

## **E' LA CASSAZIONE IL GIUDICE DI ULTIMA ISTANZA IN CASO DI MANIFESTA VIOLAZIONE DEL DIRITTO DELL'UNIONE? LA PREGIUDIZIALE UE DELLE SEZIONI UNITE CONTRO IL GIUDICATO DEL CONSIGLIO DI STATO**

di

**Vincenzo De Michele**

Sommario:

1.L'ordinanza pregiudiziale delle Sezioni unite contro il giudicato del Consiglio di Stato in materia di appalti - 2. La *ύβρις* del Consiglio di Stato contro la Corte di giustizia e la Corte costituzionale sullo stato giuridico della magistratura onoraria - 3. L'azione di responsabilità civile dello Stato per flagrante violazione del diritto dell'Unione da parte del Consiglio di Stato come giudice di ultima istanza tra ineffettività ed effettività, lesività e utilità - 4. Il dialogo tra Corte di giustizia e Corte costituzionale nel costruire un nuovo sistema unitario di tutela dei diritti fondamentali in Europa e in Italia.

### **1.L'ordinanza pregiudiziale delle Sezioni unite contro il giudicato del Consiglio di Stato in materia di appalti**

In questi tempi così drammatici, una pandemia provocata da un virus misterioso e vitalissimo ha già distrutto tante vite, sconvolto le nostre abitudini, i nostri affetti, la nostra quotidianità, la nostra socialità e rischia di cambiare per sempre i tratti identitari della nostra democrazia.

Nello sconcerto di questa surreale “livella” naturale, in cui la priorità è la salute fisica dell'intera umanità, senza distinzioni di classe, ceto, sesso, età e professione, è venuto il momento di interrogarci sul ruolo della giurisdizione in Italia e in Europa nel tentare di governare e limitare le criticità causate dal covid-19 sulla tutela dei diritti fondamentali.

In questo contesto si inserisce l'esperimento giudiziario delle Sezioni unite della Cassazione con l'ordinanza pregiudiziale in commento che, nel dialogo con la Corte di giustizia, attacca i già fragili equilibri interni di riparto delle competenze e della giurisdizione tra la Corte costituzionale, la stessa

Suprema Corte di legittimità e il Consiglio di Stato nel rapporto con il diritto dell'Unione europea e con la giurisprudenza della Corte di giustizia, disegnando possibili scenari di nuovi strumenti di giustiziabilità dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi che, però, sembrano minare il giudicato del giudice amministrativo, la certezza del diritto e il senso e il ruolo del dialogo con la Corte Ue, sovraccaricata di responsabilità nel risolvere problematiche applicative del diritto europeo che spettano soltanto al giudice nazionale.

Sta di fatto che la Suprema Corte con ordinanza del 18 settembre 2020 n.1958<sup>1</sup>nella causa C-497/20 Randstad Italia ha proposto, con istanza di procedura accelerata, questioni pregiudiziali in cui si evidenzia la necessità della stessa Suprema Corte, ai sensi dell'art.111, comma 8, della Costituzione, di poter sindacare “per motivi di giurisdizione” le decisioni del Consiglio di Stato che si porrebbero, a giudizio della Suprema Corte, in flagrante contrasto con il diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte di giustizia.

---

<sup>1</sup>Pres. Travaglino, Est. Lamorgese.

I quesiti pregiudiziali sollevati<sup>2</sup> dalle Sezioni unite sintetizzano perfettamente il senso e la portata della complessa e sofisticata operazione di politica del diritto e di modifica sul piano giurisprudenziale dei rapporti “di forza” tra le Corti superiori nazionali in materia di appalti pubblici e di competenza esclusiva della giustizia amministrativa.

Sull’ordinanza pregiudiziale delle Sezioni unite la dottrina si è cimentata diffusamente e con posizioni molto divergenti<sup>3</sup>, in alcuni casi con commenti positivi sul nuovo percorso di tutela intrapreso dalla Cassazione nel dialogo con la Corte di giustizia ma in contrasto con la giurisprudenza del Consiglio

---

<sup>2</sup> Queste le questioni pregiudiziali sollevate dalla Cassazione a Sezioni unite con l’ordinanza n.19598/2020: «*Se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, del TUE e 2, paragrafi 1 e 2, e 267 TFUE, letti anche alla luce dell’articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli articoli 111, ottavo comma, della Costituzione, 360, primo comma, n. 1, e 362 primo comma, del codice di procedura civile e 110 del 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. Se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, TUE e 267 TFUE, letti anche alla luce dell’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, ostino alla interpretazione e applicazione degli articoli 111, ottavo comma, della Costituzione, 360, primo comma, n. 1, e 362, primo comma, del codice di procedura civile e 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*

di Stato in materia di appalti e con la decisione n.6/2018<sup>4</sup> della Corte costituzionale, tra cui, per autorevolezza, spicca quello a volte icastico del prof. Tesaurò<sup>5</sup>, che sottolinea che con l'ordinanza n.19598/2020 «*le Sezioni Unite hanno riportato all'attenzione la preclusione del sindacato per motivi di giurisdizione, in caso di violazione di una norma dell'Unione, come interpretata dalla Corte di giustizia. Preclusione che potrebbe essere superata dalla disapplicazione dell'art. 111, co. 8, Cost., nell'interpretazione fornite dalla stessa Corte costituzionale per consentire un ampliamento del*

---

*giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario, di rendere irrimediabile (e favorire il consolidamento del) l'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare la uniforme applicazione e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione. Se i principi dichiarati dalla Corte di giustizia con le sentenze 5 settembre 2019, Lombardi, C-333/18; 5 aprile 2016, Pulgigenica, C-689/13; 4 luglio 2013, Fastweb, C-100/12, in relazione agli articoli 1, paragrafi 1 e 3, e 2, paragrafo 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.».*

<sup>3</sup> Cfr. B. Nascimbene e P. Piva, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, su [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it); B. Nascimbene, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in Eurojus, 2020, L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea*, 7° ed., Milano, 2020, pp. 326 ss.; G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione europea*, a cura di P. De Pasquale e F. Ferraro, II ed., Napoli, 2020, pp. 231 ss.; U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, 6° ed., Bari, 2020, pp. 109, 450 ss.; R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, III ed., Torino, 2020, pp. 921 ss., nonché K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *Eu Procedural*

*sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato anche ai casi di denegata giustizia e prevenire la formazione di un giudicato contrastante con il diritto dell'Unione, soprattutto se la norma dell'Unione è stata già oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia».*

Tuttavia, mi pare, l'ordinanza pregiudiziale delle Sezioni unite non si inserisce in un contesto di "nomofilachia integrata"<sup>6</sup> della Cassazione nel dialogo con Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo, ma apre a nuovi scenari che presentano profili in chiaroscuro o "caravaggeschi"<sup>7</sup>, con

---

*Law, Oxford, 2014, pp. 48 ss.; F. Jacobs, The Role of National Courts and of the European Court of Justice in Ensuring the Uniform Application of Community Law, in Studi in onore di Francesco Capotorti, II Tomo, Milano, 1999, pp. 175 ss.; P. Baratta, E' censurabile per Cassazione la violazione del diritto sovranazionale imputabile al giudice amministrativo?, in www.apertacontrada.it; S. Barbareschi, 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.it, 2020; R. Bin, E' scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione, in Federalismi.it, 2020; M. Clarich, Giurisdizione: "Partita a poker" tra Cassazione e Consulta sulle sentenze del Consiglio di Stato, in Civile NTplus.ilsole24ore.com del 14 ottobre 2020; G. Costantino, A. Carratta, G. Ruini, Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598, in Questione giustizia, 2020; F. Francario, Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione), in questa Rivista, 2020; G. Greco, La violazione del diritto dell'Unione europea come possibile difetto di giurisdizione?, in Eurojus, 2020; G. Tropea, Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598), su www.giustiziainsieme.it, 2020.*

<sup>4</sup> Corte cost., Pres. Grossi, Est. Coraggio, sentenza 18 gennaio 2018, n.6, su *Foro it.*, 2018, n.2, parte I, p.373. Su cui cfr. 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 *www.federalismi.it*, 2020, n.30; M. Branca, *L'esecuzione della sentenza CEDU e la riapertura del processo civile o amministrativo: Corte cost. n. 123 del 2017, n. 6 e n. 93 del 2018*, in *Giur.cost.*, 2018, n. 3, pag. 1521; A. Cancrini, *Impugnabilità in Cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti*, in *Riv.dir.proc.*, 2020, n. 2, pag. 698; F. Dal Canto, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur.cost.*, 2018, n. 3, pag. 1537; F. Francario, *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in *www.federalismi.it*, 2020, n. 34; M. Mazzamuto, *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur.it.*, 2018, n. 3, pag. 704; D. Ponte, *Un segnale che punta a responsabilizzare gli attori del processo*, in *Guida dir.*, 2018, n.8, p.90; L. Salvato, *I limiti strutturali del sindacato di legittimità e le principali cause di inammissibilità "sostanziale" della questione di legittimità*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2018; G. Sigismondi, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giur.cost.*, 2018, n.1, p.122; P. Tomaiuoli, *L' "altolà" della Corte costituzionale alla giurisdizione*

interrogativi che i critici del provvedimento - interlocutorio perché apre al dialogo con la Corte di giustizia ma decisivo perché presuppone una censura inappellabile nel merito della sentenza del Consiglio di Stato - non hanno mancato di sottolineare e che non possono essere ridotti a espressione di posizioni antieuropee o di difesa della centralità della Corte costituzionale rispetto al sindacato giurisdizionale esercitato dal Collegio lussemburghese sull'interpretazione del diritto dell'Unione.

Quello che non mi convince o mi convince meno nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale delle Sezioni unite è il presupposto stesso della scelta di porsi in contrasto con la sentenza n.6/2018 della Corte costituzionale e con le successive pronunce della Corte di legittimità che si sono adeguate alla Consulta, per abbracciare il dialogo con la Corte di giustizia in funzione di superamento del dettato costituzionale dell'art.111 comma 8, come interpretato dal Giudice delle leggi.

Si afferma nell'ordinanza n.19598/2020 ai punti 30 e 31:

*«30.- Le Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 16 maggio 2019, n. 13243), in una fattispecie disciplinata dal diritto dell'Unione concernente l'aggiudicazione di una gara di appalto pubblico, hanno dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione del concorrente escluso avverso la sentenza con cui il Consiglio di Stato aveva confermato la decisione di primo grado che aveva prioritariamente esaminato e accolto il ricorso incidentale (cosiddetto «escludente») con cui l'aggiudicatario deduceva profili di illegittimità*

---

*dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018), in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2018, n. 1; P.L. Tomaiuoli, *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, ma incostituzionale, giurisdizione unica*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2020, n. 3; A. Travi, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione "funzionale" delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir.proc.amm.* 2018, n. 3, p. 111.*

5 Cfr. G. Tesauo, *L'interpretazione della Corte costituzionale dell'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n.34.

6 Mi riferisco al titolo e all'oggetto del pregevole lavoro di R. Conti, *Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I "volti" della Corte di Cassazione a confronto*, su [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 4 marzo 2021, il quale non prende posizione, opportunamente, nel dibattito sull'ordinanza n.19598/2020 delle Sezioni unite.

7 Mutuo l'espressione utilizzata da R. Conti, op.cit., che però riferisce lo stile del grande pittore alla Corte costituzionale e non alla Cassazione.

*dell'ammissione alla gara del ricorrente principale. In tal modo, le Sezioni Unite hanno affermato la necessità di «rimeditare la questione» e di superare i propri precedenti del 2015 (n. 2242) e 2017 (n. 31226), affermando che «non può dubitarsi della pregnanza e della vincolante rilevanza della richiamata sentenza della Corte costituzionale (n. 6 del 2018) che, identificando gli ambiti dei poteri attribuiti alle differenti giurisdizioni dalla Costituzione, nonché i presupposti e i limiti del ricorso ex art. 111 Costituzione, comma 8, ha pronunciato in merito a una questione che involge l'interpretazione di norme costituzionali e l'identificazione dei confini tra poteri da queste stabiliti, esercitando la funzione propria di interprete ultimo delle norme costituzionali. In considerazione di quanto sopra evidenziato, deve ritenersi che il vizio denunciato nella decisione del Consiglio di Stato non possa essere ricondotto ad una ipotesi di violazione dei limiti esterni della giurisdizione, con conseguente inammissibilità del ricorso.*

*31.- Di conseguenza, la violazione del diritto dell'Unione europea da parte dei giudici amministrativi è (o si afferma essere) irrimediabile nell'ordinamento nazionale, se non in via indiretta e succedanea mediante il risarcimento del danno per responsabilità dello Stato, con la conseguenza che non vi sarebbero rimedi idonei ad evitare il consolidarsi degli effetti della violazione stessa e a dare attuazione diretta agli interessi giuridicitutelati dal diritto dell'Unione.»*

Il punto 31 dell'ordinanza - sull'ineffettività delle tutele interne in caso di manifesta violazione del diritto dell'Unione europea da parte del Consiglio di Stato, Giudice di ultimo grado e di ultima istanza nell'ambito della giurisdizione amministrativa con competenza esclusiva - non può essere condiviso e ciò induce a ipotizzare che il delicato equilibrio nel rapporto tra Cassazione e Consiglio di Stato sulle materie di competenza esclusiva del giudice amministrativo vada mantenuto e non frantumato.

Anche se, sono convinto, per le ragioni che vado ad esporre, la risposta della Corte di giustizia *in subiecta materia* fornirà sicuramente un strumento interpretativo di grande utilità, auspicabilmente con un giudizio di “non osta” sulle questioni pregiudiziali sollevate dalle Sezioni unite, che aiuti la riflessione generale dei giuristi europei sulla necessità che il dialogo tra la

Corte di giustizia e i giudici nazionali prosegua sul piano di obiettivi più condivisi e unificanti, in un momento di gravissima crisi sociale, economica e conseguentemente della tutela effettiva dei diritti fondamentali, salvaguardando anche i valori della certezza del diritto e del rispetto per il giudicato, che sono valori fondanti della democrazia rappresentativa e delle tradizioni costituzionali europee su cui si fonda la fragile ma permanente rappresentazione teatrale, a volte tragica, a volte comica, a volte eroica, necessaria ove se ne rafforzino le Istituzioni politiche in senso federativo su base costituzionale, dell'Unione europea.

\*\*\*\*\*

## **2. La *ῥῆσις* del Consiglio di Stato contro la Corte di giustizia e la Corte costituzionale sullo stato giuridico della magistratura onoraria**

In realtà, diversamente da quanto parzialmente rappresentato al punto 31 dell'ordinanza in commento, oltre all'azione di responsabilità civile del giudice di ultima istanza di cui all'art.2 della legge n.117/1988 a cui fa chiaramente riferimento la Suprema Corte per escluderne (in parte a ragione, ma non nei confronti del Consiglio di Stato, l'effettività della tutela) è esperibile un'altra azione giudiziaria interna per rimediare ad una flagrante violazione al diritto dell'Unione in una situazione come quella oggetto del rinvio pregiudiziale delle Sezioni unite, oltre al ricorso sovranazionale alla Corte europea dei diritti dell'uomo per le violazioni ai diritti individuali garantiti dalla Convenzione Edu.

Si tratta dell'azione di risarcimento dei danni nei confronti dello Stato italiano per inadempimento al diritto "comunitario", secondo i principi enunciati dalla sentenza Francovich<sup>8</sup>, di competenza del giudice ordinario, che trova la sua unica (e tardiva) fonte regolativa interna nell'art.4, comma 43, della legge 12 dicembre 2011, n.183, con cui il legislatore, modificando l'orientamento della Cassazione a Sezioni unite che prevedeva la responsabilità contrattuale della Presidenza del Consiglio dei Ministri e la prescrizione decennale, oltre alla competenza territoriale esclusiva del Tribunale civile di Roma, ha disposto che la prescrizione quinquennale del

---

<sup>8</sup> Corte di giustizia Ce, sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90 Andrea Francovich ed altri c. Repubblica italiana, EU:C:1991:428.

diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell'ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti obbligatori comunitari soggiace, in ogni caso, alla disciplina di cui all'art. 2947 c.c. dell'illecito extracontrattuale.

Secondo la norma speciale del 2011, la responsabilità extracontrattuale dello Stato decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato, in palese violazione con i principi europei e costituzionali sul giusto processo e sull'effettività della tutela giurisdizionale, che pretendono che la prescrizione *in subiecta materia* decorra dal momento in cui il diritto può essere esercitato, ai sensi dell'art. 2935 c.c., cioè dal momento in cui sono state rimosse le condizioni interne legislative e/o amministrative e/o giurisprudenziali ostative che impediscono l'applicazione del diritto dell'Unione.

Tale azione è stata proposta dal Giudice di pace di Bologna con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale del 16 ottobre 2018 nella causa C-658/18, che ha portato alla sentenza UX<sup>9</sup> della Corte di giustizia del 16 luglio 2020 (EU:C:2020:572), che ha espressamente richiamato al punto 60, condividendole, le condizioni di ammissibilità della domanda della ricorrente giudice di pace UX nel procedimento principale, volta ad ottenere un'ingiunzione di pagamento nei confronti del Governo italiano instaurata

---

<sup>9</sup> Corte di giustizia Ue, II Sez., sentenza 16 luglio 2020, causa C-658/18 UX, EU:C:2020:572, ridenominata Governo della Repubblica italiana (stato giuridico dei giudici di pace italiani). La sentenza è stata pubblicata su *Foro it.*, n.1, gennaio 2021, IV, p.37, con nota redazionale di G.Grasso e nota di F. Paolicelli, *Lavoro, remunerazione, ferie: la dignità del giudice di pace dinanzi alla Corte di giustizia*; cfr. V. De Michele, *Indipendenza del giudice e Stato di diritto: la tutela della magistratura onoraria nell'Unione e in Italia ai tempi della pandemia*, su [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 12 gennaio 2021; V. Poso, *Ufficiale (di complemento) e gentiluomo, ma anche subordinato? Iudex honorarius, de te fabula narratur*, su *Labor*, 23 gennaio 2021; il forum di novembre 2020 su [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), introdotto e coordinato da B. Capponi e con interventi di F. Russo, *Brevi osservazioni sul testo unificato dei Disegni di legge. S. 1438, S. 1516, S. 1555, S. 1582, S. 1714 in discussione al Senato di "riforma della riforma" della magistratura onoraria*, G. Scarselli, *Brevissime note sulle ultime proposte di riforma della normativa sui giudici onorari*, G.N. Nardo, *Verso quale riforma della magistratura onoraria?*, B. Caruso e G. Minutoli, *Cui prodest? La riforma della magistratura onoraria tra tutela di diritti negati ed efficienza della Giustizia*; A. Perolio, *Giudici onorari europei a confronto. L'anomalia italiana*, su [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 5 marzo 2021; G. Negri, *Giudici di pace, apertura sulla subordinazione*, in *Guid.dir.*, 17 luglio 2020.

correttamente nei limiti della competenza per valore (€ 5.000,00) e per territorio (Ufficio GdP di Bologna) del giudice del rinvio.

Secondo il Giudice di pace di Bologna<sup>10</sup>, l'azione di risarcimento dei danni extracontrattuali si giustificava non solo sulla base del dato normativo, ma anche in base al diritto "vivente" della Cassazione<sup>11</sup>, che non ha riconosciuto ai magistrati onorari un rapporto di lavoro di dipendente pubblico equiparabile a quello che lega i magistrati professionali al Ministero della giustizia.

Anche la Corte costituzionale, fino alla sentenza UX della Corte di giustizia, ha più volte respinto le questioni di legittimità costituzionale finalizzate all'equiparazione della magistratura onoraria alle condizioni di lavoro di quella professionale o ordinaria (cfr. Corte cost., ordinanza 8 novembre 2000 n.479; ordinanza 30 giugno 1999 n.272; sentenza 16 febbraio 2006 n.60).

Infine, il Consiglio di Stato si era adeguato al diritto vivente della Cassazione, legittimato dalla Corte costituzionale, in particolare con la sentenza del 18 luglio 2017 n. 3556, citata in nota 10 delle conclusioni scritte dell'Avvocato generale Kokott del 23 gennaio 2020 nella causa C-658/18 per giustificare la sussistenza delle condizioni ostative al riconoscimento dei diritti della magistratura onoraria davanti al giudice naturale.

Questo orientamento avrebbe dovuto essere integralmente rivisto in applicazione dello *iussuperveniens*, costituito dalla sentenza UX della Corte di giustizia del 16 luglio 2020 nella causa C-658/18 UX, e dalla sentenza del 9 dicembre 2020 n.267 della Corte costituzionale, che ha applicato la decisione europea.

Viceversa, come nella materia degli appalti pubblici, il Consiglio di Stato, giudice competente in via esclusiva sullo stato giuridico e i diritti e le responsabilità disciplinari della magistratura onoraria, che rientra ai sensi

---

10 A. Pederzoli.

11 Cfr., Cassazione, Sezioni unite, sentenze 8 gennaio 1975 n. 27, 7 ottobre 1982 n.5129, 20 marzo 1985 n. 2033, 14 gennaio 1992 n. 363, 17 febbraio 1994 n.1556, 2 giugno 1997 n.4905, 9 novembre 1998 n. 11272, 5 febbraio 2001 n.1622, 4 aprile 2008 n.8737, 29 marzo 2011 n.7099, 31 maggio 2017 n.13721, 16 novembre 2017 n.27198; III Sez.civ., sentenza 14 ottobre 2019 n.25767; Sez.lav., sentenze 2 gennaio 2002 n.16, 9 settembre 2016 n.17862 e 6 giugno 2020 n.10774.

dell'art.3 d.lgs. n.165/2001 nel pubblico impiego non contrattualizzato in quanto le condizioni di impiego sono regolate da leggi dello Stato, si è rifiutato di dare applicazione alla sentenza UX della Corte di giustizia.

La problematica del rapporto con eventuali situazioni di contrasto della normativa interna con il diritto dell'Unione è stata affrontata dal Consiglio di Stato con la sentenza del 21 febbraio 2020 n.1326, prima della sentenza UX della Corte di giustizia, con argomentazioni che sono state letteralmente riprese e condivise dalle successive pronunce dello stesso Collegio (Consiglio di Stato, V Sezione, sentenze del 9 dicembre 2020 n. 7771, n.7772, n. 7766, n. 7765, n.7764, n. 7763, n. 7762), nonostante la pubblicazione della sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2020 nella causa C-658/18, totalmente ignorata.

Nelle citate decisioni il Consiglio di Stato ha rigettato la domanda di rinvio pregiudiziale sulla base delle seguenti argomentazioni: *«Ed infatti quella del magistrato professionale è una carriera speciale di diritto pubblico (art. 3 del d.lgs. n. 165 del 2001) in quanto sottende un rapporto di servizio inerente ad una funzione espressiva di sovranità; perciò, attesa l'inerenza all'interesse pubblico e la configurazione della funzione cui serve, modellandone struttura e sviluppo, non può essere assimilato ad un comune rapporto di lavoro, al quale, dunque, non si applica il diritto eurounitario. Quanto ai giudici di pace, la natura di funzionario onorario, che esclude l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, rende inapplicabile le direttive europee che hanno tale ambito oggettivo di applicazione.»*.

Addirittura, con sentenza n.1062/2021 del 4 febbraio 2021 il Consiglio di Stato, V Sezione, ha, per la prima volta, preso in considerazione la sentenza UX della Corte di giustizia, così argomentando: *«La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza della sez. II, 16 luglio 2020, nella causa C-658/18, ha ritenuto che questo non fosse compatibile con il diritto eurounitario: per il quale unica è la nozione di "lavoratore" quale che sia la modalità di costituzione del rapporto con l'amministrazione, senza distinzioni dovute al tempo determinato o indeterminato di svolgimento, e non è consentito un differente trattamento con altro pubblico dipendente a parità di funzioni, salvo differenziazioni derivanti da ragioni oggettive*

*attinenti all'impiego che deve essere ricoperto; da qui il contrasto della normativa nazionale con il diritto euro – unitario nella parte in cui non prevedeva il diritto del giudice di pace a beneficiare di ferie annuali retribuite per trenta giorni come previsto, invece, per i magistrati ordinari. Siffatte disparità sono ora superate dagli articoli 24, 25 e 26 d.lgs. n. 116 del 2017, i quali, rispettivamente in materia di ferie, di gravidanza, malattia e infortunio, e di trattamento previdenziale, configurano analoghi istituti per i magistrati onorari, seppure con le dovute specificazioni. 2.6. In definitiva, a differenza del magistrato professionale, il magistrato onorario è tale solo in quanto e nei termini in cui viene chiamato a svolgere funzioni giurisdizionali: il che avviene comunque per una durata limitata e in maniera non esclusiva, ma compatibile con altre attività lavorative e professionali e per scelta volontaria di partecipare all'amministrazione della giustizia gratis rei publicae servire; caratteristiche che ne qualificano in maniera distinta lo status rispetto a quella del magistrato professionale.».*

La recentissima sentenza del Consiglio di Stato n.1062/2021 rappresenta una flagrante violazione del diritto dell'Unione europea, come interpretato dalla sentenza UX della Corte di giustizia.

Peraltro, il Consiglio di Stato nella sentenza n.1062/2021 ha legittimato la circolare del 18 gennaio 2018 n.11799 con cui il Ministero della giustizia, a distanza di quasi 18 anni della legge n.36/1990 che aveva introdotto il porto d'armi senza licenza per tutti i magistrati anche onorari, valido anche come documento di riconoscimento, ha disposto il ritiro entro il 6 febbraio 2018 di tutti i tesserini di riconoscimento rilasciati ai magistrati onorari, ritenendo che tale privilegio fosse riservato soltanto ai magistrati ordinari, in ragione della natura meramente volontaria del rapporto di servizio dei magistrati onorari.

Ebbene, nella prospettazione del Giudice di pace di Bologna nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale del 16 ottobre 2018 nella causa C-658/18, accolta dalla Corte di giustizia con la sentenza UX del 16 luglio 2020, al punto 14 la citata circolare del 18 gennaio 2018 n.11799 del Ministero della giustizia era stata segnalata tra gli indicatori dell'intenzione del Governo italiano di non adempiere agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea per quanto riguarda lo *status* giuridico del giudice di pace e del magistrato onorario.

La ὕβρις del Consiglio di Stato contro la Corte di giustizia e la Corte costituzionale ha acquisito una maggior intensità offensiva nei confronti del diritto dell'Unione e dei principi costituzionali, dal momento che l'organo di vertice della giustizia amministrativa ha operato in un contesto in cui il Tar Emilia Romagna con l'ordinanza del 1° giugno 2020 nella causa C-236/20<sup>12</sup> *Ministero della Giustizia ed altri* ha sollevato nuovamente questioni pregiudiziali concernenti lo status dei giudici di pace.

Lo stesso Tar Emilia Romagna con l'ordinanza n.19/2021 del 14 gennaio 2021, «*Ritenuto, ad un sommario esame, di poter apprezzare favorevolmente le esigenze cautelari apprezzata la sussistenza sia del "periculum in mora" che di sufficienti elementi di fondatezza della pretesa azionata quantomeno in pendenza del rinvio pregiudiziale disposto dall'adito Tribunale Amministrativo ai sensi dell'art. 267 TFUE (ordinanza n. 363/2020) sullo stato giuridico e i diritti dei Giudici di pace, oltre che in considerazione della stessa recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, sezione II, 16 luglio 2020, C-658/18 – U.X. contro il Governo della Repubblica italiana*», ha accolto la domanda cautelare proposta dallo stesso Giudice di pace di Bologna che ha sollevato la pregiudiziale Ue nella causa C-658/18, disponendo la prosecuzione della sua attività giurisdizionale oltre la data di compimento del 68° anno di età, così disapplicando la norma interna di cui all'art.29, comma 2, d.lgs. n.116/2017 che fissa tale limite per la cessazione dell'incarico di tutti i magistrati onorari già in servizio alla data del 16 agosto 2017, fissando l'udienza per il merito al 26 maggio 2021, nell'attesa che la Corte di giustizia fornisca le sue risposte alle domande pregiudiziali dello stesso giudice amministrativo del rinvio nella causa C-236/20.

In precedenza, il Tar Emilia Romagna aveva accolto resa nel giudizio n.702/2020 R.G. con l'ordinanza n.461/2020 del 10 dicembre 2020 analoga istanza cautelare di una giudice di pace di Rimini che era stata autorizzata dal giudice amministrativo di 1° grado, nel dialogo diretto con la Corte di giustizia ancora in corso nella causa C-236/20, per la prosecuzione dell'incarico giurisdizionale oltre il compimento del 68° anno di età, fissando

---

12 Su cui cfr. V. De Michele, *Indipendenza del giudice e Stato di diritto: la tutela della magistratura onoraria nell'Unione e in Italia ai tempi della pandemia*, cit..

l'udienza per il merito sempre al 26 maggio 2021 e sempre in attesa della decisione della Corte di giustizia nella causa C-236/20.

Ma il Consiglio di Stato nel giudizio n.10052/2020 R.G. aveva accolto l'appello del Ministero della giustizia e del CSM (proposto prima dell'insediamento del nuovo Governo) prima con ordinanza del 12 febbraio 2021 n.646/2021, riformando l'ordinanza cautelare di 1° grado e condannando alle spese l'appellata con la seguente motivazione, in cui non vi è traccia della sentenza UX della Corte di giustizia e della sentenza n.267/2020 della Corte costituzionale: «*Ritenuto che, prima facie, le ragioni dedotte dall'amministrazione appellante presentino apprezzabili profili di fondatezza, anche alla luce dei principi esposti nei precedenti della Sezione 2 marzo 2017, n. 864 e 4 febbraio 2021, n. 1062*».

La decisione cautelare n.646/2021 del Consiglio di Stato aveva una valenza plurioffensiva anche nei confronti della Cassazione a Sezioni unite, perché in data 7 febbraio 2021, nell'ambito dello stesso giudizio principale in 1° grado n.702/2020 R.G. pendente davanti al Tar Emilia Romagna, era stato notificato e depositato al fascicolo informatico dei due gradi (quello di merito di 1° grado e quello cautelare di 2° grado) di giudizio il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, sempre sullo status della giudice di pace di Rimini, iscritto al n.5263/2021 R.G. Cass., determinato dalla sentenza n.1062/2021 del Consiglio di Stato.

In buona sostanza, vi erano le condizioni per la sospensione del giudizio cautelare in Consiglio di Stato, ai sensi dell'art.79, comma 1, c.p.a. sia in relazione all'ipotesi dell'art.367 c.p.c. in pendenza del regolamento di giurisdizione n.5263/2021 davanti alle Sezioni unite della Cassazione su questione analoga sia in relazione all'art.295 c.p.c. per la contestuale pendenza della pregiudiziale Ue sollevata dal TAR Emilia Romagna con l'ordinanza del 1° giugno 2020 n.363/2020 in causa C-236/20 e della

pregiudiziale costituzionale sollevata dal Giudice di pace di Lanciano con l'ordinanza del 28 maggio 2020 n.184/2020<sup>13</sup>.

Ma il Consiglio di Stato ha opposto il suo - apparentemente isolato - rifiuto al dialogo con la Corte di giustizia, con la Corte costituzionale e con la Cassazione a Sezioni unite, ribadito, se possibile con maggiore gravità di autarchia giurisdizionale con l'ordinanza del 12 marzo 2021 n.1253/2021, con cui la stessa V Sezione di Palazzo Spada ha accolto il secondo appello proposto dal Ministero della giustizia e dal CSM sulla stessa questione avverso l'ordinanza n.19/2021 del Tar Emilia Romagna e per l'effetto, in riforma dell'ordinanza impugnata, ha respinto l'istanza cautelare proposta dal Giudice di pace di Bologna del rinvio pregiudiziale della causa C-658/18 UX in primo grado di prosecuzione del servizio giurisdizionale come giudice di

---

13 Il Giudice di pace di Lanciano con l'ordinanza del 28 maggio 2020 n.184/2020 ha sollevato le seguenti questioni di legittimità costituzionale: *«Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale: .....degli artt.1-33 della legge 13 luglio 2017, n.116, nelle parti in cui le predette disposizioni vengono estese ai giudici di pace già in servizio alla data di entrata in vigore del decreto; dell'art.5 della legge 28 aprile 2016 n.57, nella parte in cui affida il Coordinamento degli Uffici del Giudice di pace al Presidente del Tribunale; dell'art.11, comma 4-ter, della legge 21 novembre 1991 n.374, nella parte in cui stabilisce che l'importo di euro 72.000 lordi annui costituisca il tetto massimo e non la retribuzione lorda annuale comunque spettante al giudice di pace in servizio alla data di entrata in vigore del d.lgs. n.116/2017; dell'art.119 d.l. 17 marzo 2020 n.18, convertito con modificazioni dalla legge n.27/2020, nella parte in cui riconosce ai magistrati onorari un contributo economico inadeguato per il periodo di sospensione dell'attività giudiziaria nei mesi di marzo-maggio 2020; dell'art.20 del d.lgs. 25 maggio 2017 n.75, nella parte in cui non estende anche ai Giudici di pace la procedura di stabilizzazione e di superamento del precariato prevista i dipendenti delle pubbliche amministrazioni in regime di rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato; degli artt.42, comma 2 e 83 del d.l. 17 marzo 2020 n.18, convertito con modificazioni dalla legge n.27/2020, dell'art.3 del d.l. 30 aprile 2020 n.28, nonché dell'art.14, comma 4, d.l. 19 maggio 2020 n.34, in combinato disposto, nella parte in cui le predette disposizioni hanno paralizzato e paralizzano l'attività giurisdizionale di questo giudice di pace per il periodo dal 9 marzo 2020 al 31 gennaio 2021, privandolo di ogni fonte di reddito e ledendo l'indipendenza sotto il profilo soggettivo del giudice e quindi il giusto processo, senza assicurare neanche la tutela previdenziale ed assicurativa in caso di disoccupazione prevista per gli altri lavoratori dipendenti da Ministero della giustizia; per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 4 comma 1, 36 comma 1, 38, 97 commi 2 e 4, 101 comma 2, 104 comma 1, 106 commi 1 e 2, 107 comma 1, 108 comma 1, 111, commi 1 e 2, 117, comma 1, della Costituzione, quest'ultima disposizione in relazione agli artt. 15, 20, 21, 30, 31, 34 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alle clausole 2, 4 e 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, recepito dalla direttiva 1999/70, nonché in relazione agli articoli 1, 2, 4, 12, 24 ed E della Carta sociale europea.».*

pace oltre il compimento del 68° anno di età, condannando anche lui al pagamento, in favore delle amministrazioni appellanti, delle spese di lite.

In realtà, il Consiglio di Stato non è isolato nella sua insindacabile interpretazione e applicazione della norma interna – art.29, comma 2, d.lgs. n.116/2017 - che, oggettivamente, non consente ai magistrati onorari già in servizio alla data del 16 agosto 2017 la prosecuzione oltre il 68° anno di età dell'incarico giurisdizionale, nonostante la stessa disposizione al 1° comma preveda una sostanziale stabilità “lavorativa” fino al 31 maggio 2032.

La Suprema Corte di Cassazione non ha ancora adottato alcuna decisione *in subiecta materia* dopo la sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2020 nella causa C-658/18, mantenendo così inalterata la prassi giurisprudenziale in base alla quale non vi è alcun riconoscimento ai giudici di pace e agli altri magistrati onorari di un rapporto di lavoro di dipendente pubblico equiparabile a quello che lega i magistrati professionali al Ministero della giustizia, già esaminata con valutazione negativa, come la sentenza n.3556/2017 del Consiglio di Stato, sotto il profilo della (in)compatibilità con il diritto Ue al punto 34 e in nota 10 delle conclusioni scritte dell'Avvocato generale Kokott del 23 gennaio 2020 nella causa C-658/18.

\*\*\*\*\*

### **3. L'azione di responsabilità civile dello Stato per flagrante violazione del diritto dell'Unione da parte del Consiglio di Stato come giudice di ultima istanza tra ineffettività ed effettività, lesività e utilità**

Per verificare se un'ordinanza pregiudiziale delle Sezioni unite, come quella in commento, possa determinare effetti utili e virtuosi nel rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali garantiti dal diritto dell'Unione e dalla Costituzione italiana, bisogna fare almeno un test di effettività con una situazione analoga di flagrante violazione del diritto dell'Unione da parte del Consiglio di Stato come giudice di ultima istanza, quale è la situazione del diniego di ogni tutela giurisdizionale nei confronti della magistratura onoraria, innanzi rappresentata, destinata ad essere risolta positivamente e definitivamente dal nuovo Governo con l'ausilio della Corte costituzionale, senza dover attendere gli esiti del giudizio in Corte di giustizia nella causa C-236/20.

Infatti, come già anticipato in precedente lavoro<sup>14</sup> sono state discusse davanti alla Corte costituzionale all'udienza pubblica del 13 gennaio 2021 due ordinanze nn.84 e 96 del 2020 della Cassazione, che ha contestato l'assegnazione di giudici onorari "ausiliari" alle Corti d'appello e ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt.62, comma 1, 65 commi 1 e 4, 66, 67 commi 1 e 2, 68, comma 1, 72, comma 1, del d.l. 21 giugno 2013 n. 69, convertito con modificazioni nella l. 9 agosto 2013 n. 98, ritenuti in contrasto con gli artt. 102 comma 1, 106 comma 1 e 2 della Costituzione.

La Ministra della giustizia, prof.ssa Marta Cartabia, ha comunicato di attendere gli esiti della decisione della Corte costituzionale, di cui è stata Presidente, per definire lo status giuridico e i diritti dell'intera magistratura onoraria, andando incontro alle indicazioni delle Istituzioni europee (Corte di giustizia, Commissione e Parlamento Ue) e della Corte costituzionale, che per i giudici di pace si è già espressa con la sentenza n.267/2020, giustamente pubblicata nella Rete giudiziaria dell'Ue con traduzione anche in francese.

E veniamo al confronto tra la situazione processuale in cui si colloca l'ordinanza pregiudiziale n.19598/2020 delle Sezioni unite in materia di appalti pubblici e quella analoga che si è determinata in conseguenza delle due ordinanze cautelari n.646/2021 e n.1253/2021 del Consiglio di Stato in materia di status della magistratura onoraria.

La sentenza n.5606/2019 del 7 agosto 2019 del Consiglio di Stato, impugnata da Randstad Italia s.p.a.davanti alle Sezioni unite della Cassazione nel giudizio di cui all'ordinanza n.19598/2020, potrebbe essere oggetto da parte della stessa società ricorrente, entro il termine di tre anni dalla pubblicazione della decisione già impugnata davanti alla Suprema Corte (cioè entro il 7 agosto 2022) di un'azione giudiziaria nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri davanti al Tribunale civile di Roma<sup>15</sup> ai sensi dell'art.2,

---

14 Su cui cfr. V. De Michele, *Indipendenza del giudice e Stato di diritto: la tutela della magistratura onoraria nell'Unione e in Italia ai tempi della pandemia*, cit..

15 Sulla competenza del Tribunale civile di Roma per quanto riguarda l'azione giudiziaria proposta ai sensi dell'art.2 della legge n.117/1988 quando la flagrante violazione del diritto dell'Unione sia stata causata dalla Cassazione o dal Consiglio di Stato v. Cass., SS.UU., sentenza 7 giugno 2018 n. 14842.

comma 3, e dell'art.4, comma 2, della legge n.117/1988, dal momento che le decisioni del Consiglio di Stato esauriscono i mezzi ordinari di impugnazione nell'ambito della giustizia amministrativa.

In buona sostanza, ci troviamo di fronte ad una situazione abnorme di eccesso di tutela giudiziaria contro lo Stato in favore di un soggetto privato, che ha perso l'azione giudiziaria promossa davanti agli organi di giustizia amministrativa con motivazioni che non possono essere più sindacate in via ordinaria, ma che può, senza neanche attendere l'esito del giudizio incidentale in Corte di giustizia e la conseguente decisione delle Sezioni unite, chiedere l'integrale risarcimento dei danni che presume di aver subito sulla base di una causa petendi i cui presupposti da un lato sono stati definitivamente esclusi dalla magistratura amministrativa, dall'altro diventano improvvisamente assistiti da una presunzione assoluta, *iuris et de iure*, di fondatezza in un altro giudizio, speciale e davanti al giudice non competente (Tribunale civile di Roma) per il merito della questione, semplicemente perché le Sezioni unite della Cassazione con l'ordinanza pregiudiziale n.19598/2020 ritengono che il Consiglio di Stato abbia violato sistematicamente (e quindi non solo nella causa oggetto del procedimento principale) e in modo flagrante la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di appalti pubblici.

Aggiungerei, se pur entro determinati limiti di risarcibilità dell'azione di rivalsa dello Stato per il danno subito presuntivamente dalla Randstad Italia s.p.a. ai sensi dell'art.8, comma 3, della legge n.117/1988, che i giudici amministrativi, che sarebbero coinvolti nell'azione giudiziaria fondata sul "pregiudizio" insindacabile (per il Tribunale civile di Roma) delle Sezioni unite della Cassazione - tra i quali, mi pare, spicca la figura dell'attuale Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - non avrebbero neanche la possibilità sostanziale di difendersi dalle accuse della Suprema Corte intervenendo in quel particolare giudizio di responsabilità civile dei giudici, che le stesse Sezioni unite ritengono inefficace e insufficiente ad assicurare la tutela dei presunti danneggiati dalla sentenza del Consiglio di Stato (ordinanza n.19598/2020, punto 31).

Mi sembra che queste riflessioni dovrebbero indurre la Suprema Corte ad un approfondimento sulla opportunità di mantenere una questione pregiudiziale, come quella sollevata dalle Sezioni unite con l'ordinanza in commento, che crea molte, troppe criticità ordinamentali ed effetti distorsivi e disomogenei proprio sotto il profilo dell'equilibrio e dell'effettività della tutela dei diritti fondamentali.

Tuttavia, e passando alla comparazione con la situazione determinata dalle due ordinanze cautelari n.646/2021 e n.1253/2021 del Consiglio di Stato in materia di status della magistratura onoraria, neanche in questo caso l'azione di responsabilità civile dei giudici di cui alla legge n.117/1988, pur evidentemente ammissibile, diversamente da quella incautamente provocata dalle Sezioni unite con l'ordinanza n.19598/2020, non avrebbe alcun senso ed effettività, dal momento che i giudici di pace di Bologna e di Rimini, ingiustamente estromessi dalla possibilità di continuare i rispettivi incarichi giurisdizionali oltre il 68° anno di età, potranno ottenere la tutela ripristinatoria del rapporto di lavoro dal Tar Emilia Romagna nei rispettivi giudizi di merito, in uno dei quali è pendente il regolamento preventivo di giurisdizione davanti alle Sezioni unite, che sicuramente rivedranno la precedente giurisprudenza negativa sullo stato giuridico della magistratura onoraria, alla luce delle sentenze della Corte di giustizia e della Corte costituzionale già pronunciate e da pronunciarsi in un futuro molto prossimo.

Sul punto dell'ineffettività della normativa in materia di responsabilità civile ai fini della tutela dei diritti giova però richiamare le conclusioni del 23 gennaio 2020 della causa C-658/18 UX, in cui l'avvocato generale Kokott ha così concluso, in risposta alla terza questione sollevata dal (pensionato d'autorità senza pensione) Giudice di pace di Bologna con l'ordinanza del 16 ottobre 2018: *«Una disposizione sulla responsabilità personale del giudice per dolo o colpa grave «in caso di violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea» deve essere interpretata, da parte sua, alla luce del diritto dell'Unione, nel senso che l'applicazione del diritto prioritario dell'Unione non fonda la responsabilità del giudice. Qualora una siffatta interpretazione non sia possibile, tale disposizione non può essere applicata.»»*.

In particolare, l'Avvocato generale argomenta che, con la terza questione pregiudiziale, il giudice del rinvio ha chiesto se fosse compatibile con i precetti del diritto dell'Unione il fatto che il diritto nazionale preveda la responsabilità personale dei giudici investiti della causa per dolo o colpa grave «in caso di violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea», precisando che il Giudice di pace di Bologna intende tale disposizione nel senso che la sua responsabilità può sorgere qualora lo stesso applichi il diritto nazionale violando il diritto dell'Unione, ma anche qualora egli applichi il diritto prioritario dell'Unione disapplicando le norme interne (conclusioni Kokott causa C-658/18, punto 113).

Dal punto di vista del diritto dell'Unione, occorre rilevare, al riguardo, che la minaccia di una sanzione per l'applicazione del diritto dell'Unione e la contestuale disapplicazione del diritto nazionale incompatibile sarebbe contraria al primato del diritto dell'Unione, al principio di leale cooperazione sancito dall'articolo 4, paragrafo 3, TUE e al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'articolo 47 della Carta. Al contempo, sarebbe dubbio se un giudice, alla luce del rischio di una responsabilità per l'applicazione prioritaria del diritto dell'Unione, possa continuare ad applicare in maniera indipendente tale diritto (conclusioni Kokott causa C-658/18, punto 114).

Pertanto, una disposizione sulla responsabilità personale del giudice per dolo o colpa grave «*in caso di violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea*» deve essere interpretata nel senso che l'applicazione del diritto prioritario dell'Unione non fonda la responsabilità del giudice (conclusioni Kokott causa C-658/18, punto 115). Qualora una siffatta interpretazione non sia possibile, la disposizione non può essere applicata. In nessun caso il giudice interessato deve rischiare una sanzione per la corretta applicazione del diritto dell'Unione (conclusioni Kokott causa C-658/18, punto 116).

La Corte di giustizia nella sentenza UX del 16 luglio 2020 non si è pronunciata sulla terza questione pregiudiziale del Giudice di pace del rinvio, ritenendola irricevibile ai punti 73-74: «*Per quanto riguarda la terza questione, occorre invece rilevare che il procedimento principale non*

*riguarda la responsabilità personale dei giudici, bensì una domanda volta ad ottenere un'indennità a titolo di ferie retribuite. Il giudice del rinvio non ha spiegato in che modo un'interpretazione dell'articolo 47 della Carta sarebbe necessaria ai fini della sua pronuncia, né il collegamento che il medesimo ha stabilito tra le disposizioni dell'Unione di cui chiede l'interpretazione e la normativa nazionale applicabile al procedimento principale. Inoltre, dalla decisione di rinvio non risulta in alcun modo che possa venire in rilievo una responsabilità per dolo o colpa grave del giudice del rinvio.».*

Nella fattispecie del procedimento principale di cui all'ordinanza n.19598/2020 della Cassazione la questione sulla responsabilità civile del Giudice (di ultima istanza) avrebbe avuto la sua rilevanza, proprio alla luce delle ineccepibili argomentazioni dell'Avvocato generale Kokott sul punto nelle conclusioni della causa C-658/18 e del diverso contesto istituzionale e giurisprudenziale in cui la questione si colloca, dal momento che il Consiglio di Stato è, in questo caso, Giudice di ultima istanza, ai sensi dell'art.267, paragrafo 3, TFUE.

\*\*\*\*\*

#### **4. Il dialogo tra Corte di giustizia e Corte costituzionale nel costruire un nuovo sistema unitario di tutela dei diritti fondamentali in Europa e in Italia.**

Ho già avuto di evidenziare in precedenti scritti<sup>16</sup> l'importanza e la centralità della nostra Corte costituzionale italiana nel dialogo diretto con la Corte di giustizia per costruire quel sistema unitario rafforzato di tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea, a cui anche le Sezioni unite della Cassazione manifestamente aspirano con l'ordinanza n.19598/2020, creando però in questo caso disarmonie e contrasti interni giurisprudenziali che,

---

<sup>16</sup> Rimando a V. De Michele, *Indipendenza del giudice e Stato di diritto: la tutela della magistratura onoraria nell'Unione e in Italia ai tempi della pandemia*, cit.; *La Carta e le Corti: una riflessione sul ruolo della Corte costituzionale dopo la sentenza Bauer della Cgue*, su [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), gennaio 2019; *L'interpretazione comunitaria della Corte costituzionale sulla "nuova" disciplina del contratto a termine*, in *Lav.giur.*, pp. 816-840; *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro italiano: un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele*, pagg.53-153, in *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, R. Foglia – R. Cosio (a cura di), Milano, 2011.

soprattutto in questo momento di crisi sistemica politica, sociale, economica e sanitaria a livello mondiale, non possono essere condivisi e sostenuti.

Il «*new deal* della Corte costituzionale»<sup>17</sup>, come sottolineato dallo stesso Autore, ha mostrato un «*volto, molto più conciliante ed aperto verso il giudice comune, tutto improntato all'idea della cooperazione e della condivisione, della flessibilità*», preconizzato dall'attuale Ministra della giustizia<sup>18</sup>, che ha portato prima alle pregiudiziali costituzionale e comunitaria del 2018 sull'art.1, comma 1, del d.lgs. n.368/2001 della compianta Maria Antonietta La Notte Chirone<sup>19</sup>, giudice del lavoro del Tribunale di Trani, in difesa della interpretazione comunitariamente orientata della insuperata sentenza della Cassazione n.12985/2008<sup>20</sup>, e poi alla fondamentale prima ordinanza pregiudiziale in sede incidentale della Corte costituzionale n.207/2013<sup>21</sup>, per finire alla recente citata sentenza n.267/2020 del Giudice

---

<sup>17</sup>E' felice espressione utilizzata da R. Conti, *Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I "volti" della Corte di Cassazione a confronto*, cit..

<sup>18</sup>Cfr. M. Cartabia, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di "doppia pregiudizialità", comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, 222 ss.

<sup>19</sup> Su cui V. De Michele, *Questioni di pregiudizialità comunitaria e costituzionale sul contratto a termine*, in *Lav.giur.*, 2008, 7, pp.707-724.

<sup>20</sup>Cass., sez. lav., Pres. Mattone, Est. Nobile, su *Lav. giur.*, 2008, 903, con nota di V. De Michele, *L'interpretazione sistematica della Cassazione sul contratto a termine e la reazione caotica del legislatore*; A.M. Perrino, *Il paradosso del contratto a termine: l'enfasi dei principi e la «Realpolitik» delle regole*, su *Foro it.*, 2008, 3576; A. Olivieri, *La Cassazione e il rasoio di Ockham quale strumento intervento del contratto a tempo determinato: a parità di fattori la spiegazione più semplice tende ad essere quella esatta*, in *RIDL.*, 2008, 891; A. Vallebona, *Sforzi interpretativi per una distribuzione inefficiente dei posti di lavoro stabile*, su *Mass. giur. lav.*, 2008, 643.

<sup>21</sup> Corte cost., Pres. Gallo, Est. Mattarella, ordinanza 18 luglio 2013, n. 207. Sulla prima ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale in un giudizio incidentale, cfr. U. Adamo, *Nel dialogo con la Corte di giustizia la Corte costituzionale è un organo giurisdizionale nazionale anche nel giudizio incidentale. Note a caldo sull'ord. n. 207/2013*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 24 luglio 2013; A. Adinolfi, *Una "rivoluzione silenziosa": il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana in un procedimento incidentale di legittimità costituzionale*, in *Riv.dir.int.*, 2013, n.4, p.1249; A. Celotto, *Il completamento degli "strumenti di dialogo" tra Corte costituzionale e Corte di Lussemburgo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2013, n.12; A. Cerri, *La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte*, in *Giur.cost.*, 2013, n.4, p.2897; V. De Michele, *L'ordinanza "Napolitano" di rinvio pregiudiziale Ue della Corte costituzionale sui precari della scuola: la rivoluzione copernicana del dialogo diretto tra i Giudici delle leggi nazionali ed europee*, in *Id.*, *Il dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia sui diritti dei lavoratori nel pubblico impiego, in absentialegum et*

delle leggi sull'equiparazione delle tutele per identità delle funzioni giurisdizionali svolte tra magistratura di pace e magistratura professionale.

Come sottolineato in dottrina<sup>22</sup>, la linea chiaramente seguita dalla Corte costituzionale in questi ultimi tre anni dalla sentenza n.6/2018, tanto criticata dalle Sezioni unite nella ordinanza in commento, in tutti i casi nei quali il nostro ordinamento legislativo sembra entrare in frizione con diritti contemporaneamente garantiti dall'Unione europea e dalla Costituzione italiana, è quella di persuadere i giudici a chiedere senza ritardo, in prima

---

*contra legem*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 2015; A. Denuzzo, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nella vicenda dei marchi territoriali pubblici di qualità per la valorizzazione dell'economia rurale*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2014; G. Diotallevi, *La crisi finanziaria europea e i diritti dei cittadini*, in *Quest.giust.*, 2014, n.1, p.103; T. Guarnier, *Rinvio pregiudiziale interpretativo e giudizio di legittimità costituzionale. Nuovi scenari e nuove prospettive nel crocevia sopranazionale*, in *Dir.soc.*, 2013, n.2, p.237; B. Guastaferrò, *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2013; MP. Iadicicco, *Il precariato scolastico tra Giudici nazionali e Corte di Giustizia: osservazioni sul primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana nell'ambito di un giudizio di legittimità in via incidentale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it), 2014; E. Lamarque, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Dir.publ.*, 2013, n.3, p. 727; M. Losana, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale: il diritto costituzionale (processuale) si piega al dialogo tra le Corti*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it), 2014, n.1; E. Lupo, *L'evoluzione del dialogo tra le Corti*, in *Quest.giust.*, 2014, n.1, p.33; L. Menghini, *Riprende il dialogo tra le Corti superiori: contratto a termine e leggi retroattive*, su *Riv.giur.lav.*, 2013, 4, p.425; Id., *Dialogo e contrasti tra le Corti europee e nazionali: le vicende del personale ATA non sono ancora terminate*, in *Lav.giur.*, 2014, n.5, p.455; A.M. Perrino, *Nota e Corte cost., ord. n. 207/2013*, in *Foro it.*, 2013, I, p.3059; L. Pesole, *Un altro passo avanti nel percorso: la Corte costituzionale rinvia alla Corte di Giustizia in un giudizio in via incidentale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2013, n.25; G. Repetto, *I mutevoli equilibri del rinvio pregiudiziale: il caso dei precari della scuola e l'assestamento dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia*, in [www.dirittocomparati.it](http://www.dirittocomparati.it), 2014; Id., *La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c'è mai fine ai nuovi inizi*, in [www.dirittocomparati.it](http://www.dirittocomparati.it), 2013; A. Ruggeri, *I rapporti tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in *Quest.giust.*, 2014, n.1, p. 53; C. Salazar, *La Corte costituzionale bussava ancora alle porte della Corte di giustizia dell'Unione europea: brevi note interne alla questione pregiudiziale sui docenti precari nella scuola pubblica*, in [www.confronticostituzionali.eu](http://www.confronticostituzionali.eu), 2013; Id., *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII convegno annuale dell'Aic*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2013, n.4; L. Saltari, *La precarietà del lavoro nella scuola italiana nel difficile dialogo tra le Corti*, in *Giorn.dir.amm.*, 2015, n.2, p.219; G. Tesaurò, *Il lavoro delle Corti – Anche le Corti cambiano*, in *Quest.giust.*, 2014, n.1, p.39; L. Trucco, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza costituzionale (2000-2015)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2016, n.1; L. Barretta Uccello, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio in via incidentale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it), 2013.

battuta, il suo intervento, perché soltanto la Corte costituzionale – e non il singolo giudice comune, che si pronuncia solo per il suo caso, né la Corte di giustizia, che non ha il potere di eliminare una legge nazionale – ha lo strumento per eliminare, una volta per tutte e con effetti generali, delle norme italiane lesive dei diritti fondamentali in gioco.

Come contropartita, secondo la stessa dottrina, la Corte costituzionale assicura ai giudici che nessun rilevante profilo di diritto dell'Unione sarà trascurato, e lo fa sia impegnandosi a prenderlo essa stessa in considerazione, eventualmente anche esercitando il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sia affermando e ripetendo che i poteri dei giudici nei confronti del diritto dell'Unione – di disapplicazione e di rinvio pregiudiziale – restano intatti all'esito dell'incidente di costituzionalità.

Questa impostazione, nelle sue recenti applicazioni concrete come la sentenza n.267/2020 e come, probabilmente, avverrà con la emananda decisione sui giudici ausiliari di Corte di appello, va implementata o dallo stesso Giudice delle leggi, soprattutto in presenza di problemi strutturali dell'ordinamento giudiziario che provocano grave criticità dello Stato di diritto, avvalendosi del potere di estendere d'ufficio, ai sensi dell'art.27 della legge n.87/1953, la declaratoria di illegittimità non solo alla norma sottoposta a scrutinio di costituzionalità ma anche a tutte quelle collegate e conseguenti, o dal legislatore costituzionale, che consenta ad un qualificato numero di cittadini e/o di rappresentanze parlamentari di accedere direttamente alla Corte costituzionale, come avviene in altre esperienze ordinamentali, come quella tedesca.

Senza dubbio, come afferma la Corte costituzionale nella sentenza n.20/2019<sup>23</sup>, le tre strade percorribili da parte del giudice comune rimangono quelle del rinvio pregiudiziale, del rinvio allo stesso Giudice delle leggi o

---

22E.Lamarque, *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, su *Questione giustizia*, 2020.

23Corte cost., Pres. Lattanzi, Est. Zanon, sentenza 21 febbraio 2019 n.20, su cui, tra tutti i numerosissimi commenti, v. G. Bronzini, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2019.

della disapplicazione della norma contrastante con il parametro della Carta dei diritti fondamentali Ue o del diritto primario dell'Unione di immediata efficacia, che integrano, nella visione della Consulta, un «*concorso di rimedi giurisdizionali*» capace di ampliare «*gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali*».

Non vedo ulteriore spazio di ampliamento eccessivo o recessivo, secondo i punti di vista, degli strumenti di tutela giudiziaria, come quello dell'iperfetazione interpretativa dell'art.111, comma 8, della Costituzione, pur rimanendo la indiscussa centralità della Cassazione nella nomofilachia autentica delle leggi nazionali, che però non può defluire in acque diverse, di competenza del legislatore e/o della Corte costituzionale e/o del Consiglio di Stato e/o della stessa Corte di giustizia, provocando l'interrogativo che il giurista euro-unitario dovrebbe poi necessariamente porsi: chi giudica la Cassazione a Sezioni unite o a Sezione semplice quando viola in maniera flagrante il diritto dell'Unione?

\*\*\*\*\*