

In ordine al sindacato sulla giurisdizione, da riservare alla Cassazione, anche sulle sentenze del Consiglio di Stato: l'orientamento minoritario e la giurisprudenza "granitica" della Corte di Cassazione in materia.

Sommario

1. L'orientamento minoritario

1.1. Sulla violazione dei limiti esterni della giurisdizione per sconfinamento, *sub specie* di invasione della funzione legislativa e per radicale stravolgimento delle regole del diritto sostanziale, tale da implicare una violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale e un diniego di accesso alla tutela stessa (*pag. 1 e ss.*)

1.2. Sulla violazione dei limiti esterni alla giurisdizione, *sub specie* di difetto relativo di giurisdizione/arretramento e stravolgimento delle regole euro-unitarie e sull'inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE della questione di interpretazione della normativa e degli indirizzi europei in materia di fonti energetiche rinnovabili (*pag. 4 e ss.*)

1.3. Sull'inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE della questione di interpretazione della normativa e degli indirizzi europei in materia di fonti energetiche rinnovabili (*pag. 9 e ss.*)

2. La "granitica" giurisprudenza della Corte di Cassazione.

1. L'orientamento minoritario.

1.1. Sulla violazione dei limiti esterni della giurisdizione per sconfinamento, *sub specie* di invasione della funzione legislativa e per radicale stravolgimento delle regole del diritto sostanziale, tale da implicare una violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale e un diniego di accesso alla tutela stessa

Secondo il tradizionale insegnamento delle Sezioni Unite, il sindacato della Corte di Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione concerne le ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione per "invasione" o "sconfinamento" nella sfera riservata ad altro potere dello Stato, ovvero per "arretramento" rispetto ad una materia che può formare oggetto di cognizione giurisdizionale, nonché le ipotesi di difetto relativo di giurisdizione, le quali ricorrono quando il Consiglio di Stato affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altro giudice o la neghi sull'erroneo presupposto di quell'attribuzione.

Dunque, nell'accezione comune, l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al legislatore è configurabile allorché il giudice speciale abbia

applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete.

Sotto altro concorrente profilo, il diniego di giustizia è riconducibile ad una nuova, più, recente categoria di “*eccesso di potere giurisdizionale*”, identificata con il vizio di “*diniego di giustizia nel caso di radicale stravolgimento delle regole di rito e di merito*” (per l’uso della locuzione dell’*eccesso di potere giurisdizionale* con riferimento al diniego di giustizia v. Cass. S.U. 17.1.2017 n. 964; Id. 15.3.2016 n. 5070; Id. 6.2.2015 n. 2242; Id. 30.10.2013 n. 24468; Id. 14.9.2012 n. 15428; da ultimo, in materia, Sezioni Unite 18.09.2020, n. 19598).

Secondo questo insegnamento, sono sindacabili non solo le norme sulla giurisdizione che individuano “*i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale*”, ma anche quelle che stabiliscono “*le forme di tutela*”, attraverso cui la giurisdizione si estrinseca, nei casi nei quali la violazione delle stesse comporta un diniego di giustizia, di modo che, in relazione alla giurisdizione, è sindacabile anche la violazione di legge (sostanziale e/o processuale), qualora sia conseguenza di un'interpretazione “*abnorme o anomala*” (Cass. S.U. 20.05.2016 n. 10501), ovvero di uno “*stravolgimento*” (Cass. S.U. 17.01.2017 n. 956) delle “*norme di riferimento*” di rito o di merito (Cass. S.U. 2017/964 cit.; Id. 11.05.2017 n. 11520), anche nel caso di violazione di norme sovranazionali (Cass. S.U. 17.01.2017, n. 953; Id. 2017/956 cit.).

Il sindacato sulla giurisdizione, da riservare alla Cassazione anche sulle sentenze del Consiglio di Stato, ha così ad oggetto non solo la verifica della spettanza della *potestas iudicandi* nella materia o nella singola controversia, in quanto in tesi appartenente ad altro giudice (o a nessun giudice), ma anche il controllo delle modalità di esercizio della *potestas iudicandi*, seppure limitatamente al riscontro di **elementi sintomatici dello sconfinamento nella sfera della discrezionalità amministrativa e legislativa** o - come si

dirà - del radicale stravolgimento delle regole di diritto sostanziale o processuale, tale da implicare un evidente diniego di giustizia.

Dell'**evoluzione della nozione di giurisdizione** vi è traccia anche nelle decisioni delle Sezioni Unite della Cassazione: da ambito attributivo della *potestas iudicandi*, intesa come *quantum* della giurisdizione ripartita tra i diversi giudici, a “*somministrazione della tutela giurisdizionale*”, con consequenziale sindacabilità - per motivi di giurisdizione - della eventuale preconcepita negazione (o rifiuto) della tutela riconosciuta dall'ordinamento, in violazione degli artt. 24 e 111 Cost.

Le ragioni di questa evoluzione sono indicate dalle Sezioni Unite in una significativa decisione del 2008, che ha evidenziato molteplici fattori a fondamento della mutazione del giudizio sulla giurisdizione (**Cass. S.U. n. 30254/2008**).

La verifica dell'eccesso di potere giurisdizionale si risolve nella verifica del modo di esercizio del potere spettante al giudice, essendo l'eccesso nient'altro che una forma particolarmente grave di violazione di legge. In siffatte ipotesi, l'oggetto del giudizio di cassazione non è la verifica della violazione di legge in sé, ma **la ricerca degli eventuali sintomi dell'eccesso di potere ovvero del superamento dei limiti esterni della giurisdizione**.

Oltre ai su citati precedenti, la questione è stata correttamente impostata da una sentenza delle Sezioni Unite in tema di sindacato del Giudice Amministrativo sui provvedimenti dell'Antitrust:

“Quel che viene denunciata è sì un'errata interpretazione di legge (l'art. 33, comma 1, della citata L. n. 287), ma ciò che le ricorrenti sostengono è che tale errore ha condotto ad un indebito rifiuto di erogare la dovuta tutela giurisdizionale: non per un vizio del giudizio concernente il singolo e specifico caso, ma in via generale, a cagione di una male intesa autolimitazione dei poteri del giudice in questa materia. Ed è allora

chiaro che - fondata o meno che sia tale doglianza nel merito - essa attiene proprio alla corretta individuazione dei limiti esterni della giurisdizione che, come detto, non sono soltanto quelli che separano i diversi plessi giurisdizionali, ma anche quelli che stabiliscono fin dove ciascun giudice è tenuto ad esercitare il potere-dovere di ius dicere” (Cass. S.U. n. 1013/2014).

Così, il sindacato della Cassazione sui motivi di giurisdizione non deve arrestarsi alla verifica dell’esistenza di un *error in procedendo* o *in iudicando*, ma deve spingersi ad accertare la gravità dell’errore e le sue conseguenze, dovendosi pur sempre verificare se la sentenza impugnata possa ancora ravvisarsi come atto di esercizio di un potere giurisdizionale e se, in conseguenza dell’errore, siano riconoscibili i segni di uno **sconfinamento nell’area delle attribuzioni di altri poteri.**

Insomma, come è stato ancora recentemente ribadito, *“il controllo dei limiti esterni della giurisdizione - che l’art. 111 Cost., comma 8, affida alla vigilanza della Corte di cassazione - non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare meri errori “in iudicando” o “in procedendo”, “salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell’Unione) tali da ridondare in denegata giustizia.”* (Cass. S.U. 18.09.2020 n. 19598).

1.2. Sulla violazione dei limiti esterni alla giurisdizione, *sub specie* di difetto relativo di giurisdizione/arretramento e stravolgimento delle regole euro-unitarie e sull’inosservanza dell’obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE della questione di interpretazione della normativa e degli indirizzi europei in materia di fonti energetiche rinnovabili.

Sul tema specifico, bisogna premettere che è illuminante il recentissimo pronunciamento della Suprema Corte innanzi citato (Cass. Sez. Un. n. 19598/2020), per la completezza e precisione delle argomentazioni e dei molteplici richiami normativi e giurisprudenziali, che di seguito andremo a riassumere.

1.2.1. Quanto alle contestate violazioni del diritto europeo, esse sono rimediabili mediante impugnazione degli atti amministrativi in sede giurisdizionale, ordinaria e amministrativa. Tuttavia, la possibilità di porvi rimedio è disomogenea: nell'ambito della giurisdizione ordinaria (per gli atti che incidano su diritti soggettivi, al di fuori delle materie di giurisdizione esclusiva indicate nell'art. 133 c.p.a.) è assicurato il controllo nomofilattico per violazione di legge da parte della Corte di cassazione; mentre, nell'ambito della giurisdizione amministrativa, le sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) sono impugnabili in Cassazione “*per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*” (art. 111, ult. comma, Cost.).

Questa disomogeneità non è giustificabile alla luce del principio della “*autonomia procedurale*” degli Stati, che, nella costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, è sottoposto alla duplice condizione che gli strumenti di attuazione del diritto euro-unitario ed i rimedi apprestati per la loro violazione, da un lato, non siano meno favorevoli rispetto a quelli relativi ad analoghe situazioni disciplinate dal diritto interno (**principio di equivalenza**) e, dall'altro, non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti derivanti dal diritto dell'Unione (**principio di effettività**).

Nell'ordinamento europeo, diversamente che in quello interno, il principio di effettività, per il raggiungimento del cd. effetto utile del diritto dell'unione, ha valore cogente e non programmatico o di mero orientamento interpretativo (*ex pluribus*: Corte di giustizia, 14 dicembre 1991, Parere n. 1/91, p. 21; 3 aprile 1968, C-28-67, *Westfalen/Lippe GmbH*; 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa*), avendo, peraltro, anche un solido fondamento normativo negli art.li 19 del Trattato sull'Unione Europea (1), nell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (2) e nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (3).

Di talché, **secondo il recentissimo arresto della Suprema Corte (Sez. Un. n. 19598/2020)**, un'interpretazione restrittiva del citato art. 111, ult. comma, Cost., che impedisca alla Cassazione di rimediare a violazioni gravi del diritto europeo da parte della pubblica amministrazione e, in seconda battuta, del Giudice Amministrativo, può tradursi in una violazione, non solo del menzionato principio di effettività della tutela, ma anche del principio di equivalenza.

1.2.2. Arduo è il tentativo di giustificare le violazioni del diritto europeo da parte degli ordinamenti nazionali, invocando i principi dell'autonomia procedurale degli Stati o della certezza del diritto, avendo la Corte di giustizia affermato che, in particolari circostanze, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare finanche le norme costituzionali, quando ciò si renda necessario per la piena attuazione del diritto comunitario (secondo la Corte giust. UE, *“è inammissibile che norme di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, possano menomare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione”* (Corte giust. UE, 8 settembre 2010, C-409/06).

In ogni caso, secondo la Corte di giustizia, le norme nazionali di procedura non possono ridurre gli obblighi incombenti sul giudice nazionale, in quanto giudice di rinvio, ai sensi dell'articolo 267 TFUE. Infatti, *“il giudice nazionale [...] ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme [del diritto dell'Unione], disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione della legislazione nazionale, in particolare di procedura, senza doverne attendere la previa soppressione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”* (Corte giust. UE, 18 luglio 2013, C-136/12; 5 ottobre 2010, *Elchinov*, C-173/09, punto 26 e giurisprudenza ivi citata; 11 settembre 2014, A, C-112/13, punto 39 e giurisprudenza ivi citata; 5 luglio 2016, C-614/14, *Ognyanov*, p. 17).

Tant'è, concludono, sul punto, le su citate **Sezioni Unite n. 19598/2020**: *“Il riferimento al principio di "autonomia procedurale" degli Stati membri, in base al quale è rimessa ai singoli Stati l'individuazione degli strumenti processuali per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall'Unione, **lungi da fugare, in realtà, alimenta il dubbio di compatibilità con il diritto dell'Unione, che deve essere sciolto dalla Corte di giustizia.**”*

1.2.3. In realtà, il ricorso per cassazione è un rimedio consentito e necessario in caso di violazioni del diritto euro-unitario oggettivamente riscontrabili, a prescindere dal fatto che vi sia stata una pronuncia della Corte di Giustizia o, addirittura, che tale pronuncia sia intervenuta anche successivamente alla sentenza amministrativa impugnata o che la questione interpretativa sia stata discussa nel giudizio.

Sul punto, già in passato, l'orientamento consolidato delle Sezioni Unite era nel senso che, in sede di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo dei limiti esterni della giurisdizione - che l'art. 111 Cost., comma 8, affida alla vigilanza della Corte di cassazione - include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo nei *“casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tali da ridondare in denegata giustizia ... (in tal senso Sez. Un., n. 31226 del 2017 citata; in senso conforme, Sez. Un.; 18 dicembre 2017, n. 30301; 17 gennaio 2017, n. 953; 8 luglio 2016, n. 14042; 29 febbraio 2016, n. 3915; n. 2242 del 2015 citata)”* (**Cass. S.U. cit. n. 19598/2020**).

1.2.4. Invero, già in precedenza, con ordinanza delle **Sezioni Unite n. 6891/2016**, è stato affermato a chiare lettere che è sindacabile dalla Corte di cassazione, per omissione di esercizio del potere giurisdizionale, la sentenza del Consiglio di Stato che sia destinata ad esplicare i propri effetti in maniera contrastante con una norma sovranazionale, cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione.

Così, *“il giudice dell'impugnazione si trova nella condizione di evitare che il provvedimento giudiziario impugnato, una volta divenuto definitivo espliciti i suoi effetti in maniera contrastante con una norma sovranazionale cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione.*

Ad avviso del Collegio la situazione in questione rientra in uno di quei "casi estremi" in cui il giudice adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per errores in indicando o in procedendo che danno luogo al superamento del limite esterno (v. S.u. 4.02.14 n. 2403 e la giurisprudenza ivi citata).” (4).

1.2.5. In tal senso, d'altronde, come rileva il recentissimo pronunciamento della **Suprema Corte (S.U. n. 19598/2020)**, si è espressa anche l'**Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 9.6.2016, n. 11** (5), che si esprime adesivamente rispetto al su richiamato 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.

Quindi, anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato concorda col su richiamato orientamento di Codesta Suprema Corte, per cui il giudice nazionale, **persino in sede di ottemperanza**, deve adoperarsi per evitare la formazione di un giudicato anticomunitario, pena il superamento del limite esterno della giurisdizione e la ricorribilità in Cassazione della decisione abnorme: quindi, finanche nel giudizio di ottemperanza, l'interpretazione da parte del giudice amministrativo di una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione Europea, e pure se risultante da una pronuncia della Corte di Giustizia intervenuta successivamente alla pronuncia di cui si chiede l'ottemperanza, dà luogo alla violazione di un “limite esterno” della giurisdizione.

1.2.6. Per concludere, alla luce dei principi espressi dalle Sezioni Unite (così magistralmente dalla recente ordinanza n. 19589/2020 cit.) e dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (cit. n. 11/2016), l'interpretazione da parte del giudice amministrativo di una norma di diritto interno, **in termini che sovvertono il diritto dell'Unione europea, rectius in "radicale stravolgimento delle regole di rito e di merito" stabilite dal legislatore europeo**, dà luogo alla violazione di un limite esterno della giurisdizione, stante l'esigenza di prevenire la formazione di un giudicato contrastante con il diritto sovranazionale.

Nella specie, insomma, andrà cassata la sentenza impugnata per violazione di molteplici libertà e principi riconosciuti dall'Unione europea e, conseguentemente, dichiarata la nullità della Convenzione stipulata con il Comune di Faeto per contrasto con le richiamate fonti unionali, previo eventuale rinvio pregiudiziale alla CGUE.

1.3. Sull'inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE della questione di interpretazione della normativa e degli indirizzi europei in materia di fonti energetiche rinnovabili.

A proposito del **rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia**, qualora si ponga una questione di interpretazione ed applicazione della norma europea, la decisione di negare in radice la configurabilità dell'eccesso di potere giurisdizionale in tali casi, si traduce, da un lato, nella conferma di quel che potrebbe essere un indebito "rifiuto" di esercizio della giurisdizione da parte del Consiglio di Stato, per avere negato il doveroso rinvio pregiudiziale (dato il carattere obbligatorio di tale rinvio, pur se non richiesto; v. *infra*); dall'altro, in una possibile violazione della normativa europea, per non avere posto rimedio (mediante una corretta interpretazione della norma procedurale di cui all'art. 111, ult. comma, Cost.) a una violazione conclamata del diritto euro-unitario.

Né può escludersi la possibilità che al rinvio alla Corte di Giustizia provveda direttamente la Cassazione, quando la corretta interpretazione della norma europea costituisca parametro del giudizio inerente ai motivi di giurisdizione.

Ancora una volta, seppur sotto un ulteriore rilevante profilo giuridico, si prefigura in tesi una **violazione del principio del giusto processo** (art. 111 Cost.; art. 2 cod. proc. amm.), del **principio di equivalenza e del principio di effettività della tutela giurisdizionale** (*ex* art. 19 Trattato dell'Unione Europea, art. 267 Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), non essendo stata consentita la possibilità di ottenere una concreta tutela giudiziale conforme ai tali preminenti principi dell'ordinamento giuridico nazionale e comunitario.

1.3.1. Così, da ultimo, anche su questo specifico aspetto si sono pronunciate le **Sezioni Unite (n. 2020/19598)**, più volte citate innanzi, che hanno criticato l'orientamento, secondo il quale va esclusa la censurabilità mediante ricorso per cassazione (per motivi inerenti alla giurisdizione) dell'**omissione immotivata del rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato in materie disciplinate dal diritto dell'Unione**: in questo caso, ritiene Codesta Suprema Corte, che il giudice nazionale non possa omettere, senza motivare adeguatamente, il rinvio alla Corte di Giustizia e decidere la causa interpretando direttamente le norme non chiare del diritto dell'Unione.

1.3.2. Sul tema, **anche in precedenza, la Suprema Corte si è pronunciata in merito alle ipotesi di violazione dei c.d. limiti esterni della giurisdizione del Consiglio di Stato**, ovvero 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; in tal senso:

i) **Cass. S.U. 6.2.2015 n. 2242** e **Cass. S.U. 29.12.2017 n. 31226**, che fa riferimento all'ipotesi in cui il Consiglio di Stato abbia fatto applicazione di una 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;

ii) **Cass. S.U. 18.12.2017 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 Europea; così pure, **Cass. S.U. 17.1.2017 n. 953** e **Cass. S.U. 8.4.2016 n. 6891**.

3.3. Infine, ma non da ultimo, **sussiste un potere di rilevare d'ufficio la questione pregiudiziale**, costantemente affermato dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria: ove ritenuta rilevante, pertanto, la questione ben può essere rimessa direttamente dal giudice, il quale, di conseguenza, è sempre libero di riformulare nei termini che ritiene corretti l'istanza proposta dalla parte.

Circostanza, anche questa, evidenziata chiaramente nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, che rimarca la non configurabilità in termini di "domanda" dell'iniziativa della parte all'interno del processo:

*"La richiesta di rinvio alla Corte di giustizia CE su una questione pregiudiziale di interpretazione del diritto comunitario, in applicazione dell'art. 234 del Trattato CE, **non è configurabile come autonoma domanda**, rispetto alla quale, nel caso di omessa specifica pronuncia, possa farsi questione del rispetto del principio di cui all'art. 112 cod. proc. civ., ponendo tale richiesta una questione di diritto preliminare alla decisione sulla domanda di merito proposta dalla parte. Ne consegue che la richiesta può essere prospettata per la prima volta nel grado di appello e nel ricorso per cassazione, e, **solo nel giudizio di cassazione, stante la natura di giudice di ultimo grado, la facoltà di rinvio si***

trasforma - ricorrendone le condizioni di rilevanza e decisività - in un obbligo” (Cass. 10.3.2010, n. 5842).

1.3.4. Idem, la Corte di Giustizia (dec. n. C 236/12 del 18.7.2013) (6) ha ribadito la spettanza in capo al giudice di ultima istanza dell'autonomo potere di apprezzare la rilevanza della questione, a prescindere dalla conformazione del processo nazionale: è solo al giudice interno che compete la decisione sul rinvio e sulla formulazione delle questioni da sottoporre alla Corte, con riferimento alla forma e al contenuto delle stesse, senza che le parti in causa siano abilitate a modificarne il tenore.

E, da ultimo, in questo senso sono anche le **“Raccomandazioni” della stessa Corte di Giustizia (2016/C 439/01)**, poste all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale (7).

2. La “granitica” giurisprudenza della Corte di Cassazione.

In ordine all'argomento in esame, non può non segnalarsi la recente decisione di Cass. civ., Sez. Unite, 27 maggio 2022, n. 17337, che ha così statuito:

“In materia di ricorso per cassazione avverso le sentenze del giudice speciale, integra il vizio di rifiuto dell'esercizio della giurisdizione l'affermazione - contro la regola iuris che attribuisce a quel giudice il potere di dire ius sulla domanda - che la situazione soggettiva fatta valere in giudizio è, in astratto, priva di tutela, allorché essa sia corredata dal rilievo della estraneità di tale situazione non solo alla propria giurisdizione ma anche a quella di ogni altro giudice; mentre, ove tale affermazione sia accompagnata dal riconoscimento dell'esistenza dell'altrui giurisdizione, ricorre un'ipotesi di diniego della propria giurisdizione, l'uno e l'altro vizio, peraltro, risultando i soli sindacabili dalla Corte di cassazione ex art. 111 Cost., u.c., diversamente dall'erronea negazione, in concreto, della tutela alla situazione soggettiva azionata (Cass. Sez. U. n. 13976/2017). Affinché si abbia rifiuto o diniego di giurisdizione, occorre pertanto che una domanda sia stata proposta e che il giudice adito, nel declinare la giurisdizione, ritenga che la situazione soggettiva fatta valere in giudizio sia in astratto priva di tutela ovvero riconosca che, sulla stessa, la competenza giurisdizionale spetti ad un giudice appartenente ad un diverso plesso. In

materia di controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione delle sentenze dei giudici speciali, che l'art. 111, comma 8, Cost., affida alla Corte di cassazione, il diniego di giustizia è così sindacabile solo in astratto, cioè in relazione all'estraneità del deciso rispetto alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice, e mai in concreto (Cass. Sez. U. n. 30112/2021).

La censura in modo evidente attiene all'erronea negazione in concreto della tutela domandata in quanto si denuncia l'avvenuta effettuazione dello scrutinio di legittimità del regolamento non sulla base delle prescrizioni normative, e dunque violando le regole di giudizio, con il conseguenziale mancato riconoscimento della tutela in concreto invocata.

Con il secondo motivo, ai sensi degli artt. 362 cod. proc. civ., 110 c.p.a. e 111 Cost., osserva la parte ricorrente, anche alla luce dell'ordinanza n. 19598 del 2020 di queste Sezioni Unite, che l'interpretazione da parte del giudice amministrativo di una norma di diritto interno in termini 5 contrastanti con il diritto dell'Unione europea dà luogo alla violazione di un limite esterno della giurisdizione, stante l'esigenza di prevenire la formazione di un giudicato contrastante con il diritto sovranazionale e che nella specie si era verificata la violazione di molteplici principi e disposizioni unionali.

Precisa al riguardo che con l'introduzione di un esorbitante canone di concessione per l'interramento, nelle sedi stradali provinciali, dei cavi di connessione degli esistenti impianti FER alla rete elettrica nazionale, risultano violati i principi, previsti da numerose direttive, afferenti al processo di liberalizzazione del mercato interno dell'energia elettrica e di incentivazione dello sviluppo degli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili, principii peraltro conformi all'obiettivo del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea di creazione di un quadro giuridico stabile e favorevole alla protezione degli investimenti nel settore energetico, vietando l'applicazione di misure ingiustificate e discriminatorie quale quella di specie, caratterizzata dalla previsione di un canone solo per esigenze di bilancio e di reperimento delle risorse necessarie per l'espletamento dei servizi resi dalla Provincia.

Con il terzo motivo osserva la ricorrente che costituisce indebito rifiuto di esercizio della giurisdizione non avere osservato l'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE con riferimento ai seguenti quesiti: se la normativa sovranazionale consentisse all'autorità nazionale di subordinare la concessione di suolo pubblico, per

l'installazione dei cavidotti funzionali all'esercizio degli impianti FER, a uno sproporzionato onere economico in capo al richiedente; se l'imposizione disposta dalla Provincia non introduca un nuovo ostacolo e un – arbitrario e discriminatorio – onere economico rispetto alla realizzazione degli impianti di produzione di energie rinnovabili in violazione della disciplina euro-unitaria.

I motivi secondo e terzo, da trattare congiuntamente in quanto connessi, sono inammissibili. Mediante le censure in esame viene veicolata una fattispecie di violazione dei limiti esterni della giurisdizione che si sarebbe perfezionata grazie alla trasgressione del diritto dell'Unione europea e alla omissione del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Dopo la pronuncia n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, in cui si è fra l'altro affermato che l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in sede di controllo di giurisdizione, non può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione europea giacché in tal caso si ricondurrebbe al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità estraneo all'istituto, si è andato consolidando nella giurisprudenza di queste Sezioni Unite il principio che la negazione in concreto di tutela alla situazione soggettiva azionata, determinata dall'erronea interpretazione delle norme sostanziali nazionali o dei principi del diritto euro-unitario da parte del giudice amministrativo, non concreta eccesso di potere giurisdizionale per omissione o rifiuto di giurisdizione così da giustificare il ricorso previsto dall'art. 111, comma 8, Cost. atteso che l'interpretazione delle norme di diritto costituisce il proprium della funzione giurisdizionale e non può integrare di per sé sola la violazione dei limiti esterni della giurisdizione, che invece si verifica nella diversa ipotesi di affermazione, da parte del giudice speciale, che quella situazione soggettiva è, in astratto, priva di tutela per difetto assoluto o relativo di giurisdizione (fra le tante Cass. Sez. U. nn. 32773/2018, 8311/2019, 7926/2019, 29082/2019, 27770/2020, 29653/2020, 36899/2021).

In tale quadro ermeneutico si è precisato che il contrasto delle decisioni giurisdizionali del Consiglio di Stato con il diritto unionale non integra, di per sé, la fattispecie dell'eccesso di potere giurisdizionale, atteso che anche la violazione delle norme dell'Unione Europea o della CEDU dà luogo ad un motivo di illegittimità, sia pure particolarmente qualificata, che sfugge al controllo di giurisdizione della Corte di

cassazione, né può essere attribuita rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio (Cass. Sez. U. nn. 29085/2019 e 6460/2020). Con l'ulteriore precisazione che la non sindacabilità, da parte della Corte di cassazione ex art. 111 Cost., comma 8, delle violazioni del diritto dell'Unione Europea ascrivibili alle sentenze pronunciate dagli organi di vertice delle magistrature speciali (nella specie, il Consiglio di Stato) è compatibile con il diritto dell'Unione, come interpretato della giurisprudenza costituzionale ed euro-unitario, in quanto correttamente ispirato ad esigenze di limitazione delle impugnazioni, oltre che conforme ai principi del giusto processo ed idoneo a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, tenuto conto che è rimessa ai singoli Stati l'individuazione degli strumenti processuali per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall'Unione (Cass. Sez. U. nn. 8588/2022, 21641/2021, 31311/2021, 7839/2020, 32622/2018).

Come rilevato dalla recente Cass. Sez. U. n. 1454/2022 (e successivamente da Cass. Sez. U. n. 2879/2022 e n. 5121/2022), la conformità dell'esposto orientamento giurisprudenziale ai principi di equivalenza ed effettività dal punto di vista del diritto dell'Unione europea è stata riconosciuta dalla recente Corte. giust. 21 dicembre 2021 causa C-497/20, la quale, intervenuta a seguito del rinvio pregiudiziale disposto da queste Sezioni Unite con l'ordinanza n. 19598 del 2020, ha dichiarato che «l'articolo 4, paragrafo 3, e l'articolo 19, paragrafo 1, TUE, nonché l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione del diritto interno di uno Stato membro che, secondo la giurisprudenza nazionale, produce l'effetto che i singoli, quali gli offerenti che hanno partecipato a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, non possono contestare la conformità al diritto dell'Unione di una sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa di tale Stato membro nell'ambito di un ricorso dinanzi all'organo giurisdizionale supremo di detto Stato membro».

Come compendiato di recente da Cass. Sez. U. nn. 31311/2021 e 1452/2022, l'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile con il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, va riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione - che si verifica quando un giudice speciale affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non possa formare oggetto in assoluto di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento) -, nonché di difetto relativo di giurisdizione, riscontrabile quando detto giudice abbia violato i c.d. limiti esterni della propria giurisdizione, pronunciandosi su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, ovvero negandola sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici, senza che tale ambito possa estendersi, di per sé, ai casi di sentenze "abnormi", "anomale" ovvero di uno "stravolgimento" radicale delle norme di riferimento; sicché, tale vizio non è configurabile per errores in procedendo o in iudicando, i quali non investono la sussistenza e i limiti esterni del potere giurisdizionale dei giudici speciali, bensì solo la legittimità dell'esercizio del potere medesimo.

Precisa al riguardo sempre Cass. Sez. U. n. 1454/2022 che il controllo di giurisdizione non può estendersi al sindacato di sentenze di cui pur si contesti di essere abnormi o anomale ovvero di essere incorse in uno stravolgimento delle norme sostanziali o processuali di riferimento «pur quando si tratti di norme direttamente applicative del diritto dell'Unione europea».

La sottrazione della violazione del diritto unionale all'area dell'eccesso di potere giurisdizionale non esclude ovviamente che il rifiuto di giurisdizione, quale negazione della cognizione giurisdizionale in termini assoluti, sia configurabile anche con riferimento ad una situazione soggettiva protetta direttamente da norme dell'Unione europea. Escludere che la violazione del diritto euro-unitario possa di per sé essere dedotta come error in iudicando o in procedendo mediante un ricorso per cassazione, non vale anche ad escludere che il motivo di giurisdizione, sub specie di rifiuto di esercizio del potere giurisdizionale, possa configurarsi con riferimento ad una norma dell'Unione. L'arretramento della giurisdizione, mediante la negazione che la materia possa formare oggetto in assoluto di cognizione giurisdizionale, costituisce fenomeno trasversale che

tocca tutti i settori dell'ordinamento giuridico, potendo riguardare quindi sia una materia di diritto interno che una materia di diritto sovranazionale. Deve tuttavia trattarsi, come si è detto, della negazione della cognizione giurisdizionale in termini assoluti, e dunque del rifiuto "in astratto", frutto della negazione del potere in contrasto con la regola iuris che lo attribuisce, e non "in concreto", quale esito della violazione di meri errores in iudicando o in procedendo, secondo il consolidato orientamento di queste Sezioni Unite (fra le tante, da ultimo, Cass. Sez. U. nn. 37552/2021, 32674/2021, 32673/2021, 18259/2021, 8848/2020)

Il motivo di ricorso in esame, benché nel corso dell'articolazione richiami il diniego in giurisdizione, è in realtà costruito sulla denuncia della mera violazione del diritto euro-unitario la quale di per sé resta nell'ambito dell'error in iudicando o in procedendo e non configura quindi un fenomeno di arretramento della giurisdizione.

Nei limiti della censura di error in procedendo resta anche la denuncia di omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. La giurisprudenza di queste Sezioni Unite, coerentemente alle conclusioni raggiunte sul tema della trasgressione del diritto eurounitario, è nel senso che non è affetta dal vizio di eccesso di potere giurisdizionale, ed è pertanto insindacabile sotto il profilo della violazione del limite esterno della giurisdizione, la decisione, adottata dal Consiglio di Stato, di non disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (Cass. Sez. U. nn. 7839/2020, 24107/2020). La decisione se attivare o meno il rinvio pregiudiziale, ha precisato Cass. Sez. U. n. 24107/2020, va risolta dal giudice nazionale sotto la propria responsabilità, perché solo a costui spetta «il compito di valutare se la corretta applicazione del diritto dell'Unione si imponga con un'evidenza tale da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio e, di conseguenza, di decidere se astenersi dal sottoporre alla Corte una questione di interpretazione del diritto dell'Unione che è stata sollevata dinanzi ad esso». La mancata proposizione del rinvio pregiudiziale, ove ne ricorrano i presupposti di obbligatorietà, comporterebbe indubbiamente violazione di diritto nei termini dell'error in procedendo, ma un simile sindacato esula, come è evidente, dal controllo di giurisdizione che spetta alla Corte di Cassazione. Per le stesse ragioni integra un mero error in iudicando l'inosservanza da parte del Consiglio di Stato delle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia in sede pregiudiziale (Cass. Sez. U. n. 26920/2021).

Ove infine si ritenga che con il terzo motivo si intenda sollecitare queste Sezioni Unite a disporre il rinvio pregiudiziale, un tale sollecitazione sarebbe da disattendere giacché, come rilevato da Cass. Sez. U. 1454/2022, la pronuncia su tali questioni da parte della Corte di giustizia dell'Unione Europea sarebbe funzionale a disvelare eventuali errori in cui il Consiglio di Stato possa essere incorso nell'interpretazione e applicazione di disposizioni sostanziali o processuali di diritto interno applicative del diritto dell'Unione, ma tali errori, per quanto sopra osservato, non sarebbero comunque scrutinabili da queste Sezioni Unite, non attenendo a motivi di giurisdizione e non 9 potendo quindi condurre in nessun caso alla cassazione dell'impugnata sentenza ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost. [...]”.

Note

(1) “1. 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.”.

(2) “La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:

a) sull'interpretazione dei trattati;

b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte.”.

(3) “Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.”.

(4) Più ampiamente **Codeste On.le Sezioni Unite (n. 6891/2016)** hanno statuito:

“14. Quanto al confine oltre il quale non può spingersi il sindacato delle Sezioni unite sull'esercizio della giurisdizione da parte del Consiglio di Stato, è andata affermandosi una nozione di "limite esterno" collegato all'evoluzione del concetto di giurisdizione, da intendere in senso dinamico, nel senso dell'effettività della tutela giurisdizionale. Il diritto a tale tutela, secondo tale visione, non è costituito dalla possibilità non solo di accedere in senso formale alla giurisdizione mediante il diritto all'azione, ma anche dalla possibilità di ottenere una concreta tutela giudiziale, esercitata secondo i canoni del giusto processo.

In quest'ambito, **il giudizio sulla giurisdizione rimesso alle Sezioni unite** non è più riconducibile ad una verifica di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, nè è rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, **ma costituisce uno strumento per affermare il diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi**. Dunque, "è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche **quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca**" (S.u. 23.12.08 n. 30254).

A tale principio le Sezioni unite hanno fatto ricorso in un caso in cui il Consiglio di Stato aveva interpretato la norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione europea, secondo quanto risultante da una pronunzia della Corte di Giustizia successivamente intervenuta, ove si riteneva la cassazione della sentenza impugnata "indispensabile per impedire ... che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo, espliciti i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, ... con grave nocimento per l'ordinamento europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi degli Stati membri deve conformarsi alla normativa comunitaria". **Le Sezioni unite, in altri termini, ritenevano che la Corte di cassazione, investita di un motivo di difetto di giurisdizione, "applica, nel momento in cui decide, la regola che risulta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e, se riscontra che la regola applicata dal Consiglio di Stato è diversa, cassa la decisione impugnata"** (v. S.u. 4.02.15 n. 2403).

La tutela giurisdizionale che gli odierni ricorrenti assumono negata trova fondamento non nel diritto dell'unione, ma nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La situazione giuridica creatasi, tuttavia, è analoga, in quanto anche in questo caso **il giudice dell'impugnazione si trova nella condizione di evitare che il provvedimento giudiziario impugnato, una volta divenuto definitivo espliciti i suoi effetti in maniera contrastante con una norma sovranazionale cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione**.

Ad avviso del Collegio la situazione in questione rientra in uno di quei "casi estremi" in cui il giudice adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per errores in indicando o in procedendo che danno luogo al superamento del limite esterno (v. S.u. 4.02.14 n. 2403 e la giurisprudenza ivi citata)."

(5) Sul punto, precipuamente, i Giudici Amministrativi in seduta plenaria hanno statuito:

"L'esigenza di prevenire la formazione di un giudicato contrastante con il diritto sovranazionale anche alla luce dei principi espressi dalle Sezioni Unite sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa.

56. Avvalorata tale conclusione l'ulteriore considerazione che in tal modo si evita anche che alla sentenza del giudice amministrativo venga data una portata contrastante con il diritto euro-unitario.

A prescindere, infatti, dalla questione se il giudicato sia intangibile anche quando risulta contrario al diritto Euro-unitario (questione, come si è visto, non direttamente rilevante nella fattispecie), deve, comunque, evidenziarsi come sia già, invece, presente nel nostro ordinamento il principio che impone al giudice nazionale di adoperarsi per evitare la formazione (o la progressiva formazione) di un giudicato anticomunitario o, più in

generale, contrastante con norme di rango sovranazionale cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione.

*57. Come, infatti, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno anche recentemente ribadito, l'interpretazione da parte del giudice amministrativo di una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione Europea, secondo quanto risultante da una pronunzia della Corte di Giustizia successivamente intervenuta, dà luogo alla violazione di un "limite esterno" della giurisdizione, rientrando in uno di quei "casi estremi" in cui il giudice adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per erroes in iudicando o in procedendo che danno luogo al superamento del limite esterno (in questi termini, cfr. Cass. Sez. Un. ordinanza 8 aprile 2016, n. 6891, che richiama in motivazione gli analoghi principi precedentemente espressi da Cass. Sez. Un. 6 febbraio 2015, n. 2403). **In questi "casi estremi" - continuano le Sezioni Unite - si impone la cassazione della sentenza amministrativa "indispensabile per impedire che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo ed efficace, espliciti i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, con grave nocumento per l'ordinamento Europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi dello Stato deve conformarsi alla normativa comunitaria".***

58. I principi appena richiamati rilevano nel presente giudizio nella misura in cui consacrano l'esigenza che tutti gli organi dello Stato, a cominciare da quelli giurisdizionali, si adoperino, nei limiti delle rispettive competenze, al fine di evitare il consolidamento di una violazione del diritto comunitario.

*Tale **preminente esigenza** di conformità al diritto comunitario certamente rileva anche in sede di ottemperanza, essendo dovere del giudice dell'ottemperanza interpretare la sentenza portata ad esecuzione e delinearne la portata dispositiva e conformativa evitando di desumere da esse regole contrastanti con il diritto comunitario.*

*La dinamicità e la relativa flessibilità che spesso caratterizza il giudicato amministrativo nel costante dialogo che esso instaura con il successivo esercizio del potere amministrativo permettono al giudice dell'ottemperanza - nell'ambito di quell'attività in cui si sostanzia l'istituto del giudicato a formazione progressiva - non solo di completare il giudicato con nuove statuizioni "integrative", ma anche di **specificarne la portata e gli effetti al fine di impedire il consolidamento di effetti irreversibili contrari al diritto sovranazionale.***

*Il giudizio di ottemperanza può rappresentate in quest'ottica una opportunità ulteriore offerta dal sistema processuale anche per evitare che dal giudicato possano trarsi conseguenze anticomunitarie che darebbero vita a quei "casi estremi" in cui, richiamando gli insegnamenti delle Sezioni Unite, **la sentenza diventa "abnorme" e supera i limiti esterni del potere giurisdizionale.**"*

*(6) In proposito, "L'articolo 267, terzo comma, Tfu deve essere interpretato nel senso che spetta unicamente al giudice del rinvio determinare e formulare le questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione del diritto dell'Unione che esso ritiene rilevanti ai fini della soluzione del procedimento principale. Non devono essere applicate le norme nazionali che abbiano l'effetto di ledere tale competenza" (conformemente a Corte giust., 14 aprile 2011, C-42/10, C-45/10 e C-57/10, *Vlaamse Dierenartsenvereniging e Janssens*, e 21 dicembre 2011, C-316/10, *Danske Svineproducenter*).*

(7) “La competenza della Corte a statuire in via pregiudiziale sull’interpretazione o sulla validità del diritto dell’Unione è esercitata su iniziativa esclusiva dei giudici nazionali, **a prescindere dal fatto che le parti del procedimento principale abbiano chiesto o meno di adire la Corte.** Poiché il giudice nazionale investito di una controversia è chiamato ad assumersi la responsabilità dell’emananda decisione giurisdizionale, spetta a tale giudice - e a lui solo - valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di proporre una domanda di pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emanare la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte”.

Maggio 2022