia favorevole, ad esclusione dell'ipotesi in cui una sopravvenienza di fatto o uno ius superveniens incidano su un tratto del rapporto non esaurito dal passaggio in giudicato della sentenza e come tale non impermeabile a future modificazioni.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Cfr. TAR Lazio, 29.05.2015, n. 7637, secondo cui “dall'intervenuta revoca del provvedimento di sospensione degli aiuti e dall'archiviazione dei verbali [...] con la accertata prescrizione del diritto a riscuotere le somme dovute in forza dei predetti verbali, trova conferma l'esclusione della debenza delle somme da parte della società Nestlé in ordine agli aiuti relativi agli anni 1989, 1990, 1991, va riferita agli atti impugnati ed ai vizi dedotti riguardo ad essi”.

[2] Cons. St., sez. III, 03. 09. 2018, n. 5159.

[3] V. *infra* par. 5-6.

[4] Per i rilievi istituzionali si rimanda a A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019, 347 ss.; v. anche A. CORPACI, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 341 ss.; B. SASSANI, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la traslatio le S.U. riscrivono l'art. 111 della Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1589 ss.; G. VERDE, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 367 ss.

[5] Per una ricostruzione dallo Stato liberale ad oggi del sindacato della Cassazione sulle sentenze rese dal Consiglio di Stato si rimanda a V. VISIONE, *La violazione del diritto europeo come ipotesi di eccesso giurisdizionale*, in questa rivista, 3, 2021, 4 ss.

[6] Tra le tante v. Cass., sez. un., 19 settembre 2019, n. 22784; Cass., 29 aprile 2005, n. 8882; Cass., 15 marzo 1999, n. 137; v. anche la più risalente Cass., 23 febbraio 1924, *Mutua Marittima Nazionale c. Ministero della Marina*.

[7] Cass., sez. un., 11 ottobre 1952, n. 3008; Cass., sez. un., 26 luglio 2011, n. 16246.

[8] Così R. VILLATTA, *Sui «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 643.

[9] I. M. MARINO, *Corte di Cassazione, e giudici “speciali”*, in AA.VV. *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano Giuffrè, 1992, 173

[10] Così V. VISIONE, *La violazione del diritto europeo come ipotesi di eccesso giurisdizionale*, cit., 6 ss; v. anche R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per “i soli motivi inerenti alla giurisdizione” e ricorso per “violazione di legge”*, in F. FRANCIOSI E M. A. SANDULLI (a cura di), *La Sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, 280.

[11] Si allude a Cass., sez. un., 6 febbraio 2015, n. 2242.

[12] Per un'impostazione generale del problema si rimanda a A. TRAVI, *Lezioni*, cit., 347 ss.; in senso favorevole all'estensione v. A. CORPACI, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, cit., 341 ss. In giurisprudenza, Cass., sez. un., 18 dicembre 2001, n. 753, secondo cui nei “motivi inerenti alla giurisdizione” sarebbero riconducibili le questioni concernenti la distinzione tra giurisdizione di merito e di legittimità, intese come questioni relative all'articolazione interna della giurisdizione amministrativa; Cass., sez. un., 13 giugno 2006, n. 13659, secondo cui il ricorso è da considerarsi ammissibile allorché il Consiglio di Stato abbia dichiarato inammissibile la domanda di risarcimento del danno per violazione dell'interesse legittimo proposta senza che fosse prima impugnato il provvedimento foriero del danno ingiusto. In altri termini, la Cassazione ammetteva il ricorso ex art. 111, comma 8°, Cost. per censurare l'indirizzo seguito dal Consiglio di Stato che affermava il rapporto di pregiudizialità tra azione di annullamento del provvedimento amministrativo rispetto all'azione di condanna per lesione dell'interesse legittimo; Cass., sez. un., 16 gennaio 2007, n. 753, aveva ammesso il ricorso anche per far valere gravi vizi formali come la partecipazione al collegio giudicante di persone prive della qualità di giudice.

[13] R. VILLATTA, *Sui «motivi inerenti alla giurisdizione»*, cit., 637.

[14] Cass. civ. sez. un., 29 dicembre 2017, n. 31226, in *Foro it.*, 2018, 5, I, 1709, secondo cui «Non costituiscono diniego di giurisdizione da parte del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti), gli errori “in procedendo” o “in

giudicando”, 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».

[15] Cfr. Corte Cost., 18 gennaio 2018, n. 6, in *Giur. Cost.*, 1, 2018, 0122D, con nota adesiva di SIGISMONDI, secondo cui «In questo modo la Corte costituzionale esprime due messaggi forti: da un lato ricorda implicitamente l’esistenza di precisi limiti oltre i quali l’interprete non può forzare il dato normativo, anche rispetto alle finalità ritenute più opportune e meritevoli di perseguimento, segnando quindi una soluzione di continuità rispetto a orientamenti e posizioni dottrinali favorevoli a riconoscere un ruolo nuovo (ed eventualmente suppletivo) alla giurisprudenza. Soprattutto quando tale operazione ermeneutica riguardi nozioni fondamentali, come quella di giurisdizione; dall’altro, ponendosi ancora una volta in una linea di ideale continuità con la sentenza n. 123 del 2017, ribadisce che il coordinamento tra l’ordinamento interno e le indicazioni provenienti dalle corti internazionali e sovranazionali non può fondarsi su uno stravolgimento degli strumenti processuali attuato in via interpretativa»; e di A. TRAVI, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2018, 1111 ss., il quale, benché sia favorevole al superamento dell’attuale assetto pluralistico delle giurisdizioni, afferma che la lettura eversiva dei “motivi inerenti alla giurisdizione” rappresenta uno sconfinamento del potere giudiziario nelle prerogative del legislativo; in altri termini, una funzionalizzazione del rimedio ex art. 111, comma 8°, Cost. non può prescindere da una riforma costituzionale che implementi il testo costituzionale con l’orientamento Eu-friendly proprio del diritto vivente.

[16] Cass., sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598, in *Guida al diritto*, 2020, 39, p. 43, le quali hanno chiesto alla Corte di giustizia 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 (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) con l’effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere corrette tramite il predetto rimedio; - 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, in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, previste dal diritto europeo, con l’effetto di pregiudicare la uniforme applicazione di quest’ultimo e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell’Unione; - 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 in una eccezione o di un ricorso incidentale escludente volto a contestare la sua legittimazione processuale siano stati violati dal Consiglio di Stato che, nella fattispecie oggetto del procedimento principale, che abbia ritenuto l’impresa esclusa da una gara di appalto non legittimata a proporre censure miranti a contestare l’aggiudicazione all’impresa concorrente, anche mediante la caducazione della procedura di gara».

[17] «La Corte di giustizia dell’Unione europea comprende la Corte di giustizia, il Tribunale e i tribunali specializzati. Assicura il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione dei trattati. Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell’Unione».

[18] Cfr. G. COSTANTINO, A. CARRATTA e G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte di Giustizia*. Note a prima lettura di Cass. SS. UU. 18 settembre 2020 n. 19598, in www.questionegiustizia.it, 15.

[19] Ma in senso diametralmente opposto V. G. TROPEA, *Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione»* (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598), in www.giustiziainsieme.it; V. VISIONE, *La violazione del diritto europeo come ipotesi di eccesso giurisdizionale*, cit., 29 ss., secondo cui l’estensione dei motivi inerenti alla giurisdizione significherebbe un’usurpazione delle attribuzioni riservate dalla Costituzione al giudice amministrativo. Che dietro l’ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia vi siano “interessi di bottega” è indubbio; al contempo, tuttavia, è indubbio che il sistema della giustizia amministrativa sia foriero di rendere irreparabile il maturato contrasto con il diritto dell’Unione, in specie nelle ipotesi in cui non vi sia spazio, né opportunità, per il giudizio di ottemperanza, ultima finestra di cognizione per dedurre le asserite violazioni del diritto dell’Unione.

[20] Tra le tante V.: Cass., sez. un., 6 febbraio 2015, n. 2242, in Foro it., 2016, I, c. 327 ss., con osservazioni di D. OCCHIETTI; Cass., sez. un., 29 dicembre 2017, n. 31226, ivi, 2018, I, c. 1709 ss., con nota di G. SIGISMONDI, che ha annullato la sentenza del Consiglio di Stato che aveva fatto applicazione di una regola processuale interna tale da negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea; Cass., sez. un., 18 dicembre 2017, n. 30301, che include nel sindacato sul rispetto dei limiti esterni di giurisdizione del Consiglio di Stato il caso in cui l'errore si sia tradotto in un'interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla Corte di giustizia; in quest'ultimo senso anche Cass., sez. un., 17 gennaio 2017, n. 953; Cass., sez. un., 8 aprile 2016, n. 6891, in Foro it., 2016, I, c. 1667 ss. Nello stesso senso, V. Ad. Plen. del Consiglio di Stato del 9 giugno 2016, n. 11, in Foro it., 2017, III, c. 186 ss., che avalla l'orientamento delle Sezioni unite secondo cui l'interpretazione da parte del giudice amministrativo di una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione europea dà luogo alla violazione di un limite esterno della giurisdizione, sindacabile ex art. 111, comma 8°, Cost.

[21] G. COSTANTINO, A. CARRATTA e G. RUFFINI, Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte di Giustizia. Note a prima lettura di Cass. SS. UU. 18 settembre 2020 n. 19598, cit., 18.

[22] Parole mutate da G. COSTANTINO, A. CARRATTA e G. RUFFINI, Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte di Giustizia. Note a prima lettura di Cass. SS. UU. 18 settembre 2020 n. 19598, cit., 20.

[23] Sull'opera di funzionalizzazione degli istituti processuali del diritto interno forieri di violare il diritto comunitario, con particolare riguardo al giudicato nazionale anticomunitaria, si rinvia, si vis, alle considerazioni già svolte in G. DE CESARE, Il caso CSTP: Azienda della mobilità S.p.A. c. Commissione: il giudicato nazionale cede al principio della primauté, storia di una caduta (annunciata)? in Riv. trim. dir. proc. civ., IV, 2020, 1421 ss., spec. 1427; sul rapporto tra il principio di autonomia processuale degli Stati membri e le esigenze di effettività della tutela delle posizioni giuridiche di vantaggio comunitarie, con particolare riguardo alla tutela del consumatore, V. A. ANDOLFI, L'incidenza del canone di effettività del diritto dell'Unione sulla disciplina processuale: l'esperienza spagnola, in Riv. trim. dir. proc. civ., IV, 2020, 1255 ss.

[24] Su cui v. A. CARRATTA, Libertà fondamentali del Trattato dell'Unione Europea e processo civile, in Riv. dir. proc., 6, 2015, 1400 ss., spec. 1403; C. CONSOLO, Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali rispetto al primato integratore del diritto comunitario (integrato dalla CEDU a sua volta), in Corti europee e giudici nazionali, Atti del XXVII convegno nazionale della Associazione fra gli studiosi del processo civile (Verona, 25-26 Settembre 2009), Bologna, 2011, 227. Nella giurisprudenza europea v. Corte giust., sentenza del 14 dicembre 1995, in causa riunite C-430/93 e C-431/93, Van Schijndel, in "www.curia.eu" secondo cui l'obbligo di interpretazione conforme gravante sul giudice nazionale si risolve in un dovere di "funzionalizzazione" degli istituti giuridici interni in guisa tale da permettere la corretta applicazione del diritto dell'Unione, per perseguire l'obiettivo primario di garantire il primato del diritto europeo. Sulla centralità del principio di effettività nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia si veda ØLIKKE, State Aid as a Defence for Public Authorities? in EStAL, 2, 2016, 286 ss., spec. 288, il quale sostiene che «only the principle of effectiveness was relevant; it requires that the application of EU law must not be made impossible [...] by national procedural rules».

[25] Così P. BIAVATI, Diritto processuale dell'Unione Europea, Milano, 2015, 409.

[26] V. Corte giust., 30 settembre 2003, causa C-224/2001, Kobler, in www.curia.eu.; Corte giust., 18 luglio 2007, causa C-119/05, Lucchini, in Rass. trib., 2007, p. 1591 ss., con nota di P. BIAVATI, La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario; Corte giust., sentenza 3 settembre 2009, causa C-2/08, Olimpiclub, commentata da C. CONSOLO, Il percorso della Corte di Giustizia, la sentenza Olimpiclub e gli eventuali limiti di diritto europeo all'efficacia esterna ultrannuale del giudicato tributario (davvero ridimensionato in funzione antielusiva Iva del divieto comunitario di abusi della libertà negoziale?), in Riv. dir. trib., 2010, 1143 ss.; Corte giust., 10 luglio 2014, causa C-213/13, Pizzarotti, in www.curia.eu.; Corte giust., 11 novembre 2015, causa C-565/14, in www.curia.eu.; da ultimo, sul contrasto tra giudicato nazionale e obiettivi dell'Unione, Corte giust., sez. IX, 4 marzo 2020, causa C-587/18, CSTP Azienda della mobilità S.p.A. c. Commissione, in www.curia.eu.

[27] R. CAPONI, Corti europee e giudicati nazionali, in Atti del XXVII convegno nazionale della Associazione fra gli studiosi del processo civile (Verona, 25-26 Settembre 2009), Bologna, 2011, 373.

[28] Così C. CONSOLO, Il flessibile rapporto, cit., 233.

[29] V. supra nota 24.

[30] In generale e senza pretese di esaustività sull'oggetto della giurisdizione amministrativa si vedano G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, ristampa del 1965, 332 ss.; F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 589 ss.; M. S. GIANNINI e S. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della Pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 229 ss.; M. S. GIANNINI, *Discorso sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss.; A. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, VI ed. (a cura di E. CARDI e A. NIGRO), Bologna, 2002, 33; ID, *Processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma 1991 (ora in *Scritti giuridici*, III, 1996, 2079 ss.)

[31] In tal senso I. PAGNI, *Processo amministrativo «sull'atto» e processo civile a confronto: considerazioni di un processualcivilista*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2020, 1486 ss.

[32] Espressione presa a prestito da C. CONSOLO, *il processo amministrativo tra snellezza e «civilizzazione»*, in *Corr. giur.*, 2000, 1265 ss. È stato messo in evidenza da M. CLARICH, *Il processo amministrativo a rito ordinario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1058 ss., che l'evoluzione in chiave soggettiva della giurisdizione amministrativa porta con sé quale conseguenza la marginalizzazione della figura dell'interesse legittimo.

[33] Sul punto v. A. CORPACI, *Il codice del processo amministrativo tra effettività della tutela e problemi di durata del rito ordinario*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 609 ss.; A. DALFINO, *Disposizioni di rinvio e principi generali*, in *Il Codice del processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2010, V, 228; G. ROMEO, *La giustizia amministrativa: passato, presente, futuro*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 271 ss.

[34] Sul giudicato amministrativo, senza pretese di completezza, F. BENVENUTI, voce *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1969; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989; A. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Il giudizio di ottemperanza*, Milano, 1983, 63 ss.; ID, *Giustizia amministrativa*, VI ed. (a cura di E. CARDI e A. NIGRO), Bologna, 2002, p. 313 ss.; P. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, 1990; più di recente, I. CACCIAVILLANI, *Il giudicato*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, VI ed., Torino, 2014, p. 587 ss.; L. FRANCARIO, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, 4, 1025 ss.

[35] Sul vivace dibattito intorno la natura dell'interesse legittimo si rimanda all'interessante saggio di F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo tra storia e teoria*, Torino, 2017. Per una recente critica delle concezioni tradizionali dell'interesse legittimo (sostanziali e strumentali) cfr. B. SPAMPINATO, *Interesse legittimo e dintorni*, in *Dir. Amm.*, II, 2019, 275 ss., il quale, invece, caldeggia una definizione di interesse legittimo basata sui poteri amministrativi e sulle posizioni degli amministrativi rispetto ad essi, perché è proprio da questi aspetti che dipende il bene della vita cui aspira l'amministrato. Nello stesso senso cfr. F. G. SCOCA, *L'interesse*, cit., 445, allorché afferma: «per valutare in concreto il grado di tutela dell'interesse legittimo (dei singoli interessi legittimi) è necessario conoscere il modo in cui sono disciplinati i singoli poteri precettivi altrui. Tuttavia, come le singole ipotesi di potere, nonostante la diversa loro disciplina, restano sempre riferibili alla nozione (unitaria) di potere, così gli interessi legittimi, quale che sia il loro grado di tutela, sono comunque rapportabili all'unica figura teorica di interesse legittimo». Definisce, invece, l'interesse legittimo come un «reperto archeologico» F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, 78.

[36] G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. e società*, 2016, 203 ss., spec. 207.

[37] I. PAGNI, *Processo amministrativo «sull'atto» e processo civile a confronto: considerazioni di un processualcivilista*, cit., 1488.

[38] È stato sostenuto che a seguito dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo l'interesse legittimo non sarebbe più una nozione utile perché non sarebbe su di esso e sulla differenza rispetto al diritto soggettivo che si fonderebbe il criterio di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. In tal senso v. S. GIACCHETTI, *La rivoluzione silenziosa del codice di procedura amministrativa recita un requiem per l'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 335 ss., spec. 355, ove si afferma che «con un'ardita operazione di chirurgia genetica dal nucleo dell'oggetto del processo è stato estirpato il gene malato dell'interesse legittimo, sostituendolo con il gene sano del potere amministrativo» e ancora che la figura dell'interesse legittimo «aveva l'unica funzione di ritagliare, nell'area del giustiziabile che altrimenti avrebbe dovuto attribuirsi al giudice ordinario, un piano orizzontale, di minore spessore del diritto soggettivo, da affidare al giudice amministrativo [...]».

Ma a ben vedere il superamento del criterio del riparto fondato sulla dicotomia diritto soggettivo/interesse legittimo è da retrodatarsi alla celebre sentenza delle Sezioni Unite, 4 luglio 1949, n. 1657 (pres. ed est. Ferrara), che ha individuato il criterio di riparto basato sulla carenza o cattivo esercizio del potere. Sicché l'art. 7 c.p.a. non avrebbe affatto innovato sul punto, limitandosi a recepire ciò che già era acquisito in giurisprudenza (v. ex plurimis Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204). Sull'identità di diritto sostanziale dell'interesse legittimo e contro le teorie negatrici dell'interesse legittimo, costruite sul rilievo che questo non fungerebbe più da criterio di riparto della giurisdizione, si rinvia a F. G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 569 ss.; ID, *L'interesse*, cit., 357 ss.

[39] Così G. DE CRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2017, 41 ss., secondo cui l'eccessiva valorizzazione di un giudicato implicito sarebbe fonte di plurime violazioni tra cui spiccano: il vulnus recato al diritto alla difesa e all'art. 101, comma 2°, c.p.c., poiché nell'ipotesi in cui il giudicato si formi implicitamente sulla validità di un contratto, in forza di una sentenza che ne abbia riconosciuto i soli effetti, si avrebbe un esito decisorio irretrattabile su di una questione non affrontata dalle parti; seguitando, la rimodulazione del giudicato quale «strumento onnipervasivo per impartire e dosare economia processuale, ragionevole durata, concentrazione dell'esperienza processuale sullo stesso rapporto», sarebbe foriera di una disgregazione dell'istituto, il quale si allontanerebbe dal fondamento classico *ut sit finis litium*. Per la critica dell'idea professata dalle Sezioni Unite, secondo cui la meccanica applicazione del giudicato implicito esterno valga quale efficace strumento di economia processuale, si rimanda a A. GIUSSANI, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, 6, 2015, 1560 ss., spec. 1565, ove si dice che se da un lato la valorizzazione del giudicato implicito favorisce la diminuzione del numero di fascicoli, dall'altro, invece, porta ad un effetto inflativo delle questioni trattate nel singolo processo, "poiché rende attuale un interesse a dedurre che sarebbe altrimenti solo potenziale" sicché il risultato complessivo in termini di economia processuale è tendenzialmente negativo; ID, in *La crisi del giudicato*, atti del XXX convegno nazionale, Cagliari 2-3 ottobre 2015, 2017, p. 355; v. anche ID, *Efficienza della giustizia civile e culture della riforma*, Milano, 2017, 20 ss., per un'analisi del rapporto tra estensione del giudicato implicito sul merito, coerenza della lite e ragionevole durata del processo.

[40] Su cui da ultimo L. PICCININI, *Azioni di impugnativa negoziale e oggetto del processo*, in *Riv. dir. proc.*, III, 2020, 1084 ss., spec. 1094, secondo cui, se, da un lato, l'arresto delle Sezioni Unite è apprezzabile siccome ha operato una sistemizzazione della materia, dall'altro, non si sottrae a censure d'incongruenza; infatti, la S.U. per ampliare i limiti oggettivi dal giudicato, si da ricomprendere anche il rapporto fondamentale non dedotto nei giudizi di impugnativa negoziale, hanno postulato un corrispondente allargamento dell'oggetto del processo "formalizzandone un'anomala asimmetria". L'oggetto del processo è naturaliter segnato dalla domanda giudiziale, non dal giudicato. Secondo l'A, Per una sorta di eterogenesi dei fini la Corte – "nel tentativo di stabilizzare e armonizzare su larga scala le sorti del rapporto contrattuale" – è giunta ad affermare, sdoganando il giudicato implicito, che l'oggetto del processo può estendersi a punti di merito non conosciuti dalle parti ovvero non dedotti, il che, in un certo senso, comporta una compressione del diritto alla difesa.

[41] Così Cons. St., sez. III, 21. 11. 2019 n. 7934, in *Foro Amministrativo*, Il 2019, 11, p. 1793 ss.; più di recente, nello stesso senso, Cons. St., sez. III, 24. 09. 2020, n. 5585.

[42] Su cui, per tutti, E. ALLORIO, *Per una teoria dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955, 186 ss.

[43] Così C. CALABRÒ, voce *Giudicato*, in *Enc. giur. Treccani*, 2002, 7.

[44] In tal senso, F. BENVENUTI, *Giudicato*, cit., 903; v. anche R. VILLATTA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 369 ss.

[45] C. CALABRÒ, voce *Giudicato*, cit., 2.

[46] Così E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019, 1006.

[47] In tal senso, Cons. St., Sez. V, 18. 01. 2017, n. 202, secondo cui «Nel processo amministrativo, il giudicato si forma in relazione ai motivi di impugnazione e non anche alle affermazioni ulteriori contenute nella sentenza non strettamente necessarie a dirimere la lite nei limiti delle domande proposte; di conseguenza ogni argomentazione eccedente la necessità logico-giuridica della decisione è qualificabile come "obiter dictum" insuscettibile di divenire giudicato in senso sostanziale». In generale sui limiti oggettivi del giudicato amministrativo v. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XIII ed., Torino, 2019, 311 ss.

[48] Cfr. L. FERRARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza nel riformato quadro*

delle garanzie procedurali, in Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli, Padova, 2007, II, 83 ss.; M. CLARICH, Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 2005, 279 ss.

[49] Corifeo della battaglia contro la concezione autoritaria e centralista dei rapporti tra amministrazione e amministrati fu F. BENVENUTI, Per un diritto amministrativo paritario, in Studi in onore di Enrico Guicciardi, Padova, 1975, ora in Scritti giuridici, Milano, 2006, 812, secondo cui «l'evoluzione della costituzione materiale [...], pur nel contrasto di norme legislative ordinarie che spesso si rifanno a concezioni autoritarie e centralistiche, indubbiamente spinge, come dato dalla coscienza sociale, verso un riconoscimento al cittadino di una posizione di paritarietà nei confronti dell'Amministrazione». Concezione da ultimo accolta anche da Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, in www.giustamm.it, con nota di Cerreto, ove si legge, al par. 30.2, che i principi di collaborazione e buona fede introdotti nell'art. 1 della l. <https://www.giustamm.it> rappresentano un indice del progressivo orientamento del nostro ordinamento verso un'idea di "diritto amministrativo paritario", per usare una celebre formula dottrina di quasi mezzo secolo fa, coerente con i principi di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione fissati dall'art. 97 Cost. Un'idea del diritto amministrativo che postula un modello di pubblica amministrazione permeato dai principi di correttezza e buona amministrazione, consapevole dell'impatto che l'azione amministrativa produce sempre sulla sfera dei cittadini e delle imprese ed orientato al confronto leale e rispettoso della libertà di determinazione negoziale dei privati».

[50] Così Cons. St., ad. plen., 15.01.2013, n. 3, su cui si veda M. TRIMARCHI, Sui vincoli alla riedizione del potere amministrativo dopo la pronuncia dell'adunanza plenaria <https://www.giustamm.it>, in Dir. proc. amm., 2015, 393 ss.

[51] G. TROPEA, Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi, in Dir. Proc. Amm., IV, 2017, 1258 ss.

[52] A. DI CAGNO, Giudicato e riedizione del potere: esaurimento della discrezionalità nel rapporto con la pronuncia del giudice amministrativo, in Giur. it., 3, 2020, 731 ss., spec. 733.

[53] V. supra nota 1.

[54] Non diversamente, Cons. St., sez. VI, 03. 07. 2014, Foro Amministrativo, II, 2014, 7-8, p. 2025.

[55] Trattasi ovviamente di un'unificazione che non è raggiungibile a Costituzione invariata come avverte anche F. G. SCOCA, L'interesse, cit., 485; così anche A. ORSI BATTAGLINI, In limine, in Dir. pubbl., 1995, VII, a cui si deve la paternità della nota formula "un soggetto, un diritto, un giudice"; nello stesso senso v. L. FERRARA, La giustizia amministrativa paritaria e l'attualità del pensiero di Feliciano Benvenuti, in Dir. proc. amm., 2016, 1008 ss.

[56] Vale la pena notare che la lezione delle Sezioni Unite sul rapporto tra domanda giudiziale, oggetto del giudizio e limiti oggettivi del giudicato è stata estesa dalla giurisprudenza della Cassazione anche al caso dell'impugnativa delle delibere assembleari. Sul punto cfr. Cass., sez. I, 4 maggio 2016, n. 8795, in Riv. dir. proc., 2017, p. 837 ss., con nota di S. A. Villata, la quale ha riconosciuto un'efficacia di accertamento della sentenza demolitoria della delibera assembleare oltre la mera efficacia invalidante. Di talché oltre all'eliminazione della delibera invalida il provvedimento giudiziale impone un certo modo di essere dei rapporti tra socio e società. L'analogia con il processo amministrativo impugnatorio è evidente come sottolineato da I. PAGNI, Processo amministrativo «sull'atto» e processo civile a confronto: considerazioni di un processualcivilista, cit., 1522-23 ss., secondo cui "La centralità dell'atto, il suo formarsi attraverso un procedimento, il fatto che le situazioni soggettive in gioco rinvengano la loro disciplina nell'atto di esercizio del potere, e non soltanto nella norma che prevede il potere in capo al soggetto e ne disciplina i modi e le forme di esercizio, avvicinano dunque moltissimo il processo di impugnativa della delibera al processo di annullamento dell'atto amministrativo, accomunati dal paradigma del giudizio demolitorio e, al tempo stesso, dall'esigenza, avvertita in entrambi i settori, di individuare un'efficacia della pronuncia che vada al di là della portata meramente invalidante: in entrambi i casi, siccome l'atto è esercizio di una potestà che dopo il processo – diversamente dal potere datoriale di licenziamento – dovrà pressoché sempre essere riesercitata (sicché il processo inevitabilmente si inserisce nel flusso dell'attività e si pone come un momento intermedio tra l'esercizio passato e l'esercizio futuro della potestà), l'esigenza che la tutela giurisdizionale sia effettiva fa sì che la sentenza non possa limitarsi ad eliminare l'atto, ma debba porsi – come si è visto a proposito dell'efficacia conformativa della pronuncia del giudice amministrativo – come attività di identificazione del corretto modo di esercizio del potere".

Bibliografia:

BENVENUTI F., voce Giudicato (diritto amministrativo), in Enc. Dir., Milano, 1969;

BENVENUTI F., Giustizia amministrativa, in Enc. dir., vol. XIX, Milano, 1970, p. 589 ss. CORPACI A., Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato, in Dir. pubbl., 2013, pp. 341 ss.;

CACCIAVILLANI I., Il giudicato, in F. G. Scoca (a cura di), Giustizia amministrativa, VI ed., Torino, 2014, pp. 587 ss.;

CLARICH M., Giudicato e potere amministrativo, Padova, 1989;

FRANCARIO L., La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo, in Dir. Proc. Amm., 2016, 4, pp. 1025 ss.

GIANNINI M. S., Discorso sulla giustizia amministrativa, in Riv. dir. proc., 1963, pp. 522 ss.;

GIANNINI M. S. e PIRAS S., Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della Pubblica amministrazione, in Enc. dir., XIX, Milano, 1970, pp. 229 ss.;

NIGRO A., Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza, in Il giudizio di ottemperanza, Milano, 1983, pp. 63 ss.;

NIGRO A., Processo amministrativo, in Enc. giur., XXIV, Roma 1991 (ora in Scritti giuridici, III, 1996, pp. 2079 ss.);

NIGRO A., Giustizia amministrativa, VI ed. (a cura di E. Cardi e A. Nigro), Bologna, 2002, pp. 33;

SASSANI B., Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la traslatio le S.U. riscrivono l'art. 111 della Costituzione, in Dir. proc. amm., 2012, pp. 1589 ss.;

TRAVI A., Lezioni di giustizia amministrativa, Torino, 2019;

VERDE G., La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito), in Dir. proc. amm., 2013, pp. 367 ss.;

VILLATTA R., Sui «motivi inerenti alla giurisdizione», in Riv. dir. proc., 2015, pp. 643 ss.;

VIPIANA P., Contributo allo studio del giudicato amministrativo, Milano, 1990.

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:
<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=6827>