

Centro Studi

Diritto **A**vanzato

Edizioni

Comitato scientifico:

Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (Magistrato) - Costanzo Mario **CEA** (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo **CENDON** (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco **CESARI** (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina **CHIARAVALLOTTI** (Presidente di Tribunale) - Bona **CIACCIA** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo **CIRCELLI** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio **CORASANITI** (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco **FIMMANO'** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio **FORGILLO** (Presidente di Tribunale) - Andrea **GIORDANO** (Avvocato dello Stato) - Mariacarla **GIORGETTI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi **IANNI** (Magistrato) - Francesco **LUPIA** (Magistrato) - Giuseppe **MARSEGLIA** (Magistrato) - Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca **PROIETTI** (Magistrato) - Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO'** (Presidente del Tribunale Superiore delle Acque pubbliche) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (già Consigliere di Cassazione ed assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, già componente laico C.S.M.).

Eccesso di potere giudiziario

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

Cassazione civile, sezioni unite, ordinanza del 16.05.2019, n. 13243

...omissis...

1. La S.p.a. Impresa ssssss proponeva ricorso innanzi al Tar Campania avverso la nota con cui l'Autorità Portuale di Salerno aveva aggiudicato in via definitiva sssssssa progettazione esecutiva, il coordinamento per la sicurezza e l'esecuzione dei lavori di prolungamento del molo di sopraflutto e di salpamento del tratto terminale del molo di sottoflutto del porto commerciale di Salerno.

2. Con sentenza n. sss in data 9 settembre 2015, il T.a.r. adito, confermando il dispositivo di sentenza n. 1490 del 2015, accoglieva il ricorso incidentale proposto dall'Acmar e dichiarava inammissibile il ricorso principale.

3. Con la decisione indicata in epigrafe il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello proposto dall'Impresa ss.: previa conferma della fondatezza del ricorso incidentale proposto in prime cure dall'sss, con particolare riferimento alle censure volte a far dichiarare l'illegittimità degli atti di gara nella parte riguardante l'ammissione alla procedura selettiva dell'Impresa Psss e alla valutazione della sua offerta, è stato ribadito che il ricorso proposto da quest'ultima era inammissibile. E' stato richiamato, in relazione a tale statuizione, il principio secondo cui la carenza, in capo all'impresa appellante, della legittimazione a partecipare alla gara non le consentiva di dedurre censure volte a stigmatizzare la gestione della procedura selettiva e gli esiti della stessa.

4. Per la cassazione di tale decisione l'impresa soccombente ha proposto ricorso, affidato ad unico motivo.

5. Resistono con controricorso, la sss e l'Autorità Portuale di Salerno.

6. Il ricorso per cassazione è stato avviato alla trattazione in camera di consiglio, ai sensi dell'art. 380 bis.1 c.p.c..

La ricorrente e sss hanno depositato memorie illustrative.

Motivi della decisione

1. La società ricorrente, denunciando, in relazione all'art. 111 Cost., comma 8, e art. 362 c.p.c., la violazione dell'art. 1, paragrafi 1, comma 3 e 3 della Direttiva n. 89/665/CEE, come modificata dalla Direttiva 2007/66/CE, nonché del principio di effettività della tutela giurisdizionale, sostiene che nella specie ricorra un'ipotesi di diniego di giustizia, tale da configurare un superamento dei limiti esterni della giurisdizione. In particolare, l'affermazione dell'inammissibilità del ricorso principale, in virtù dell'accoglimento del ricorso incidentale avente ad oggetto la questione dell'ammissione della controparte alla gare, confliggerebbe con il principio affermato di recente dalla CGUE con la sentenza del 5 aprile 2016 (causa Puli-gienica c. Airgest), con la quale, in contrasto con quanto statuito dal Consiglio di Stato (Ad. Plen., n. 9 del 2014), è stato precisato che il principio già affermato con la nota decisione relativa alla causa Fastweb c. Telecom (C-100/12), secondo cui il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici, si applica a prescindere dal numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione di appalto, dal numero di partecipanti che hanno presentato ricorso e dalla divergenza dei motivi dai medesimi dedotti.

Si sarebbe quindi verificata una delle ipotesi in cui, come precisato anche nella memoria, i limiti esterni della giurisdizione debbano ritenersi violati, anche in base ai più recenti arresti di questa Corte, a causa di un abnorme e aprioristico diniego di giurisdizione, frutto di un radicale travolgimento delle norme di riferimento.

2. Debbono esaminarsi preliminarmente le questioni dedotte dalle parti controricorrenti in ordine all'ammissibilità del ricorso, da escludersi sia perchè redatto in violazione al principio di autosufficienza, sia perchè sulla questione della giurisdizione, non dedotta in appello nei termini proposti in questa sede, si sarebbe formato il giudicato interno. Ad avviso del Collegio tali eccezioni non appaiono meritevoli di positivo apprezzamento. Non può dubitarsi della specificità del motivo dedotto dalla ricorrente, esposto in maniera assolutamente congrua rispetto alla finalità di consentire la piena comprensione delle ragioni in base alle quali è stata chiesta la cassazione della decisione impugnata, senza che, in relazione al tema proposto, debba ravvisarsi la necessità della riproduzione del contenuto di specifici atti processuali.

Quanto all'altro aspetto, non appare condivisibile la tesi della formazione del giudicato implicito in merito a un'ipotesi in cui, al di là della conferma della soluzione giuridica adottata in prime cure, il superamento dei limiti esterni della giurisdizione viene attribuito proprio alla decisione del Consiglio di Stato, avendo per altro l'appellante specificamente dedotto che, anche nell'ipotesi della ritenuta fondatezza dei motivi del ricorso incidentale, "gli stessi non possono giammai sterilizzare contrapposti motivi di ricorso principale aventi valenza uguale o persino rafforzata".

3. Il tema inerente al superamento dei limiti esterni della giurisdizione, in riferimento alle decisioni dei giudici speciali, è stato generalmente affrontato e risolto da questa Corte nel senso della sua sussistenza nelle ipotesi di invasione, nella decisione impugnata ai sensi dell'art. 362 c.p.c., della sfera di giurisdizione riservata al giudice ordinario o ad altro giudice speciale, ovvero dell'ambito riservato al legislatore o all'autorità amministrativa. Sono stati altresì ricondotti nel superamento dei limiti esterni della giurisdizione le ipotesi di estensione anche al merito del giudizio sull'atto amministrativo nei casi in cui il ricorso è consentito per soli vizi di legittimità, nonché nei casi in cui il giudice speciale abbia infondatamente negato di essere titolare del potere giurisdizionale, attribuito al giudice ordinario o ad altro giudice speciale, ovvero affermando un difetto assoluto di giurisdizione.

3.1. Per converso, la deduzione di violazione di norme sostanziali o processuali è stata costantemente ricondotta nei limiti interni della giurisdizione, (Cass., Sez. U., 12 giugno 1999, n. 325; Cass., Sez. U., 19 febbraio 2004, n. 3349), anche nell'ipotesi di denunciata contrarietà ai principi del giusto processo consacrati nel novellato art. 111 Cost. (Cass., Sez. U., 18 maggio 2017, n. 12497; Cass., Sez. U., 20 luglio 2012, n. 12607), alle norme del diritto dell'Unione Europea (Cass. Sez. U., 17 novembre 2015, n. 23460), neppure sotto il profilo della violazione dell'obbligo di rimessione alla Corte di giustizia delle questioni interpretative relative ai trattati e agli atti dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E. (Cass., Sez. U., 02/12/2005, n. 26228; 31/10/2008, n. 26299; 01/03/2012, n. 3236; 05/07/2013, n. 16886).

3.2. A fronte di tale rigida e consolidata demarcazione fra i limiti esterni ed interni della giurisdizione, si è delineato un orientamento fondato sull'interpretazione "dinamica" o "funzionale" del concetto di giurisdizione rilevante ai fini dell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, che, muovendo dalla nota decisione di queste Sezioni unite n. 30254 del 2008 (in ordine alla c.d. pregiudiziale amministrativa in tema di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi), è pervenuto all'affermazione del principio secondo cui, pur collocandosi gli errores in iudicando o in procedendo nei limiti interni della giurisdizione, il sindacato della Corte di Cassazione sulle decisioni del giudice amministrativo può derogarsi nei casi eccezionali o estremi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, tale da ridondare in manifesta denegata giustizia (Cass., Sez. U., 12 dicembre 2013, n. 27847; Cass., Sez. U. 4 febbraio 2014, n. 2403; Cass.,

Sez., U 6, febbraio 2015, n. 2242; Cass., Sez. U 31/05/2016, n. 11380; Cass., Sez. U 17 febbraio 2107, n. 964; Cass., Sez. U, 19 settembre 2017, n. 21620).

3.3. Si è pertanto prevenuti alla considerazione che "le ipotesi di sco-stamento dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di accesso alla tutela giurisdizionale, negli ambiti di diretta operatività del diritto dell'Unione Europea, vanno considerate quali ipotesi di radicale stravolgimento delle norme di rito ridondante in manifesto diniego di giustizia, in considerazione anzitutto della particolare posizione istituzionale della Corte di giustizia e del principio di prevalenza del diritto dell'Unione Europea su quello nazionale" (Cass., Sez. U., 27 dicembre 2017, n. 31226, che ha affermato il seguente principio di diritto: "Non costituiscono diniego di giurisdizione, da parte del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti), gli errori in procedendo o in iudicando, ancorchè riguardanti il diritto dell'Unione Europea, salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tale da ridondare in denegata giustizia, e in particolare 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").

4. La recente decisione della Corte costituzionale del 18 gennaio 2018, n. 6, impone di rivedere la questione, al fine di verificare se possa darsi continuità al principio sopra richiamato.

Il Giudice delle leggi ritiene che il richiamato orientamento relativo all'ampliamento della definizione del vizio di giurisdizione non sia conforme al dettato costituzionale, ed ha affermato, al riguardo, che "l'eccesso di potere giudiziario, denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore, o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonchè a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici".

Afferma la Corte costituzionale che la concezione c.d. dinamica o evolutiva della giurisdizione, nella misura in cui riconduce ipotesi di erro-res in iudicando o in procedendo ai motivi inerenti alla giurisdizione e comporta "una più o meno completa assimilazione dei due tipi di ricorso" previsti rispettivamente dall'art. 111 Cost., comma 7 ed 8, "non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale" e, in una prospettiva di sistema, mette in discussione la scelta di fondo dei costituenti dell'assetto pluralistico delle giurisdizioni.

Il rifiuto di giurisdizione sindacabile - secondo la pronuncia in esame - è solo quello "in astratto" e giammai "in concreto", pena l'invasione nella nomofilachia del giudice di vertice della giurisdizione speciale, cui solo è rimessa la cognizione degli errores in iudicando o in procedendo.

A norma dell'art. 111 Cost., comma 8, quale supremo organo regolatore della giurisdizione, la Cassazione può soltanto vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto di tale decisione.

Con la pronuncia n. 6 del 2018, la Corte costituzionale ha, quindi, affermato che l'eccesso di potere giudiziario, denunziabile con il ricorso in Cassazione per motivi

inerenti alla giurisdizione, "va riferito... alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (c.d. invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (c, d. arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici". Viene quindi precisato che "il concetto di controllo della giurisdizione, così delineato nei termini puntuali che ad esso sono propri - ha aggiunto la Corte costituzionale -, non ammette soluzioni intermedie come quella... secondo cui la lettura estensiva dovrebbe essere limitata ai casi in cui si sia in presenza di sentenze "abnormi" o "anomale" ovvero di uno "stravolgimento", a volte definito radicale, delle "norme di riferimento". Si aggiunge che "attribuire rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio è, su piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive".

Il Giudice delle leggi ha quindi affermato che, " alla stregua del co-si precisato ambito di controllo sui "limiti esterni" alla giurisdizione, non è consentita la censura di sentenze con le quali il giudice amministrativo o contabile adotti un'interpretazione di una norma processuale o sostanziale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda".

5. Non può dubitarsi della pregnanza e della vincolante rilevanza della richiamata la sentenza della Corte costituzionale, che, identificando gli ambiti dei poteri attribuiti alle differenti giurisdizioni dalla Costituzione, nonché i presupposti ed i limiti del ricorso ex art. 111 Cost., comma 8, ha pronunciato in merito a una questione che involge l'interpretazione di norme costituzionali e l'identificazione dei confini tra poteri da queste stabiliti, esercitando la funzione propria di interprete ultimo delle norme costituzionali.

In considerazione di quanto sopra evidenziato, deve ritenersi che il vizio denunciato in relazione alla decisione del Consiglio di Stato non possa essere ricondotto in una violazione dei limiti esterni della giurisdizione, con conseguente inammissibilità del ricorso.

6. Avuto riguardo all'orientamento giurisprudenziale formatosi anteriormente alla proposizione del ricorso, ed alla successiva sopravvenienza della richiamata decisione della Corte costituzionale, ricorrono giustificati motivi per la compensazione frate parti delle spese inerenti al presente giudizio di legittimità.

pqm

Dichiara inammissibile il ricorso. Compensa le spese del giudizio di legittimità.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2012, n. 115, art. 13, comma 1 quater, dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, il 8 maggio 2018.

Depositato in Cancelleria il 16 maggio 2019