

Alcune considerazioni sull'ordinanza pregiudiziale 19598/21 delle Sezioni unite, in attesa delle conclusioni dell'Avvocato generale in Cgue

Sergio Galleano

Avvocato giuslavorista del foro di Milano

Sommario: 1. Il caso. 2. Il contrasto tra il Consiglio di Stato e la Corte di giustizia. 3. Il ruolo delle Sezioni unite nel contrasto tra il Consiglio di Stato e la Corte di giustizia. 4. L'intervento a piedi uniti della Corte costituzionale. 5. Il passo indietro delle Sezioni unite. 6. L'ordinanza di rinvio 19589 del 18 settembre 2020. 7. Conclusioni.

Postfazione: le (appena ora giunte) conclusioni dell'Avvocato generale.

1. Il caso.

La questione è ben nota e su di essa si è scritto in abbondanza: qui ci si limiterà a brevi cenni essenziali, rinviando per approfondimenti ai lavori già pubblicati¹.

Il Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta, investito di un ricorso di un concorrente avverso la sua esclusione e la ritenuta illegittimità della procedura di aggiudicazione di un appalto, si è visto eccepire dall'assegnatario controinteressato, in via riconvenzionale, che la esclusione del ricorrente dalla gara operata precedentemente rendeva carente di interesse la sua domanda di annullamento dell'appalto per vizi della procedura successivamente svolta. Il Tar, rigettata la richiesta di annullamento dell'esclusione, ha comunque respinto il ricorso anche nel merito, disattendendo in tal modo l'eccezione riconvenzionale del difetto di legittimazione del concorrente escluso avanzata dall'impresa che aveva vinto l'appalto.

Così facendo, il giudice di primo grado si è messo in palese contrasto con la giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo la quale il concorrente escluso da una gara di appalto è “*portatore di un*

¹Tra i tanti: S. Barbareschi e L.A. Caruso, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di cassazione “fuori contesto”: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU., 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Federalismi*, 4 novembre 2020; R. Bin, *È scoppiata la “terza guerra tra le Corti”? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, ivi (paper), 18 novembre 2020; G. Costantino - A. Carratta - G. Ruffini, *Limiti esterni alla giurisdizione: il contrasto tra Sezioni unite e Corte costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, *Giustizia insieme*, 19 ottobre 2020; M. Francaviglia, in *Diritti comparati*, 33.10.2020; F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di Piazza Cavour, Piazza del Quirinale e Piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia insieme*, 11 novembre 2020; M. Mazzamuto, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5/2020, pp. 675 ss.; B. Nascimbene e P. Piva, *Il rinvio della Corte di cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto europeo?*, in *Giustizia insieme*, 24 novembre 2020; M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, ivi, 30 novembre 2020; E. Scoditti e G. Montedoro, *Il giudice amministrativo come risorsa*, *Questionegiustizia.it*; P.L. Tomaiuoli, *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, ma incostituzionale, giurisdizione unica (nota a Cass. civ., Sezioni unite, ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Consulta on line*, n. 3/2020, pp. 689 ss.; G. Tropea, *Il Golem europeo e “i motivi inerenti alla giurisdizione”*, in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020; A. Travi, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foro news*, 12 ottobre 2020; M. Santise, *L'eccesso di potere giurisdizionale delle Sezioni unite*, in *Questione giustizia*, 14.01.21.

interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico del settore che non ha partecipato alla gara". Conseguentemente, in sede di appello² la sentenza, previa conferma dell'avvenuta esclusione dell'appellante dalla gara, veniva per il resto riformata affermando che il Tribunale amministrativo aveva errato nell'esaminare i motivi di impugnazione relativi all'illegittimità dello svolgimento della gara e avrebbe dovuto accogliere l'eccezione di carenza di interesse del ricorrente escluso.

In pratica, il Consiglio di Stato ha impedito al concorrente escluso dalla gara della quale veniva affermata (in via non ancora definitiva) la legittimità, di vedere comunque esaminati anche gli ulteriori motivi di ricorso finalizzati (attraverso censure sulla legittima composizione della Commissione e sui criteri di valutazione delle offerte) all'annullamento dell'intera gara. Ciò avrebbe potuto avere come effetto quello che, in caso di fondatezza delle censure, l'Amministrazione appaltante potesse essere indotta a disporre una nuova gara alla quale avrebbe così potuto partecipare.

Si consideri infatti che l'esclusione del ricorrente era imputabile al riconoscimento di un punteggio per l'offerta tecnica inferiore al minimo richiesto per l'ammissione alle fasi successive e non dalla assenza di requisiti o altri presupposti per la partecipazione alla gara.

Senza contare che, sempre nel caso di fondatezza delle censure, si sarebbe evitato l'affidamento di lavori illegittimamente appaltati.

La causa è quindi approdata alle Sezioni unite ad opera del concorrente che aveva originariamente impugnato l'esclusione e l'illegittimità dell'assegnazione.

2. Il contrasto tra il Consiglio di Stato e la Corte di giustizia

La materia degli appalti, come è noto, è disciplinata dal diritto dell'Unione (Direttiva 89/665).

Per quanto qui interessa, la questione verte sul tema del ricorso incidentale escludente, nel senso che, secondo il Consiglio di Stato, la tutela che il giudice amministrativo italiano può concedere, ovvero il bene protetto (e, dunque, la legittimazione ad agire e la conseguente ammissibilità del ricorso), riguarda, nel caso di appalti e ad avviso del Consiglio di Stato, solo un profilo di natura patrimoniale, necessariamente derivante dalla possibilità di aggiudicazione della gara espletata (cd. tutelabilità dell'interesse finale e non di quello strumentale).

Di conseguenza, se il soggetto ricorrente è stato escluso dalla gara e la sua esclusione viene giudizialmente confermata, non vi è ragione di proseguire nell'esame degli ulteriori vizi della procedura che il ricorrente ha denunciato in sede giudiziale.

Tale impostazione concettuale è radicalmente contestata dalla Corte di giustizia sulla scorta di una giurisprudenza che, dopo una prima incerta valutazione³, con le successive sentenze ha valorizzato, tenuto anche conto della seconda "direttiva ricorsi"⁴ (che ha inserito la nozione di "offerente

² Sentenza 5606 del 7 agosto 2019.

³ Sentenza Hackermuller del 19 giugno 2013, in causa C-249/01: sul punto si veda B. Nascimbene e P. Piva, "Il rinvio della Corte di cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?", cit., in particolare, cap. 2.

⁴ Sempre la Direttiva 89/665 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. La Direttiva invita i paesi dell'Unione europea (UE) a garantire che le decisioni relative all'aggiudicazione di appalti

interessato”⁵) la necessità di tutelare, oltre che l’interesse dell’escluso, anche quello della correttezza dello svolgimento della procedura. In particolare, costituiscono in tal senso arresti definitivi le decisioni Fastweb del 2013⁶, Puligienica del 2016⁷ e Lombardi del 2019⁸.

Segnatamente, quest’ultima sentenza, dopo avere precisato⁹ “che il ricorso incidentale dell’aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente escluso qualora la regolarità dell’offerta di ciascuno degli operatori venga contestata nell’ambito del medesimo procedimento, dato che, in una situazione del genere, ciascuno dei concorrenti può far valere un legittimo interesse equivalente all’esclusione dell’offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell’impossibilità, per l’amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un’offerta regolare”, osserva come¹⁰ “[p]er quanto riguarda infine il principio di autonomia processuale degli Stati membri, è sufficiente ricordare come tale principio non possa, comunque, giustificare disposizioni di diritto interno che rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione (v., in tal senso, sentenza dell’11 aprile 2019, PORR ÉpitésiKft., C-691/17, EU:C:2019:327, punto 39 nonché la giurisprudenza ivi citata). Orbene, per le ragioni illustrate ai punti precedenti della presente sentenza¹¹, risulta dall’articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665, come interpretato dalla Corte, che un offerente che abbia proposto un ricorso come quello di cui al procedimento principale non può, sulla base di norme o di prassi procedurali nazionali, quali quelle descritte dal giudice del rinvio, essere privato del suo diritto all’esame nel merito di tale ricorso”.

Va peraltro tenuto presente che la sentenza Lombardiera stata resa proprio su rimessione da parte dell’Adunanza Plenaria (ordinanza n. 6 dell’11 maggio 2018) nella quale si affermava essere “maggiormente armonico con il sistema processuale nazionale e con il principio di autonomia processuale incentrato sull’iniziativa delle parti (ed “«in parte qua» comune a quello di numerosi Stati-Membri), che venisse precisato che l’interesse del ricorrente principale attinto da un ricorso incidentale escludente, in quanto limitato alla reiterazione della procedura di gara (con esclusione di profili concernenti la «regolarità delle procedure di gara»), dovrebbe essere valutato nella sua concretezza, e non con riferimento a ragioni astratte, dal Giudice adito” e che “in quest’ottica, sarebbe opportuno che venisse rimesso agli ordinamenti processuali degli Stati Membri, in ossequio all’autonomia processuale loro riconosciuta, il compito di individuare le modalità di

pubblici e concessioni, nonché le decisioni procedurali preliminari in tale ambito, siano riesaminate rapidamente ed efficacemente nel caso in cui abbiano violato il diritto comunitario sulle forniture pubbliche, con lo scopo che le procedure di ricorso siano accessibili per lo meno a chiunque abbia, o abbia avuto, interesse ad aggiudicarsi un determinato appalto e che sia stato, o rischi di essere, lesa a causa di una violazione denunciata.

5 Articolo 1, comma 3, Direttiva 89/665: “Gli Stati membri garantiscono che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione denunciata. In particolare, gli Stati membri possono esigere che la persona che desideri avvalersi di tale procedura abbia preventivamente informato l’autorità aggiudicatrice della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso”.

6 Sentenza Fastweb SpA Contro Azienda Sanitaria Locale di Alessandria, 4 luglio 2013, C-100/12, EU:C:2013:448.

7 Sentenza Puligienica Facility Esco SpA (PFE) contro Airgest SpA, 5 aprile 2016, C-689/13, EU:C:2016:199.

8 Sentenza Lombardi Srl contro Comune di Auletta e altri, 5 settembre 2019, C-333/18, EU:C:2019:675

9 Paragrafo 24 sentenza Lombardi.

10 Paragrafo 33 sentenza lombardi.

11 V. punti 21 e segg. sentenza Lombardi.

dimostrazione della concretezza del detto interesse, garantendo il diritto di difesa delle offerenti rimaste in gara e non evocate nel processo ed in armonia con i principi in materia di interesse concreto e attuale della parte al ricorso e in punto di onere della prova”.

In ogni caso, comunque, anche la precedente sentenza Puligienica del 2016 già aveva chiarito che: “[l]’interpretazione, ricordata ai punti 24 e 25 della presente sentenza, formulata dalla Corte nella sentenza *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) è applicabile in un contesto come quello del procedimento principale. Da un lato, infatti, ciascuna delle parti della controversia ha un analogo interesse legittimo all’esclusione dell’offerta degli altri concorrenti. D’altro lato, come rilevato dall’avvocato generale al paragrafo 37 delle sue conclusioni, non è escluso che una delle irregolarità che giustificano l’esclusione tanto dell’offerta dell’aggiudicatario quanto di quella dell’offerente che contesta il provvedimento di aggiudicazione dell’amministrazione aggiudicatrice vizi parimenti le altre offerte presentate nell’ambito della gara d’appalto, circostanza che potrebbe comportare la necessità per tale amministrazione di avviare una nuova procedura”¹².

Evidente dunque come il supremo Collegio amministrativo nazionale, anche nella sentenza portata all’esame delle Sezioni unite che hanno poi optato per il rinvio pregiudiziale a Lussemburgo, abbia persistito nell’ignorare le indicazioni della Corte di giustizia negando ancora, peraltro nelle more della decisione del procedimento pregiudiziale avviato dallo stesso Consiglio con l’ordinanza 6/2018, la tutelabilità dell’interesse strumentale e non finale e di restringere il diritto d’azione avverso l’attività illegittima della Pubblica amministrazione solo a chi possa trarne immediato e concreto vantaggio. E ciò anche successivamente alle pronunce – chiarissime – della Corte di giustizia che ripetutamente aveva dichiarato meritevole di tutela l’interesse anche solo strumentale, ravvisabile laddove la probabilità di conseguire il bene della vita cui si aspira è garantita dalla correttezza del procedimento amministrativo.

Per essere più chiari e per fare un concreto esempio, può farsi riferimento alle vicende della sentenza 31266 del 2017 delle Sezioni unite, di poco precedente alla pronuncia della Corte costituzionale di cui si dirà, con la quale le Sezioni unite hanno cassato una sentenza del Consiglio di Stato che si era pronunciata nei termini che si sono sinora descritti.

In quel caso, il giudice d’appello amministrativo, confermata l’infondatezza dei motivi di ricorso, con i quali era stata contestata l’esclusione da una gara per la concessione di progettazione, costruzione e gestione di piattaforma logistica portuale a Trieste, del raggruppamento ricorrente per vizi inerenti ai requisiti soggettivi, aveva dichiarato l’improcedibilità dei motivi aggiunti, riproposti in appello, con cui veniva contestata l’ammissione alla gara del raggruppamento avversario, motivi che dunque non ha esaminato nel merito.

Con l’effetto però, come è stato osservato¹³, che in quel caso “*Il ricorrente non ha tuttavia più riassunto il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato. Il rilevato “diniego di giustizia” ha così fatto salvo l’affidamento di una concessione di costruzione e gestione per ben 33 anni di un’opera strategica finanziata con fondi comunitari a un soggetto che non ha mai prodotto (né nel procedimento, né in giudizio) i prescritti certificati penali”.*

3. Il ruolo delle Sezioni unite nel contrasto tra il Consiglio di Stato e la Corte di giustizia

¹² Punto 28 sentenza Puligienica.

¹³ Cfr. A.M. Sandulli, Guida alla lettura dell’ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020, cit., in particolare cap. 6 e nota 21.

Come anticipato, nella vicenda che qui interessa, contro la sentenza del Consiglio di Stato il ricorrente escluso ha proposto ricorso per cassazione svolgendo motivi inerenti alla giurisdizione e denunciando la violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Il ricorso alle Sezioni unite ex art. 111, co. 8, Costituzione, è previsto, avverso le sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) “*per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*”¹⁴. Il termine “inerenti” aveva, nel tempo, consentito alla Corte di cassazione di ampliare la possibilità di intervento sulle sentenze impugnate avanti alle Sezioni unite.

La dottrina aveva già chiarito le fattispecie che potevano caratterizzare il difetto di giurisdizione censurabile ex art. 111: a) rifiuto di esercizio della potestà giurisdizionale sull’erroneo presupposto che la materia non possa essere oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale o che non riguardi la funzione giurisdizionale propria dell’organo investito della domanda; b) invasione dell’altrui giurisdizione, cioè di quella attribuita ad altro giudice (ordinario o speciale) e c) cosiddetto eccesso di potere giurisdizionale, inteso come sconfinamento dell’attività giurisdizionale ordinaria o speciale nel campo dei poteri spettanti ad organi amministrativi o legislativi o costituzionali.

Verso la fine degli anni ’70 si è cominciato ad anticipare in dottrina ciò che la Corte costituzionale sancì successivamente con la pronuncia 170 del 1984 (la nota sentenza Granital), nella quale per la prima volta la Consulta riconosce come *iussuperveniens* la norma comunitaria¹⁵ e che è compito del giudice ordinario disapplicare la norma interna al fine di dare piena applicazione all’allora regolamento comunitario che fissava il momento nel quale dovevano essere applicati i dazi doganali, creando un contrasto con la norma nazionale nel frattempo entrata in vigore¹⁶.

Il processo evolutivo dell’ingresso del diritto comunitario in quello nazionale è quindi iniziato ed è giunto a compimento in sede giurisdizionale, nel campo amministrativo, con la nota sentenza delle Sezioni unite 30254/2008¹⁷ sulle azioni risarcitorie nei confronti della pubblica amministrazione, negate dal Consiglio di Stato e riconosciute dalle Sezioni unite¹⁸ e, ancor prima, con le sentenze gemelle 13559, 13660 e 13911 del 2006 concernenti la tutela risarcitoria in materia di appalti¹⁹, nelle quali la prevalenza del diritto comunitario è stata determinante.

14 Sulla natura, le finalità e le vicende di questo istituto si rinvia, per approfondimenti, ai contributi citati in nota 1 che se ne occupano necessariamente ed ampiamente trattando dell’ordinanza di rinvio qui commentata. Qui ci si limita ad alcuni cenni necessari alla comprensione del presente commento.

15 Di seguito il concetto verrà esteso anche alle pronunce della Corte di giustizia: v., *ex multis*, Corte costituzionale ordinanza 194/2016.

16 La Corte costituzionale precisa che l’effetto di detto contrasto non è l’abrogazione della norma interna, ma la disapplicazione della stessa, operando il diritto interno e quello comunitario in ambiti diversi: la Corte infatti precisa che “*in ragione, dunque, della distinzione fra i due ordinamenti, la prevalenza del regolamento adottato dalla CEE va intesa come si è con la presente pronuncia ritenuto: nel senso, vale a dire, che la legge interna non interferisce nella sfera occupata da tale atto, la quale è interamente attratta sotto il diritto comunitario*”.

17 Sulla quale vedi: “*Corte di Cassazione, Sentenza n. 30254/2008, le Sezioni Unite in tema di pregiudiziale amministrativa (con introduzione della Prof.ssa M. A. Sandulli)*, Federalismi, 14.01.2009 ed ivi richiami.

18 E anche grazie a tali pronunce l’azione risarcitoria nei confronti della P.A. è poi stata regolata ed inserita nel 2010 dal legislatore nel Codice di procedura amministrativa con l’art. 30 cpc.

19V. quanto richiamato nella nota precedente che rinvia anche ai commenti a queste pronunce. Sulla puntuale ricostruzione di queste vicende, alcune anche personalmente seguite dall’autore, si veda *A.M. Sandulli, Guida alla lettura dell’ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, cit., cap. 3. V. anche B. Nascimbene e P. Piva, *Il rinvio della Corte di cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto europeo?*, cit., cap. 3.

Così come è stata determinante la evoluzione del concetto di giurisdizione che si è espanso al diniego di giustizia da parte del giudice amministrativo ed alla violazione del principio del giusto processo, aspetti sui quali le Sezioni unite hanno stabilito il loro potere di controllo delle sentenze del giudice amministrativo sotto il profilo del controllo del corretto esercizio della giurisdizione ex art. 111 Costituzione²⁰.

Come è stato esattamente osservato, dunque, “[p]er la Corte di cassazione 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”²¹.

Va comunque ricordato che l’intervento delle Sezioni unite è sempre stato molto prudente²², sicché l’annullamento delle sentenze del Consiglio di Stato si è limitato ai casi più eclatanti, tra questi ricordiamo la sentenza 2242 del 2015²³, nella quale si fa espresso riferimento, oltre che alla nota Francovich, alla sentenza della Corte di giustizia Brasserie duPêcheur e Factortame²⁴, che, si legge nella citata sentenza: “è quella che ha meglio individuato i presupposti sui quali si fonda la responsabilità patrimoniale dello Stato per violazione del diritto comunitario, fissando, inoltre, il principio dell’unità dello Stato (poi costantemente richiamato dalla giurisprudenza della Corte) e della conseguente indifferenza (o irrilevanza) dell’organo che abbia cagionato il danno, in base al concetto secondo cui è lo Stato membro l’unico soggetto al quale è imputabile la responsabilità dei danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto dell’Unione, a prescindere dall’organo nazionale che abbia commesso la violazione (cfr. anche Corte giust. 4.7.2000, C-424/97, Haim), realizzandosi così una scissione tra il piano materiale della condotta, riconducibile a ciascun potere dello Stato, ed il piano giuridico della responsabilità, che grava esclusivamente ed unitariamente sullo Stato” e la sentenza 31226 del 2017, che puntualizza in merito ai “limiti esterni” della giurisdizione del Giudice amministrativo in tema di appalti pubblici e per una ricostruzione della nozione di vizio di difetto giurisdizione così come evolutivamente interpretata dalla giurisprudenza²⁵.

Entrambe le sentenze richiamate riguardano fattispecie sostanzialmente identiche a quelle oggetto del rinvio pregiudiziale qui in commento.

4. L’intervento a piedi uniti della Corte costituzionale

Nell’ambito di tale evoluzione giurisprudenziale in tema di controllo di giurisdizione, le Sezioni unite, in data 8 aprile 2016 rendono l’ordinanza n. 6891 con la quale chiedono alla Corte costituzionale di valutare la legittimità costituzionale dell’art. 69, comma 7, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), “nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni

²⁰ Sull’evoluzione di questo processo v. anche F. Romeo, *L’impugnabilità delle sentenze del Consiglio di Stato*, in <file:///C:/Users/galle/Downloads/impugnabilita-delle-sentenze-del-consiglio-di-stato.pdf>.

²¹ Così M. Santise, *L’eccesso di potere giurisdizionale delle Sezioni unite*, in *Questione giustizia*, cit.

²² Sul punto si veda la ampia analisi critica di A.M. Sandulli, *Guida alla lettura dell’ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, cit., in particolare, capp. 4-6.

²³ Sulla quale v. A. Lamorgese, *L’eccesso di potere giurisdizionale e il diritto eurounitario*, *Questione giustizia*, 18.04.2017.

²⁴ Sentenza Brasserie duPêcheur SA contro BundesrepublikDeutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri, del 5 marzo 1996, EU:C:1996:79

²⁵ Sulla quale v. F. Deodato, *Corte costituzionale sentenza 24 gennaio 2018 n. 6 e Corte di cassazione, Sezioni unite civili, sentenza 29 dicembre 2017 - n. 31226*, in ildirittoamministrativo.it;

*attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30.06.98 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000*²⁶.

In particolare, l'ordinanza si inseriva in un procedimento nel quale alcuni medici che svolgevano attività professionale remunerata a gettone avevano proposto ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione avverso la sentenza del Consiglio di Stato del 30 luglio 2013, n. 4001, con cui era stata confermata la decisione del Tribunale amministrativo regionale per la Campania.

Il Tar aveva dichiarato inammissibile il ricorso volto all'accertamento della sussistenza di un rapporto di impiego di fatto alle dipendenze del Policlinico dell'Università degli studi di Napoli Federico II, e alla sua condanna, unitamente all'Istituto nazionale per la previdenza sociale (INPS), alla conseguente regolarizzazione contributiva. La declaratoria di inammissibilità era sulla intervenuta decadenza prevista dalla norma, della quale veniva prospettata l'incostituzionalità, trattandosi di domanda attinente a un periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998, attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma proposta dopo il 15 settembre 2000.

L'ordinanza delle Sezioni unite ricordava che, successivamente alla decisione del Consiglio di Stato impugnata, la Corte europea dei diritti dell'uomo, avanti alla quale in precedenza altri medici che versavano nella medesima condizione giuridica dei ricorrenti erano ricorsi, con le sentenze Mottola contro Italia e Staibano e altri contro Italia del 4 febbraio 2014²⁷, aveva accertato una duplice violazione degli obblighi convenzionali da parte dello Stato italiano.

In particolare, la Corte EDU aveva rilevato la violazione dell'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, relativamente al diritto di accesso a un tribunale, poiché la decadenza prevista dalla norma censurata avrebbe *“posto un ostacolo procedurale costituente sostanziale negazione del diritto invocato”*; nonché dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, poiché il diritto di credito pensionistico dei ricorrenti, in quanto riconosciuto dallo Stato membro alla collettività, costituiva ai sensi del citato parametro convenzionale un *“bene”* della persona e la decisione del Consiglio di Stato aveva svuotato la loro legittima aspettativa al suo conseguimento.

Sulla base di tali premesse i ricorrenti avevano così proposto ricorso per cassazione, sostenendo che, alla luce delle pronunce Mottola e Staibano, l'interpretazione dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001 adottata dal Consiglio di Stato si risolve in un diniego di tutela giurisdizionale in violazione dell'art. 6 della CEDU, sanzionabile davanti alle sezioni unite ai sensi dell'art. 362, primo comma, del Codice di procedura civile.

Si trattava, come è comprensibile, di una questione che, secondo l'orientamento delle Sezioni unite che si è sopra sinteticamente ricordato, avrebbe certamente portato alla cassazione della sentenza, trattandosi di un caso nel quale ricorreva un palese diniego di giurisdizione, essendo la norma che lo

²⁶ Una norma *“sconsiderata”*, la definisce, giustamente F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di Piazza Cavour, Piazza del Quirinale e Piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, cit. cap. 3.2

²⁷ V. Corte EDU, 4 febbraio 2014, *Staibano c. Italia*, in *Gazz. forense* 2014, fasc. 4, 194, con nota di Corleto, *Il regime transitorio di giurisdizione nelle controversie sul pubblico impiego al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, e, più in generale, A. Tedoldi, *Intangibilità dei giudicati civili e amministrativi contrari alla Cedu*, *Riv. Dir. Proc.*, 2019, 2, 445.

prevedeva stata vagliata dalla Corte EDU e ritenuta violativa della Carta europea dei diritti dell'uomo e dunque non applicabile dalla giurisdizione di uno Stato che aveva aderito alla Convenzione.

Poiché però nella fattispecie si trattava della disapplicazione di una norma dello Stato vigente, le Sezioni unite avevano, correttamente, ritenuto opportuno investire della questione il Giudice delle leggi.

Il quale ha reagito in modo particolarmente perentorio²⁸, approfittandone per censurare nettamente la giurisprudenza in tema di controllo della giurisdizione che le Sezioni unite erano faticosamente venute ad elaborare.

La sentenza resa, la n. 6 del 2018²⁹, è tranchant.

Secondo la Consulta, *“Il rimettente, in punto di motivazione sulla rilevanza, ricorda che è principio consolidato nella propria giurisprudenza che il sindacato esercitato dalla Corte di cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato, ai sensi dell’art. 362, primo comma, del codice di procedura civile e dell’art. 110 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), è consentito solo ove si richieda l’accertamento dell’eventuale sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione, per il riscontro di vizi che riguardano l’essenza della funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio, restando, invece, escluso ogni sindacato sui limiti interni, cui attengono gli errores in iudicando o in procedendo”*.

Tenendo a mente questo orientamento, prosegue la Corte, i motivi deducibili avanti alle Sezioni unite possono consistere solo in caso *“di violazione dell’ambito della giurisdizione in generale”*, ad esempio in caso di invasione della sfera di competenza del legislatore o della pubblica amministrazione o qualora *“al contrario negata sull’erroneo presupposto che la domanda non possa formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale (cosiddetto rifiuto di giurisdizione)”* ovvero ancora *“l’aver pronunciato su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure l’aver negato la propria giurisdizione nell’erroneo convincimento che appartenga ad altro giudice (cosiddetto diniego di giurisdizione)”*.

La Corte prende atto dell’avvenuto affermarsi di una interpretazione *“evolutiva”* e *“dinamica”* del concetto di giurisdizione affermatosi nella giurisprudenza delle Sezioni unite, *“che gli consentirebbe di sindacare non solo le norme che individuano «i presupposti dell’attribuzione del potere giurisdizionale», ma anche quelle che stabiliscono «le forme di tutela» attraverso cui la giurisdizione si estrinseca”*.

28Con toni diversi, concorda una buona parte della dottrina. Di diverso avviso M. Francaviglia, *Il crocevia della giurisdizione. Brevi spunti ricostruttivi a margine di Cass. SS.UU., ord. 18 settembre 2020, n. 19598/2020*, cit. e M. Santise, *L’eccesso di potere giurisdizionale delle Sezioni unite*, in *Questione giustizia*, cit. i quali aderiscono alla decisione del giudice delle leggi. Di accento diverso il commento di F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di Piazza Cavour, Piazza del Quirinale e Piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, che ripartisce tra le tre alte Corti (Costituzionale, Consiglio di Stato e Cassazione) la colpa della creazione del “pasticcio”.

29 Sulla quale v.: F. Deodato, *Corte costituzionale sentenza 24 gennaio 2018 n. 6 e Corte di cassazione - Sezioni unite civili, sentenza 29 dicembre 2017 - n. 31226*, cit.; A. Tedoldi, *Intangibilità dei giudicati civili e amministrativi contrari alla Cedu*, Riv. Dir. Proc., 2019, 2, 445; R. Villata, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, Riv. Dir. Proc., 2018, 2, 325.

Tale interpretazione viene considerata del tutto errata: *“Privo di fondamento è il riferimento a quest’ultimo principio, attese le opposte conclusioni – già evidenziate – cui è giunta questa Corte circa la non coincidenza fra unità funzionale e unità organica. Quanto all’effettività della tutela e al giusto processo, non c’è dubbio che essi vadano garantiti, ma a cura degli organi giurisdizionali a ciò deputati dalla Costituzione e non in sede di controllo sulla giurisdizione. Né l’allargamento del concetto di giurisdizione può essere giustificato dalla presunta eccessiva espansione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva, poiché esse, come è noto, sono state da questa Corte contenute nei limiti tracciati dalla Costituzione (sentenze n. 191 del 2006 e n. 204 del 2004); d’altro canto, «è la stessa Carta costituzionale a prevedere che siano sottratte al vaglio di legittimità della Corte di cassazione le pronunce che investono i diritti soggettivi nei confronti dei quali, nel rispetto della “particolarità” della materia nel senso sopra chiarito, il legislatore ordinario prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo» (sentenza n. 204 del 2004). (...) L’intervento delle sezioni unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell’Unione o della CEDU, non essendo peraltro chiaro, nell’ordinanza di rimessione e nella stessa giurisprudenza ivi richiamata, se ciò valga sempre ovvero solo in presenza di una sentenza sopravvenuta della Corte di giustizia o della Corte di Strasburgo. In ogni caso, ancora una volta, viene ricondotto al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata), motivo sulla cui estraneità all’istituto in esame non è il caso di tornare”*.

Quanto al “vuoto” di giurisdizione che si creerebbe a seguito di tali considerazioni, la Corte risponde che *“il problema indubbiamente esiste, ma deve trovare la sua soluzione all’interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all’art. 395 cod. proc. civ., come auspicato da questa Corte con riferimento alle sentenze della Corte EDU (sentenza n. 123 del 2017)”*.

5. Il passo indietro delle Sezioni unite

Dopo la sentenza della Corte costituzionale, le Sezioni unite hanno ridimensionato l’orientamento precedente.

Tra le tante sentenze, si vedano Sezioni unite, 20.03.2019 (che proveniva dall’udienza del 19.06.2018, pochi mesi, quindi, dopo la pronuncia della Consulta) n. 7926, ove si legge: *“1.5. Come evidenziato dal P.G., la sentenza della Corte costituzionale, nella parte sopra richiamata, benché abbia dichiarato inammissibile la questione scrutinata, ha carattere vincolante, dato che detta pronuncia ha identificato gli ambiti dei poteri attribuiti alle differenti giurisdizioni dalla Costituzione, nonché i presupposti ed i limiti del ricorso ex art. 111 Cost., comma 8, così decidendo una questione che involge l’interpretazione di norme costituzionali e l’identificazione dei confini tra poteri da queste stabiliti (con riguardo a quelli tra le giurisdizioni contemplate dal parametro), che non può non spettare alla Corte costituzionale, quale interprete ultimo delle norme costituzionali”*;

Questo nuovo (e obbligato) orientamento è durato per due anni e persiste anche successivamente all’ordinanza di rimessione in Corte di giustizia qui commentata³⁰, il che ci pare, del resto, una scelta di rispetto nei confronti della Consulta, in attesa della pronuncia del giudice sovranazionale.

6. L’ordinanza di rinvio 19589 del 18 settembre 2020

³⁰ Se ne veda il lungo elenco in P.L. Tomaiuoli, *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, ma incostituzionale, giurisdizione unica (nota a Cass. civ. Sez. Unite, ord. 18 settembre 2020 n. 19598)*, in Consulta on line, 11.12.20

Evidentemente non convinta della scelta riduttiva della Corte costituzionale, il dissidio, rimasto sotto la cenere per quasi tre anni si è poi riaperto con la decisione di investire la Corte di giustizia della vicenda, rimettendo l'ennesima causa riguardante una sentenza del Consiglio di Stato e formulando i seguenti tre quesiti:

1) *“Se l'art. 4, par. 3, art. 19, par. 1 TUE e art. 2, parr. 1 e 2, e art. 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli artt. 111 Cost., comma 8, art. 360, comma 1, n. 1 e art. 362 c.p.c., comma 1 e art. 110 codice del processo amministrativo - nella parte in cui tali disposizioni ammettono il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per "motivi inerenti alla giurisdizione" - quale si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione, sotto il profilo del cosiddetto "difetto di potere giurisdizionale", non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione Europea (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) nei quali gli Stati membri hanno rinunciato ad esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto, con l'effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere corrette tramite il predetto rimedio e di pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, in contrasto con l'esigenza che tale diritto riceva piena e sollecita attuazione da parte di ogni giudice, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione da parte della Corte di giustizia, tenuto conto dei limiti alla "autonomia procedurale" degli Stati membri nella conformazione degli istituti processuali”.*

2) *“Se l'art. 4, par. 3, art. 19, par. 1 TUE e art. 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ostino alla interpretazione e applicazione dell'art. 111 Cost., comma 8, art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1 e art. 362 c.p.c., comma 1, e art. 110 del codice processo amministrativo, quale si evince dalla prassi giurisprudenziale nazionale, secondo la quale il ricorso per cassazione dinanzi alle Sezioni Unite per "motivi inerenti alla giurisdizione", sotto il profilo del cosiddetto "difetto di potere giurisdizionale", non sia proponibile come mezzo di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato che, decidendo controversie su questioni concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione, omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, da essa tassativamente indicate (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C-238/81) che esonerano il giudice nazionale dal suddetto obbligo, in contrasto con il principio secondo cui sono incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che prevedano una privazione, anche temporanea, della 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, di rendere irrimediabile (e favorire il consolidamento dell'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”.*

3) “*Se i principi dichiarati dalla Corte di giustizia con le sentenze 5 settembre 2019, Lombardi, C-333/18; 5 aprile 2016, Puligienica, C-689/13; 4 luglio 2013, Fastweb, C100/12, in relazione agli artt. 1, par. 1 e 3, e 2, par. 1, della direttiva 89/665/CEE, modificata dalla direttiva 2007/66/CE, siano applicabili nella fattispecie che è oggetto del procedimento principale, in cui, contestate dall'impresa concorrente l'esclusione da una procedura di gara di appalto e l'aggiudicazione ad altra impresa, il Consiglio di Stato esamini nel merito il solo motivo di ricorso con cui l'impresa esclusa contesti il punteggio inferiore alla "soglia di sbarramento" attribuito alla propria offerta tecnica e, esaminando prioritariamente i ricorsi incidentali dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'impresa aggiudicataria, li accolga dichiarando inammissibili (e ometta di esaminare nel merito) gli altri motivi del ricorso principale che contestino l'esito della gara per altre ragioni (per indeterminatezza dei criteri di valutazione delle offerte nel disciplinare di gara, mancata motivazione dei voti assegnati, illegittima nomina e composizione della commissione di gara), in applicazione di una prassi giurisprudenziale nazionale secondo la quale l'impresa che sia stata esclusa da una gara di appalto non sarebbe legittimata a proporre censure miranti a contestare l'aggiudicazione all'impresa concorrente, anche mediante la caducazione della procedura di gara, dovendosi valutare se sia compatibile con il diritto dell'Unione l'effetto di precludere all'impresa il diritto di sottoporre all'esame del giudice ogni ragione di contestazione dell'esito della gara, in una situazione in cui la sua esclusione non sia stata definitivamente accertata e in cui ciascun concorrente può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere alla scelta di un'offerta regolare e all'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, alla quale ciascuno degli offerenti potrebbe partecipare”.*

Il primo quesito, come è stato esattamente rilevato³¹, costituisce il *punctum dolens* della questione, essendo finalizzato a contestare l'originario orientamento della Cassazione che restringeva al minimo il controllo ex art. 111 Costituzione in tema di giurisdizione, escludendo la possibilità di censurare le sentenze del giudice amministrativo laddove decida in modo difforme dalla Corte di giustizia, così invadendo il campo di operatività di un altro giudice.

Per converso, il quesito rischia di trasformarsi in una plateale smentita della sentenza n. 6/2018 della Corte costituzionale.

La questione, poi, riguarda, all'evidenza, il problema dell'effettività laddove lo sconfinamento del giudice amministrativo (o, in ipotesi, di qualunque altro giudice) in una materia divenuta di competenza del diritto dell'Unione, peraltro in violazione dei principi di effettività (come la necessità, cui già si è fatto cenno, di tutelare non solo del diritto del concorrente ritento ma anche, nell'interesse generale, il fine dello svolgimento corretto dell'attività pubblica dell'affidamento dell'appalto) e di equivalenza, di cui faremo cenno.

Il secondo è direttamente connesso con il primo e concerne la verifica della sussistenza di un obbligo del giudice incaricato del controllo della giurisdizione interna di annullare decisioni che omettano di rinviare all'esame della Corte di giustizia, ex art. 267 Tfeue, questioni interpretative di pertinenza del diritto dell'Unione, in assenza delle condizioni individuate dalla sentenza Cilfit³²,

31B. Nascimbene e P. Piva, Il rinvio della Corte di cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto europeo?, cit. cap. 1.

32 Sentenza Cilfit in liquidazione c/ Ministero della sanità italiano del 06.10.82 in causa 283/81, EU:C:1982:335, le cui conclusioni sono nei seguenti termini: “[l]’art. 177, 3° comma, del Trattato CEE, va interpretato nel senso che una giurisdizione le cui decisioni non sono impugnabili secondo l’ordinamento interno è tenuta, qualora una questione di

così consolidando una giurisprudenza violativa del principio di effettività delle tutele garantite dal diritto europeo a tutti i soggetti operanti nell'Unione.

Ci pare, questo secondo quesito, una conseguenza naturale dell'esito del primo nel senso che l'accoglimento di questo non potrebbe che portare all'accoglimento del primo, se non alla declaratoria di non necessità di esaminarlo.

Il terzo quesito, del tutto pleonastico, chiede la conferma che i principi in tema di appalto già oggetto di una consolidata giurisprudenza si applichino o meno al caso specifico (circostanza che sicuramente ricorre nella specie e che, comunque, la Corte demanderà al giudice nazionale di verificare).

Era opportuno il rinvio?

Probabilmente sì. Le Sezioni unite si trovavano in un "*cul de sac*" dopo la netta censura della Corte costituzionale con la sentenza 6/2018, che non lasciava spazio alcuno alla possibilità di rimediare ad errori commessi dai giudici speciali, a differenza di quelli commessi dal giudice ordinario, sui quali la Cassazione ha pieno potere di intervenire con gli strumenti tutti di cui all'art 360 cpc., valutando nel merito le decisioni impugnate sotto il profilo della violazione di legge, ovviamente anche comunitaria.

Né può replicarsi che se l'ordinamento nazionale ha posto al vertice della giurisdizione per alcune materie altri giudici (Consiglio di Stato e Corte dei conti), dovrebbe darsi per scontato che tali giudici possano incorrere in violazioni del diritto dell'Unione, posto che il medesimo pericolo può ricorrere anche da parte della Corte di cassazione. Tale ragionamento non tiene conto che nel nostro sistema la Cassazione costituisce il massimo organo giurisdizionale cui l'art. 65, legge fondamentale sull'ordinamento giudiziario del 30 gennaio 1941 n. 12, demanda "*l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni*".

In qualunque organizzazione istituzionale vi deve essere il famoso "giudice a Berlino". Che poi anche questo possa sbagliare, non significa che ciò legittimi una medesima, per di più irrimediabile, possibilità per tutti gli altri giudici, sottoposti al suo controllo.

Vero che, nella specie, il controllo è limitato alle questioni di giurisdizione, ma qui il "dissidio" pare correttamente – e, ad avviso di chi scrive, costituzionalmente – interpretato, posto che il problema sollevato è sotto il profilo della giurisdizione, ovvero quello che il Consiglio di Stato si è di fatto intromesso nella giurisdizione della Corte di giustizia, impedendole la valutazione della portata e l'interpretazione della norma europea, anche attraverso il rifiuto dell'obbligo di rimessione ex art. 276 Tfeue. Che peraltro, come abbiamo visto, era già stato effettuato e aveva portato alla sentenza Lombardi e che avrebbe dovuto essere semmai rinnovato ove il Consiglio avesse avuto ulteriori argomenti per contestare una giurisprudenza ormai consolidata della Corte di giustizia.

diritto comunitario si ponga dinanzi ad essa, ad adempiere il suo obbligo di rinvio, salvo che non abbia constatato che la questione non è pertinente, o che la disposizione comunitaria di cui è causa ha già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte, ovvero che la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi; la configurabilità di tale eventualità va valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto comunitario, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze di giurisprudenza all'interno della Comunità".

Del resto è stato giustamente sottolineato³³, sotto il profilo del principio di equivalenza, che la stessa ordinanza correttamente rileva come: “*non sembra conforme al principio di equivalenza la prassi giurisprudenziale di cui si discute, la quale, nelle controversie aventi ad oggetto l’applicazione del diritto nazionale, ammette il ricorso per cassazione per difetto di potere giurisdizionale avverso le sentenze del Consiglio di Stato, cui si imputi di aver svolto attività di produzione normativa invasiva delle attribuzioni del legislatore, mentre, nelle controversie aventi ad oggetto l’applicazione del diritto dell’Unione, dichiara pregiudizialmente inammissibili i ricorsi per cassazione*”³⁴.

A ciò si aggiungono questioni di ordine pratico.

In primo luogo, il rinvio alla competenza esclusiva del legislatore ad intervenire come quello fatto nella sentenza 6/2018 al fine di valutare l’introduzione di un’ulteriore ipotesi revocazione nell’art. 395 cpc pare del tutto inappropriato, attesa la ricorrente riluttanza del parlamento italiano a legiferare su questioni istituzionalmente delicate, come dimostrano le vicende relative al fine vita, dove la Corte, nonostante il termine concesso con l’ordinanza 207/2018, ha dovuto comunque decidere con la sentenza 242 del 2019 a fronte dell’inattività del legislatore italiano.

Il quale spesso è diviso da questioni politiche che hanno l’effetto perverso di paralizzare l’attività legislativa che risente pesantemente delle spaccature ideologiche presenti nella società italiana, sulle quali le forze politiche, particolarmente frammentate nel nostro paese, navigano per motivi prettamente elettorali, rallentando spesso, se non bloccando, ogni evoluzione normativa. Non è difficile immaginare che un intervento normativo che consenta la revocazione delle sentenze dei giudici italiani nell’ipotesi di violazione del diritto europeo troverebbe non pochi oppositori, soprattutto in presenza di forze politiche di impronta sovranista. Senza contare la delicatezza della materia degli appalti pubblici, dove gli appetiti di molte forze non istituzionali preferirebbero normative più domestiche ed accomodanti di quelle stringenti di origine eurounitaria.

In secondo luogo, l’esistenza di altri rimedi, come l’azione di risarcimento del danno alla “Francovich”, oltre che a comportare ulteriori tempi non irrilevanti, si scontra con il *metus* del giudice ordinario a procedere alla condanna dello Stato e alla smentita delle decisioni che, di regola, sono componenti delle giurisdizioni superiori. Insomma, un percorso irto di ostacoli e non agevole.

Ancora, deve sottolinearsi e già se ne è fatto cenno, come nella delicata materia degli appalti pubblici il mancato rispetto delle regole (stabilite dalla normativa europea) può comportare un grave *vulnus* all’ordinato svolgersi dell’attività economica, *vulnus* di rilevanza anche sociale, che impongono un sistema di controlli il più accurati ed efficaci possibili.

Infine, non può dimenticarsi che, come si è ricordato, la Direttiva “ricorsi” prevede che gli Stati membri garantiscano “*un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile*” nella materia della quale si discute e ciò non sembra veramente possa essere costituito (solo) da un’azione di risarcimento successiva all’esperimento dell’intero iter processuale previsto dall’ordinamento interno, imposto dalla natura residuale del rimedio.

Sulla base di tali considerazioni, dunque, non appare implausibile che il sindacato della Corte di cassazione sulla giurisdizione amministrativa possa essere inteso come un (ulteriore) efficace

33 B. Nascimbene e P. Piva, Il rinvio della Corte di cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto europeo?, cit. cap. 5.

34 Cfr. il punto 41.1 dell’ordinanza di rimessione.

scrutinio sull'effettività di decisioni delicate che riguardano l'attività della pubblica amministrazione.

Di modo che, qualora il giudice amministrativo, nel rendere in concreto la propria giurisdizione, risulti non rispondere a *standard* di effettività della tutela – e per di più ad ignorare scientemente le sentenze della Corte di giustizia rese in casi analoghi -l'eventuale sua decisione contraria alle Direttive possa essere vagliata in sede di ricorso *ex art.* 111 Cost., trattandosi comunque di un evidente eccesso di giurisdizione la voluta e persistente violazione del diritto europeo e del suo interprete eurounitariamente competente (la Corte di giustizia). Con l'effetto, infine, di concretizzare un'ipotesi di carenza di giurisdizione nei confronti del soggetto leso.

La situazione di incertezza creatasi dopo la pronuncia 6/2018 della Corte costituzionale rendeva quindi opportuno fare un po' di chiarezza che, quale che sia, verrà certamente dalla Corte di giustizia.

Del resto è stato ben evidenziato³⁵, nonostante alcuni rilievi circa le modalità con le quali è stata sollevata la questione da parte delle Sezioni unite, come a volte “*solo l'intervento della Corte di giustizia “abbia consentito di superare incrostazioni giurisprudenziali insostenibili e che senza tale intervento la giurisprudenza interna ben difficilmente sarebbe riuscita ad emendarsi”*”. Sotto tal profilo, a mo' di esempio, non può che ricordarsi, tra i non pochi casi, quello della tutela dei dipendenti pubblici in caso di abuso nell'utilizzo dei contratti a termine: è solo dopo diverse pronunce della Corte europea³⁶ che le Sezioni unite si sono decise, con la sentenza 5072/2016, a colmare il *gap* tra le sanzioni previste dalla Direttiva 1999/70 sul contratto a tempo indeterminato e la legislazione nazionale, escogitandosi un “danno comunitario” che sollevava finalmente il lavoratore abusato dall'oggettiva impossibilità di dover provare l'entità del danno subito³⁷.

7. Conclusioni

Ovviamente la questione pregiudiziale delle Sezioni unite presentano non poche difficoltà nel loro accoglimento.

In primo luogo, pare evidente come l'ampliamento del concetto di controllo di giurisdizione appare un concetto volutamente forzato, ancorché, come si è visto, non privo di giustificazioni e non solo nelle finalità.

In secondo luogo, la Corte di giustizia potrebbe ritenere inopportuno invadere il terreno dei percorsi procedurali delle giurisdizioni domestiche, peraltro in assenza di una specifica normativa europea che indichi le modalità specifiche di conduzione dei processi, che rilevano, nel diritto europeo, soprattutto ai fini di un'efficace tutela dei diritti stabiliti dalla normativa unitaria.

35 A. Travi, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, cit. Dell'autore chi scrive non può poi che condividere l'invito al legislatore, fatto nell'opera citata, di operare “*una revisione critica*” del modello “*delle due giurisdizioni separate (...) ispirata alle esigenze di semplificazione della tutela, più che al rispetto delle tradizioni e delle posizioni correlate*”.

36 Dalla Marrosu e Sardino (del 07.07.06, C-53/04, EU:C:2006:517) per arrivare alla Mascolo (del 26.11.14, C-22/13, EU:C:2014:2401), passando, tra le altre, per l'ordinanza Papalia (del 12.12.13, C- 50-13, EU:C:2013:873).

37 Per una sintetica ricostruzione di questo percorso si veda S. Galleano, *La cassazione 14815/21 precisa quando la stabilizzazione assorbe il danno per l'abuso del contratto a termine*, Labor rivista, aggiornamenti, 17.08.21.

Infine, certamente Lussemburgo non ha alcuna intenzione di esacerbare situazioni di conflitto che, dopo la nota vicenda Taricco³⁸ sono stati “sedati” con grande sforzo da due interventi della *Grande chambre* della Corte di giustizia³⁹.

Al di là di quanto si è esposto circa l’opportunità della proposizione della questione pregiudiziale, è certo che, comunque, la Corte sovranazionale, qualunque sia la sua decisione, metterà l’accento sulla necessità dell’effettività ed equivalenza delle decisioni, soprattutto nella delicata materia degli appalti.

E, comunque decida, non possiamo che sperare che il legislatore e le giurisdizioni nazionali si adeguino a tali principi, anche in tema di velocità di decisione – e dunque di effettività delle tutele - aspetto del quale la moderna società ha una necessità impellente.

Roma, 9 settembre 2021

Postfazione

Appena completata la stesura del superiore commento, sono giunte le conclusioni dell’Avvocato generale in Corte di giustizia Gerard Hogan nella causa (C-497/20) originata dall’ordinanza di rimessione commentata, pubblicate oggi sul sito della Corte.

È dunque doveroso darne tempestiva notizia e svolgere qualche brevissima ed immediata considerazione.

Le conclusioni sono le seguenti:

“108. Pertanto, alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere alle questioni poste dalla Corte suprema di cassazione (Italia) come segue:

1) 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, in particolare, dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2007, letto alla luce dell’articolo 47 della Carta, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una norma quale l’articolo 111, ottavo comma, della Costituzione italiana, come interpretato nella sentenza n. 6/2018, secondo la quale un ricorso in cassazione per motivi di «difetto di potere giurisdizionale» non può essere utilizzato per impugnare sentenze di secondo grado che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell’Unione europea.

La soluzione relativamente all’applicazione erronea del diritto dell’Unione da parte di un giudice di ultima istanza deve essere trovata in altre forme procedurali, quali un ricorso per inadempimento ai sensi dell’articolo 258 TFUE o la facoltà di far valere la responsabilità dello

³⁸ Per un efficace riassunto si veda A. Natale, *Le tappe della cd. saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso*, *Questione giustizia* 07.12.2017; E Lupo, *La “vicenda Taricco” impone di riconsiderare gli effetti del decorso del tempo nella giustizia penale sostanziale?*, *La legislazione penale*, 04.02.2019.

³⁹ Senza contare la prospettata sollevazione dei noti controlimiti preannunciata da M. Santise, *L’eccesso di potere giurisdizionale delle Sezioni unite*, in *Questione giustizia*, segnatamente cp. 6.

Stato al fine di ottenere tutela giurisdizionale dei diritti dei singoli riconosciuti dal diritto dell'Unione.

2) *L'articolo 4, paragrafo 3, TUE, l'articolo 19, paragrafo 1, TUE, nonché l'articolo 267 TFUE, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta, non ostano a che le norme relative al ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione siano interpretate ed applicate nel senso di precludere che dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione sia proposto un ricorso per cassazione finalizzato a impugnare una sentenza con la quale il Consiglio di Stato ometta, immotivatamente, di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte.*

In subordine:

3) *L'interpretazione dell'articolo 1, paragrafi 1 e 3, e dell'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 2007/66, che deriva dalle sentenze della Corte del 4 luglio 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), del 5 aprile 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), e del 5 settembre 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), è applicabile nella fattispecie che è oggetto del procedimento principale, in cui la decisione di esclusione dell'offerente non aggiudicatario non è stata confermata da una decisione che ha acquistato forza di giudicato prima che il giudice investito del ricorso contro la decisione di affidamento dell'appalto si sia pronunciato, e in cui detto offerente ha presentato un motivo che potrebbe indurre l'amministrazione aggiudicatrice a dover avviare una nuova procedura."*

Come si vede, l'Avvocato generale sposa in toto la tesi della Corte costituzionale 6/2018, ovviamente nel senso della sua esclusiva competenza nel valutare il mezzo processuale per l'applicazione del diritto dell'Unione.

Nelle conclusioni si ricorda che l'art. 47 della Carta *“un doppio grado di giudizio. Infatti, in forza di detta disposizione, il principio della tutela giurisdizionale effettiva sancisce il diritto di accesso non a un doppio grado di giudizio, ma soltanto a un giudice”*⁴⁰.

In particolare, si sottolinea, tra l'altro, che *“[l]’articolo 47 della Carta richiede naturalmente l’introduzione di un ricorso effettivo tanto in diritto quanto in pratica. Tuttavia, se risulta, da un lato, che l’accesso a un «giudice» ai sensi dell’articolo 47 della Carta è garantito senza difficoltà e, dall’altro, che il diritto nazionale conferisce a detto «giudice» la competenza a esaminare il merito della controversia, come testimonia la sentenza del TAR della Valle d’Aosta nella presente causa, né la direttiva 89/665 né l’articolo 47 della Carta possono essere interpretati nel senso che impongono un ulteriore grado di giudizio per porre rimedio a un’applicazione erronea di dette norme da parte del giudice di appello”,* senza contare che *“[i]nfatti, come sottolineato da più parti, ci si deve chiedere cosa accadrebbe se il giudice di terzo grado confermasse a sua volta l’interpretazione del giudice di secondo grado. L’articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665, letto alla luce dell’articolo 47 della Carta, richiederebbe allora di predisporre un quarto grado di giudizio? In sostanza, tale questione si risponde da sé. A mio avviso, la soluzione a un’errata applicazione del diritto dell’Unione da parte di un giudice di ultima istanza deve essere trovata in altre forme procedurali, quali un ricorso per inadempimento ai sensi dell’articolo 258 TFUEo, ad esempio, un’azione del tipo Francovichche offra la possibilità di far valere la responsabilità dello*

40 Punto 70 conclusioni: ma non era questo, comunque, l’oggetto della rimessione delle Sezioni unite.

*Stato al fine di ottenere in tal modo una tutela giuridica dei diritti dei singoli riconosciuti dal diritto dell'Unione*⁴¹.

Dunque, il primo quesito trova una risposta netta e negativa.

Di conseguenza, anche al secondo quesito che, come si era rilevato, era in stretta connessione con il primo, deve essere data risposta negativa, nel senso che *“l’articolo 4, paragrafo 3, TUE, l’articolo 19, paragrafo 1, TUE e l’articolo 267 TFUE, letti alla luce dell’articolo 47 della Carta, non ostano a che le norme relative al ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione siano interpretate ed applicate nel senso di precludere che dinanzi alle Sezioni Unite della Corte suprema di cassazione sia proposto un ricorso per cassazione finalizzato a impugnare una sentenza con la quale il Consiglio di Stato ometta, immotivatamente, di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte”*⁴².

Nel trattare il motivo l’Avvocato generale rileva che, al punto 50 della ordinanza di rimessione, le Sezioni unite paiono adombrare una questione supplementare, ovvero si interroga *“anche sull’approccio secondo cui essa non potrebbe operare il rinvio pregiudiziale direttamente”*⁴³. Poiché però la questione non trova riscontro nel quesito finale, non viene data risposta formale a tale dubbio. Nel prosieguo dell’argomentare, si afferma comunque che il rinvio pregiudiziale è prerogativa di ciascun giudice, non senza precisare che deve trattarsi di un giudice *“validamente adito”*⁴⁴, il che, aggiungiamo noi, non lo sarebbe stata la Corte di cassazione nel caso specifico, secondo l’Avvocato generale.

Il terzo quesito, che nel commento si era definito pleonastico, viene qui ritenuto inammissibile a seguito della ritenuta *“incompetenza”* della Corte di cassazione a giudicare le sentenze del Consiglio di Stato.

L’Avvocato generale, comunque, in via subordinata, ne svolge l’esame e propone, conformemente alla giurisprudenza consolidata della Corte, riferita nel suesposto commento, il suo accoglimento.

Ciò premesso, va comunque sottolineato che l’Avvocato generale si fa carico di affrontare il problema sostanziale posto dalle Sezioni unite nell’ordinanza, ovvero la carenza di tutele che porterebbe la condivisione delle conclusioni da lui svolte, aggiungendo alcune considerazioni che ci sembrano di interesse e che meritano un breve cenno.

Al paragrafo 4⁴⁵, intitolato *“[u]lteriori osservazioni sulla giurisprudenza Fancovich e sulla necessità del suo sviluppo”*, dopo avere dato risposta negativa al primo quesito posto dalle Sezioni unite e suggerito l’azione di risarcimento alternativa alla possibilità di vagliare le sentenze del giudice amministrativo inadempiente, l’Avvocato generale esamina la situazione dei procedimenti nei confronti degli Stati membri inadempienti ai diritti dell’Unione ed alla relativa azione di risarcimento.

In particolare, al punto 79-81 si legge: *“[v]orrei nondimeno cogliere l’occasione per far notare che ritengo che la giurisprudenza Fancovich debba ormai essere letta con nuovi occhi alla luce dei*

41 Punti 74 e 75 conclusioni

42 Punto 98 conclusioni.

43 Punto 89 conclusioni.

44 Punto 90 conclusioni.

45 Punti 76 e segg.

requisiti di cui all'articolo 47 della Carta e, eventualmente, ulteriormente sviluppata sotto tale profilo. Dalla sentenza del 5 marzo 1996, Brasserie dupêcheur e Factortame (C-46/93 e C-48/93, EU:C:1996:79) (in prosieguo: la «sentenza Brasserie dupêcheur e Factortame»), risulta che gli Stati membri sono tenuti a fornire un risarcimento in relazione a una violazione sufficientemente caratterizzata del diritto dell'Unione qualora, da parte loro, sussista una «violazione manifesta e grave (...) dei limiti posti al loro potere discrezionale». (...) Tuttavia, la difficoltà insita nell'applicazione pratica di tale criterio risiede nel fatto che i manifesti inadempimenti degli Stati membri (compresi gli inadempimenti giudiziari) potrebbero troppo spesso e troppo facilmente essere giustificati adducendo che essi sarebbero stati commessi in buona fede o sarebbero altrimenti scusabili alla luce delle circostanze o, in ogni caso, non sarebbero «manifesti e gravi». Considerazioni di cortesia giudiziaria o la deferenza nei confronti di venerabili istituzioni giudiziarie nazionali non dovrebbero tuttavia far desistere dal qualificare siffatti errori come «manifesti e gravi» nell'accezione della citata sentenza Brasserie dupêcheur, ove ciò sia giustificato. La volontà o propensione a giustificare violazioni manifeste e gravi di uno Stato membro nella sua applicazione del diritto dell'Unione sminuendo la gravità di violazioni del genere costituirebbe essa stessa una chiara negazione del diritto a un ricorso effettivo per i singoli, ai sensi dell'articolo 47 della Carta, in special modo quando, oggettivamente considerata, l'omessa applicazione di una disciplina chiara e consolidata dell'Unione non può realisticamente essere giustificata o altrimenti scusata. Sebbene la portata della sentenza Francovich, per forza di cose, non venga mai meno nella causa di cui trattasi, la questione dovrà nondimeno attendere una soluzione in una fase successiva, poiché essa non viene direttamente sollevata nell'ambito del presente procedimento. (...) Allo stesso tempo, qualsiasi volontà di giustificare gli inadempimenti degli Stati membri è di poco conforto per una parte di una controversia, se l'avvio di un'«azione Francovich» fosse essa stessa resa eccessivamente difficile in pratica. Ciò può essere riassunto precisando che, ove la mancata corretta applicazione, da parte di un giudice d'appello contro in quale non è esperibile un'ulteriore impugnazione, della giurisprudenza consolidata della Corte non costituisca, di per sé, il fondamento di un ricorso per risarcimento del danno basato sui criteri della «violazione manifesta e grave», è necessario che tali criteri – i quali sono, dopo tutto, preesistenti all'entrata in vigore della Carta – siano essi stessi ulteriormente affinati. Se quella dell'articolo 47 della Carta non deve essere una promessa vuota, mi sembra allora che la mancata applicazione nel caso di specie, da parte di un giudice di ultima istanza, della giurisprudenza costante della Corte dovrebbe comportare una responsabilità del tipo Francovich dello Stato membro di cui trattasi. La Corte ha, in ogni caso, dichiarato che, quando un giudice nazionale infrange il diritto dell'Unione «ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte», ciò di per sé indica una violazione sufficientemente caratterizzata.

E prosegue, ai punti 82-84: [t]utto ciò richiama alla mente il caso della storia di Sherlock Holmes sul cane che non aveva abbaiato. In quest'ottica, è l'assenza generale di giurisprudenza al riguardo ad essere rivelatrice. Ciò può essere considerato di per sé come un indizio del fatto che tali errori e inadempimenti sono in pratica troppo facilmente giustificati e che, per molti soggetti i cui diritti dell'Unione non sono stati garantiti, un rimedio del tipo Francovich resta un'illusione piuttosto che una realtà. Si tratta di un'ulteriore ragione a sostegno della necessità di una nuova valutazione dei criteri «gravi e manifesti» di cui alla sentenza Brasserie dupêcheur e Factortame, affinché il diritto dell'Unione sia attuato con un adeguato grado di incisività da parte dei giudici degli Stati membri, sebbene occorra tener conto anche degli specifici fattori identificati dalla Corte nella sentenza del 30 settembre 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513) in materia di

responsabilità giurisdizionale, segnatamente della «specificità della funzione giurisdizionale», unitamente alle legittime esigenze della certezza del diritto. Orbene, la sentenza Francovich è, per così dire, un cane a cui deve essere consentito abbaiare, perché è proprio l'abbaiare che dovrebbe segnalarci che i diritti che la normativa dell'Unione ha inteso garantire e tutelare sono oggetto – talvolta silenziosamente – di violazioni ad opera di errori giurisdizionali nazionali. (...)A ciò si potrebbe aggiungere che, nel particolare contesto di una violazione in materia di appalti pubblici, sarebbe in certa misura incongruo che la direttiva 89/665 prevedesse una forma di responsabilità oggettiva per errori commessi dall'amministrazione aggiudicatrice, laddove al contempo la responsabilità per errori commessi dai giudici nazionali relativamente al controllo della procedura di aggiudicazione degli appalti dovesse restare a un livello [talmente elevato da scoraggiarne l'attivazione]. (...) Da parte mia, ritengo tuttavia che la normativa, in una certa misura, sia progredita dopo la sentenza del 30 settembre 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513). Alla luce della successiva entrata in vigore dell'articolo 47 della Carta, sono dell'avviso che, per le ragioni già esposte, occorra parimenti esaminare se l'errore giudiziario di cui trattasi fosse oggettivamente scusabile. In mancanza di tale esame, esiste un rischio reale che l'applicazione dei criteri della sentenza Brasserie dupêcheur e Factortame, tenda, in pratica, a rendere eccessivamente difficile il risarcimento del danno di cui alla sentenza Francovich con riferimento a errori giudiziari, di modo che le suddette condizioni che fondano la responsabilità potrebbero essere soddisfatte solo in circostanze del tutto particolari”.

Ora, ovviamente restiamo in attesa della pronuncia della Corte, anche su questo punto, ove verrà ritenuto opportuno.

Nell'ipotesi in cui dovesse accogliere le conclusioni dell'Avvocato generale, dunque, non possiamo che augurarci, a tutela dei cittadini europei tutti, che la giurisprudenza della Corte tenga conto dei suggerimenti sopra riportati a tutela delle violazioni del diritto europeo, in ipotesi loro violazione dei parte dei giudici nazionali.

Almeno sotto questo profilo, l'ordinanza di rimessione non sarebbe certamente stata inutilmente sollevata.

Roma, 9 settembre 2021