



16 DICEMBRE 2020

L'interpretazione della Corte
costituzionale dell'art. 111, ult. comma:
una preclusione impropria al rinvio
pregiudiziale obbligatorio

di Giuseppe Tesauo
Presidente emerito della Corte costituzionale

L'interpretazione della Corte costituzionale dell'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*

di **Giuseppe Tesaro**

Presidente emerito della Corte costituzionale

Abstract [It]: L'articolo analizza alcune questioni problematiche poste dalla recente ordinanza della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020, relativamente al rapporto tra giurisdizioni supreme dell'ordinamento italiano e a quello tra ordinamento costituzionale e dell'Unione europea. Evidenziando il possibile contrasto con la prospettiva della Corte costituzionale, nella sent. n. 6 del 2018, l'Autore esamina il dibattito sulla interpretazione dell'art. 111, ultimo comma, Cost. Dando conto della funzione del rinvio pregiudiziale e della nozione di "soli motivi di giurisdizione" nella giurisprudenza, analizzando il divieto di limiti all'obbligo di rinvio del giudice nazionale e la portata del principio della tutela giurisdizionale effettiva, l'Autore prospetta i possibili scenari futuri.

Abstract [En]: The article aims to analyze some problematic issues raised by the recent decision made by the Court of Cassation no. 19598/2020, on the relationship between the supreme jurisdictions of the Italian legal system; furthermore, the relationship between the Italian constitutional system and European Union's one. Underlighting the possible conflict with the perspective of the Constitutional Court, made clear in the decision no. 6/2018, the Author examines the debate on the interpretation of art. 111, last paragraph, of the Constitution. The Author discusses the function of the preliminary referral and the notion of "only for reasons of jurisdiction" in the jurisprudence, also analyzing the prohibition of bounds on the obligation to refer for the national judge, the scope of the principle of effective judicial protection. Finally, the Author outlines possible future scenarios.

Sommario: 1. Premessa. 2. La funzione del rinvio pregiudiziale. 3. L'ordinanza n. 19598/2020 delle Sezioni Unite. 4. La nozione di "soli motivi di giurisdizione" nella giurisprudenza. 5. Divieto di limiti all'obbligo di rinvio del giudice nazionale. 6. Il principio della tutela giurisdizionale effettiva.

1. Premessa

In Assemblea costituente vi fu una seria e vivace discussione sul tema dei limiti del sindacato della Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti (Seduta pomeridiana del 27 novembre 1947). In particolare, Costantino Mortati e Giovanni Leone con posizioni opposte approfondirono le ragioni per limitare ai soli motivi di giurisdizione il sindacato della Cassazione sulle decisioni delle giurisdizioni speciali amministrativa e contabile costituzionalizzate, cioè Consiglio di Stato e Corte dei conti.

È, questo, il contesto storico dell'attuale art. 111 della Costituzione, tema che ha alimentato negli ultimi tempi una rinnovata attenzione – e al quale intendiamo dedicare queste nostre riflessioni – che vede di recente posizioni opposte della Cassazione e della Corte costituzionale e che lasciano emergere, la prima,

* Articolo sottoposto a referendum.

una preoccupazione di maggiore ed effettiva tutela dei singoli, la seconda una rigorosa difesa dell'autonomia decisionale del Consiglio di Stato e della Corte dei conti.

Nelle parole di Leone si legge che per il Consiglio di Stato e la Corte dei conti la stessa ragione della loro esistenza, che aveva portato a “deflettere” dalla unicità della giurisdizione¹, «deve valere per limitare il ricorso in Cassazione ai soli casi di difetto di giurisdizione. Sta di fatto che il principio generale accolto in Costituzione è comunque quello della unicità, della giurisdizione, affidata ai giudici ordinari (art. 102, primo comma). La ragione è che quelle giurisdizioni incidono con la loro attività nell'atto amministrativo, donde la conseguenza che anche il motivo di violazione di legge è motivo che si radica sull'essenza, sulla finalità, sul motivo di opportunità, che ispirano l'atto amministrativo»². È una motivazione molto chiara, semplice, da condividere senza riserve, considerata la natura della tutela nei confronti dell'atto amministrativo offerta alla posizione giuridica soggettiva dell'individuo, allora rigorosamente limitata all'interesse legittimo, con la conseguente netta ripartizione tra sindacato giurisdizionale su diritti soggettivi e quello su interessi legittimi, pur se con qualche sintomo di cedimento.

Peraltro, mentre siamo certi di condividere quella posizione rispetto al contesto di allora, siamo altrettanto certi che quello attuale tratteggia uno scenario non poco diverso, che trova conferma nella discussione sempre aperta, con varie posizioni nel tempo assunte dalla Cassazione³, almeno fino agli opposti interventi della Corte costituzionale con la sentenza n. 6 del 2018⁴ e l'ordinanza delle Sezioni Unite n. 19598 del 2020⁵.

¹ È ben noto che a favore dell'unità della giurisdizione e, dunque, contro le giurisdizioni speciali (minori e straordinarie ma anche la giurisdizione del Consiglio di Stato), si era speso Piero Calamandrei. V. Assemblea costituente, seconda sottocommissione, dicembre 1946-gennaio 1947.

² Assemblea costituente, Seduta pomeridiana di giovedì 27 novembre 1947 (Pres. Terraccini), p. 2566.

³ Con riferimento alla giurisprudenza ondivaga della Cassazione sull'argomento – almeno fino all'ordinanza in questione – v. F. LIGUORI, *La funzione nomofilattica nell'età dell'incertezza*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 2, 2017, p. 595: «È una questione molto delicata, dove si vorrebbero parole chiare che ad oggi mancano. La sensazione è che la Suprema Corte oscilli tra l'opportunità politica (il perenne dualismo col giudice amministrativo), che la spinge ad allargare l'area del suo controllo e della stessa giurisdizione ordinaria, ed il rigore formale. Il risultato è una giurisprudenza “a fisarmonica”».

⁴ Corte cost. 8 gennaio 2018, n. 6 (rel. Coraggio). Per un commento alla sentenza della Consulta, senza pretese di esaustività, v. A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione ‘funzionale’ delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 3, 2018, p. 1111 ss.; M. MAZZAMUTO, *Motivi inerenti alla giurisdizione - Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 3, 2018, p. 704 ss.; 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 *Giurisprudenza costituzionale*, vol. 63, n. 1, 2018, p. 122 ss.; 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. 23 del 2018*, in *Giurisprudenza costituzionale*, vol. 63, n. 3, 2018, p. 1521 ss.; F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, *Giurisprudenza costituzionale*, vol. 63, n. 3, 2018, p. 1537 ss.; F. DEODATO, *Nota a Corte Costituzionale sentenza 24 gennaio 2018, n. 6 e Corte di Cassazione - S. U. sentenza 29 dicembre 2017, n. 31226*, in *ildirittoamministrativo.it*, 2018; A. POLICE, F. CHIRICO, *I «soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il processo*, n. 1, 2019, p. 113 ss.

⁵ Cass. SS. UU. ord. 18 settembre 2020, n. 19598 (rel. Lamorgese). Tra i primi commenti, v. G. COSTANTINO, A. CARATTA, G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezione Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte Ue. Note a prima lettura di Cass. SS. UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Questione giustizia*, 19 ottobre 2020; G. GRECO, *La violazione*

In questa sede, precisiamo subito che ci riferiamo specificamente agli sviluppi di non poco rilievo che si sono avuti nel sistema di tutela dei diritti e degli interessi, complessivamente considerato, grazie alla Comunità, oggi Unione europea, anche per rispettare i riferimenti specifici delle due decisioni sopra ricordate. Va però considerato che tale sistema ha visto moltiplicarsi le giurisdizioni sovranazionali e internazionali, che impongono al giudice nazionale di uniformarsi alle interpretazioni fornite dalle medesime, al fine di garantire i più elevati livelli di tutela dei diritti.

D'altronde, è possibile prevedere che l'ordinanza n. 19598 animerà il dibattito nei prossimi mesi, giacché investe un contrasto che coinvolge in modo diretto il rapporto tra giurisdizioni supreme del nostro ordinamento (Corte costituzionale, SS.UU. e Consiglio di Stato).

Nella specie, ritenendo che l'interpretazione accolta dal giudice delle leggi, nella sentenza n. 6 del 2018, in ordine all'ambito del sindacato della Cassazione sulle decisioni del giudice amministrativo, possa determinare, in alcuni casi, una violazione del principio di effettività e pienezza della tutela dei diritti, come sancito da sempre con grande forza dall'ordinamento dell'Unione europea, le SS.UU. chiedono che la Corte di giustizia dichiari se, come esse ritengono, il diritto dell'Unione europea osti ad una simile interpretazione⁶. E ciò nel chiaro intento di essere autorizzate ad ampliare, rispetto ai tradizionali orizzonti, i casi in cui è possibile ricorrere per Cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato per

del diritto dell'Unione europea come possibile difetto di giurisdizione?, in *rivista.eurojus.it*, n. 4, 2020, p. 73 ss.; G. TROPEA, *I Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione»* (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598), in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020; M. CLARICH, *Giurisdizione: partita a poker tra Cassazione e Consulta sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Norme e Tributi – Il Sole 24 ore*, 14 ottobre 2020; 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. 18/09/2020, n. 19598. Con postilla a commento di B. Caravita (La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al diritto europeo?)*, in *federalismi.it*, 4 novembre 2020; F. FRANCIARIO, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia insieme*, 11 novembre 2020.

⁶ Sull'interpretazione dell'art. 111, comma 7 e 8, Cost., fornita dal giudice costituzionale, v. L. SALVATO, *I limiti strutturali del sindacato di legittimità e le principali cause di inammissibilità "sostanziale" della questione di legittimità*, in *forumcostituzionale.it*, 16 maggio 2018, pp. 14 e 15: «La Corte ha ritenuto incompatibile con l'art. 111, ottavo comma, Cost. l'interpretazione c.d. "evolutiva" della giurisdizione accolta dal rimettente e ciò ha fatto muovendo dalla premessa che la verifica di detta tesi doveva essere più stringente. Il relativo accertamento, secondo la sentenza, implica infatti l'interpretazione delle norme costituzionali (art. 111, settimo ed ottavo comma, Cost.) che «regolano i confini e l'assetto complessivo dei plessi giurisdizionali» e, proprio per questo, rientra nella sua competenza naturale, in quanto garante ed interprete ultimo della Costituzione. La Corte ha affermato che la concezione c.d. 'dinamica' della giurisdizione «comporta una più o meno completa assimilazione dei due tipi di ricorso» previsti dal settimo e dall'ottavo comma dell'art. 111 Cost., in contrasto con tale parametro, e dunque viola la garanzia dell'autonomia costituzionale del giudice amministrativo e del giudice contabile. Secondo la sentenza, la corretta configurazione del ricorso per motivi di giurisdizione è quella tradizionale; dunque, il rifiuto di giurisdizione sindacabile davanti alla Corte regolatrice è soltanto quello in "in astratto", non "in concreto", pena l'invasione nella nomofilachia del giudice di vertice della giurisdizione speciale, cui solo è rimessa la cognizione degli *errores in iudicando* o *in procedendo*. Non interessa in questa sede approfondire tale questione, essendo sufficiente evidenziare che la sentenza, ad onta del dispositivo di inammissibilità (in parte qua), costituisce sostanzialmente una decisione 'di (e sul) merito', con cui la Corte ha identificato e delimitato l'ambito del controllo delle S.u. sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti».

motivi inerenti alla giurisdizione e a comprendervi quelle che si collegano all'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

È una questione che, ove dovesse essere accolta, aprirebbe scenari di rilievo, contraddicendo l'attuale interpretazione resa con la sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, e che non sarebbe sostanzialmente molto lontana dalla disapplicazione della norma costituzionale. E già si sentono *rumors* sui controlimiti, quasi che ogni norma costituzionale costituisca un controlimite e che dunque non vi sarebbe spazio alcuno per la ragion d'essere del rinvio pregiudiziale tra giudice costituzionale e giudice dell'Unione europea.

2. La funzione del rinvio pregiudiziale

Il tema che ci occupa è dunque un tema più di diritto dell'Unione che di diritto nazionale ed a ciò sono dovute almeno in parte le criticità di non pochi dei conferenti esiti giurisprudenziali e dei conseguenti seguiti dottrinali. Pertanto, riteniamo niente affatto superfluo richiamare sinteticamente e in termini elementari le coordinate principali qui rilevanti, così come si concretizza in particolare il controllo giurisdizionale nel dialogo tra giudice nazionale e giudice "dell'Unione europea"⁷, anche come premessa logica delle riflessioni che seguiranno.

La specificità e la complessità del sistema giuridico dell'Unione dovuto soprattutto all'origine diversa – internazionale, comunitaria, nazionale – delle norme giuridiche che insieme e con gradi diversi di incidenza lo compongono imposero un lavoro di ingegneria giuridica e una sicura tecnica per organizzare al meglio i rapporti tra quelle norme. E in realtà, diversamente dalle esperienze di cooperazione organizzata tra Stati sovrani e per ciò stesso tra ordinamenti giuridici differenti, l'elemento di maggior peso e rilievo dell'esperienza dell'Unione risiede soprattutto nel meccanismo di controllo giurisdizionale costruito per gestire quel rapporto tra norme diverse, meccanismo che si può ben definire uno dei principali successi del processo di integrazione. A ciò si aggiunga la diversa portata delle norme dell'Unione e internazionali, molte delle quali investono e disciplinano direttamente la posizione giuridica soggettiva dei singoli, senza necessità, com'è noto, di una procedura di formale recepimento nell'ordinamento interno. È ciò che si sostanzia ed è definito l'effetto diretto delle norme dell'Unione o dei Trattati, compresa la Carta dei diritti fondamentali, quando di per sé contengono tutti gli elementi per essere direttamente applicate.

⁷ Così sostituito espressamente l'aggettivo "comunitario" dall'art. 2 del Trattato di Lisbona, e non certo da eurounitario.

In realtà, l'aspetto più significativo e rilevante del controllo giurisdizionale nel sistema dell'Unione europea è certamente la procedura pregiudiziale⁸. Fondata con sicura lungimiranza sulla sinergia costante tra il giudice nazionale e il giudice dell'Unione in funzione dell'interpretazione e l'applicazione di una norma dell'Unione che ponga qualche dubbio ermeneutico, tale procedura si collega al compito attribuito alla Corte di giustizia dagli Stati membri di indicare la corretta interpretazione della norma, con un esito non astratto ma fin troppo concreto – osta o non osta l'applicazione scelta dal giudice nazionale una volta verificata se vi sia compatibilità con la norma dell'Unione – esito che poi il giudice nazionale dovrà limitarsi a tradurre puntualmente nella decisione che definisce la controversia⁹. L'importanza di tale verifica è di immediata evidenza. Le norme dell'Unione europea, che sempre più investono i sistemi giuridici nazionali, anche nei settori di maggiore rilevanza giuridica e non solo, richiedono necessariamente una lettura ed un'applicazione uniformi da parte del giudice, che sia italiano o francese o finlandese, pena una discriminazione continua tra cittadini di Paesi diversi ma anche, il che è ancor peggio, tra cittadini dello stesso Paese membro. La gravità degli effetti di una simile discriminazione si avverte specialmente in alcuni settori, come quello penale, quello del lavoro e della concorrenza, in cui l'applicazione di discipline differenti incide pesantemente sulla vita sociale e soprattutto sull'economia: leggi investimenti industriali, non esclusivamente stranieri.

È precisamente questa la funzione imprescindibile del rinvio pregiudiziale, l'uniformità di interpretazione e applicazione delle norme dell'Unione, che in prima battuta compete a qualunque giudice nazionale, ma

⁸ F. A. SCHOCKWEILER, *Le renvoi préjudiciel au sens de l'article 177 du Traité CEE*, in *Bulletin du Cercle François Laurent*, bulletin IV, 1992, p. 1 ss.; P. PESCATORE, *Le renvoi préjudiciel: l'évolution du système*, in AA. VV., *1952-2002: cinquantième anniversaire de la Cour de justice des Communautés européennes*, Luxembourg, 2003, p. 17 ss.; M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 186 ss.; B. NASCIBENE, *Il giudice nazionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in RIDPC, n. 6, 2009, p. 1675 ss.; M. BROBEN, N. FENGER, *Preliminary references to the European Court of Justice*, Oxford, 2010; M. WATHELET, *Contentieux européen*, Bruxelles, 2010; A. BARAV, *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2011 (dello stesso si veda anche *Déformations préjudicielles*, in AA. VV., *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, 2008, p. 21 ss.; J. PERTEK, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE: le renvoi préjudiciel*, Bruxelles, 2013; F. JACOBS, *Le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice: un modèle pour d'autres systèmes transnationaux?*, in AA. VV., *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015): liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, 2015, p. 271 ss.; J. P. JACQUE, *Actualité du renvoi préjudiciel*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 4, 2018, p. 707 ss.; J. MALENOVSKÝ *Le renvoi préjudiciel perçu par trois cours "souveraines"*, in *Journal de droit européen*, n. 200, 2013, p. 214 ss.; A. TIZZANO, *Le renvoi préjudiciel et la pratiques des juges italiens*, in P. PASCHALIDIS, J. WILDEMEERSCH (sous la direction de), *L'Europe au présent!: liber amicorum Melchior Wathelet*, Bruxelles, 2018, p. 703 ss.; J. L. DA CRUZ VILÇA, *De l'interprétation uniforme du droit de l'Union à la "sanctuarisation" du renvoi préjudiciel: étude d'une limite matérielle à la révision des traités*, in AA. VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 247 ss. Per un lavoro recente e di ampio respiro sul tema, v. F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020.

⁹ A tal proposito, sia consentito rinviare a G. TESAURO, *Sui vincoli (talvolta ignorati) del giudice nazionale prima e dopo il rinvio pregiudiziale: una riflessione sul caso Avastin/Lucentis e non solo, in federalismi.it*, n. 6, 2020, p. 189 ss.

suggerisce in caso di dubbio un rinvio a Lussemburgo, come facoltà ovvero come obbligo se si tratta di giudice di ultima istanza¹⁰.

Vero è che sempre più spesso per il giudice nazionale la norma dell'Unione rappresenta un elemento da prendere in considerazione, vuoi perché si tratta di una disposizione che disciplina direttamente il rapporto, vuoi perché costituisce il parametro di legittimità della norma interna applicabile (il caso della direttiva recepita). In tali occasioni, non è infrequente che il giudice nazionale abbia un dubbio circa la corretta applicazione della norma dell'Unione. In tutte queste ipotesi, il giudice nazionale può – o, se di ultima istanza, deve – chiedere con ordinanza la collaborazione del giudice dell'Unione: a) se la corretta interpretazione di una norma dell'Unione rilevante ai fini della sua decisione sia o non sia di ostacolo all'applicazione di una legge o di un atto amministrativo o di una prassi dello Stato del foro; b) se la norma dell'Unione in questione sia valida. Le due ipotesi corrispondono, come noto, al rinvio pregiudiziale rispettivamente d'interpretazione e di validità¹¹.

La competenza della Corte di giustizia quanto all'interpretazione, così com'è ovvio quanto alla validità, delle norme dell'Unione è beninteso esclusiva, nel senso che è ad essa che spetta l'ultima e perciò stesso vincolante parola sulle questioni d'interpretazione della norma dell'Unione sollevate dinanzi al giudice nazionale, mentre è a quest'ultimo che spetta in prima lettura interpretare e applicare il diritto

¹⁰ Il caso pilota in tema di obbligo di rinvio pregiudiziale è *CILFIT* (Corte giust. 6 ottobre 1982, 283/81). È bene ricordare che il comportamento del giudice – di ultima istanza – che abbia manifestamente inosservato l'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte ex art. 267, par. 3 TFUE – dunque in presenza di evidenti dubbi – potrà costituire anzitutto oggetto di ricorso per infrazione. V., di recente, Corte giust. 4 ottobre 2018, C-416/17, *Commissione/Francia - Précompte mobilier*: si tratta del primo caso di condanna della Corte per violazione dell'art. 267, par. 3, TFUE (in dottrina, A. ILIOPOULOU-PENOT, *La sanction des juges suprêmes nationaux pour défaut de renvoi préjudiciel. Réflexions autour de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, 4 octobre 2018, Commission c/France, aff. C-416/17*, in *Revue française de droit administratif*, 35e année, n. 1, 2019, p. 139 ss. In relazione ai singoli danneggiati dalla errata risoluzione della controversia, invece, potrà esser motivo d'azione per risarcimento danni, così come espresso nella giurisprudenza *Köbler* e seguente (Corte giust. 30 settembre 2003, C-224/01; 13 gennaio 2004, C-453/00, *Kühne*; 12 febbraio 2008, C-2/06, *Kempter*. Ulteriormente, sull'impossibilità di ottenere il risarcimento danni qualora la "violazione" sia commessa da un giudice non di ultima istanza, v. Corte giust. 28 luglio 2016, C-168/15, *Tomášová*, punto 36; 29 luglio 2019, C-620/17, *Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe*, punto 36; 5 settembre 2019, C-447/17 P, *Guardian Europe Sàrl/Unione europea*, punti 75 e 76. Nella letteratura, v. L. COUTRON (sous la direction de), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Une obligation sanctionnée?*, Bruxelles, 2014; C. SCHEPISI, *Rinvio pregiudiziale obbligatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, Trieste, 2003; F. FERRARO, *The Consequences of the Breach of the Duty to make Reference to ECJ for a Preliminary Ruling*, in *DUE*, 2015, p. 589 ss.; S. FORTUNATO, *L'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, par. 3: una disciplina in continua evoluzione*, in AA. VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 351 ss.; L. DANIELE, *La protection des droits fondamentaux peut-elle limiter la primauté du droit communautaire et l'obligation de renvoi préjudiciel?*, in *Cahiers de droit européen*, nn. 1 e 2, 2006, p. 67 ss.; F. PANI, *L'obbligo (flessibile) di rinvio pregiudiziale e i possibili fattori di un suo irrigidimento. Riflessioni in margine alla sentenza Association France Nature Environnement*, in *European Papers*, vol. 2, n. 1, 2017, p. 384 ss.; R. PALLADINO, *Portata dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, rapporti tra giurisdizioni ed effettività del diritto dell'Unione europea tra vecchie e nuove questioni*, in *federalismi.it*, n. 14, 2017; A. CIRCOLO, *"La disapplicazione del primato": le eccezioni della Corte di giustizia all'efficacia prevalente del diritto dell'Unione sul diritto interno. Note a margine della pronuncia Inter-Environnement Wallonie II*, in *Osservatorio europeo DUE (dirittounioneeuropea.eu)*, 2019, pp. 10-12.

¹¹ Su quest'ultimo, v. A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, Milano, 1997.

dell'Unione¹². D'altra parte, non a caso si qualifica comunemente il giudice nazionale come giudice comune del diritto dell'Unione.

Inoltre, riflettendo ancora sulla funzione della Corte di giustizia, di interpretazione delle norme dell'Unione a mezzo del rinvio pregiudiziale, ci si rende facilmente conto che attraverso il rinvio pregiudiziale si realizza un controllo sulla legittimità della norma nazionale rispetto al diritto dell'Unione, in quanto decidere sostanzialmente, al di là delle formule, sulla compatibilità o incompatibilità della norme nazionali così come interpretate dalla giurisprudenza nazionale, costituisce controllo giurisdizionale. Ed infatti l'altra funzione del rinvio pregiudiziale consiste ugualmente nel verificare la legittimità di una legge o di un atto amministrativo o di una prassi nazionali. In breve, ci troviamo in concreto di fronte ad un procedimento fondato sulla collaborazione tra giudice nazionale e giudice dell'Unione finalizzato al controllo di legittimità della norma nazionale rispetto al parametro dell'Unione¹³.

Ciò s'inserisce bene non soltanto tra le norme dell'Unione espressamente dedicate al rinvio pregiudiziale (artt. 19 TUE e 267 ss. TFUE), ma anche fra le norme della nostra Costituzione, in particolare gli artt. 11 e 117, primo comma, quest'ultimo laddove espressamente, e innovando significativamente sul testo originario, sancisce che «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». In breve, non siamo lontani dal giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, quello italiano derivato dal modello austriaco, come quello tedesco e oggi anche quello francese. Al riguardo non riesco a perdere la memoria della insuperata sentenza *Granital*¹⁴ del 1984 della Corte costituzionale, relatore Antonio La Pergola, e di una successiva importante sentenza delle Sezioni Unite Civili della Cassazione del 1997, relatore il futuro giudice e Presidente della Corte costituzionale Francesco Amirante: «L'interpretazione del diritto comunitario con efficacia vincolante per tutte le autorità (giurisdizionali o amministrative) degli Stati membri, anche *ultra partes* compete alla Corte di Lussemburgo. Poiché ai sensi dell'art. 164 del Trattato spetta alla Corte di giustizia assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del medesimo trattato, se ne deve dedurre che qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario, nel senso che la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato

¹² Corte giust. 13 aprile 2010, C-73/08, *Bressol e a.*, punto 64; 21 giugno 2017, C-621/15, *W e a.*, punto 49; 3 ottobre 2019, C-632/18, *Fonds du Logement de la Région de Bruxelles-Capitale SCRL*, punto 48.

¹³ R. CALVANO lo definisce una «forma di sindacato occulto sulle legislazioni nazionali» (*La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Padova, 2004, p. 244).

¹⁴ Corte cost. 8 giugno 1984, n. 170.

con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative»¹⁵.

Se pertanto la decisione richiesta alla Corte di giustizia con rinvio pregiudiziale del giudice nazionale, così come la decisione di una procedura d'infrazione, è vincolante per il rimettente e per qualsiasi altro giudice nazionale, nonché per l'amministrazione¹⁶, se ne può correttamente dedurre che il controllo giurisdizionale, nell'ipotesi di rinvio pregiudiziale d'interpretazione, è almeno condiviso tra giudice nazionale e giudice dell'Unione¹⁷, se proprio non esclusivo, mentre lo è di sicuro nella procedura d'infrazione.

Va aggiunto, peraltro, che nessuna dimensione gerarchica è consentito riscontrare nel meccanismo del rinvio, ma solo una facoltà o un vincolo di collaborazione e al più di ripartizione di compiti tra giudice nazionale e giudice dell'Unione, reso necessario dall'imprescindibilità di garantire uniformità di interpretazione e applicazione nell'intera area dell'Unione europea per tutte le norme dell'Unione che abbiano una ricaduta negli ordinamenti interni. Basti al riguardo pensare proprio alla materia degli appalti pubblici, disciplinati completamente da norme dell'Unione, dove una diversità di lingue e di interpretazioni delle norme determinerebbe il caos, nemmeno quello piccolo, in un settore di importanza economica e industriale che non è il caso di sottolineare. Del resto, il controllo attraverso il rinvio pregiudiziale, cioè in sinergia con il giudice nazionale, è con tutta evidenza un'alternativa al controllo diretto che la Corte di giustizia esercita sul diritto degli Stati membri a mezzo della procedura d'infrazione e che non diversa natura ha se non quella di un controllo giurisdizionale sulla legittimità delle norme o delle prassi o degli atti amministrativi degli Stati membri.

3. L'ordinanza n. 19598/2020 delle Sezioni Unite

¹⁵ Cass. SS. UU. 11 novembre 1997, n. 11129, lett. D (riprendendo Corte cost. 11 luglio 1989, n. 389, in *Foro it.*, 1991, I, p. 1076).

¹⁶ Corte giust. 22 giugno 1989, 103/88, *Fratelli Costanzo*, punti 30 e 31: «Va rilevato che il motivo per cui i singoli possono far valere le disposizioni di una direttiva dinanzi ai giudici nazionali ove sussistano i detti presupposti, è che gli obblighi derivanti da tali disposizioni valgono per tutte le autorità degli Stati membri. Sarebbe peraltro contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva aventi i requisiti sopramenzionati, allo scopo di far censurare l'operato dell'amministrazione, e al contempo ritenere che l'amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi. Ne segue che, qualora sussistano i presupposti necessari, secondo la giurisprudenza della Corte, affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni». V. anche 9 settembre 2003, C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi* (CIF), punto 48.

¹⁷ O. DUE parla di «répartition des responsabilités» (*Le renvoi préjudiciel, un cas de répartition des responsabilités au niveau juridictionnel*, in *Administration*, 1980, p. 80 ss.).

La fattispecie, da cui traggono origine queste riflessioni, nasce da un ricorso presentato dalla Randstad Italia SpA nell'ambito di una procedura di gara da aggiudicare in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Nello specifico, la Stazione appaltante aveva fissato una soglia di sbarramento alle offerte tecniche, per cui non sarebbero stati ammessi al prosieguo della gara i concorrenti il cui progetto fosse stato valutato con un punteggio inferiore. Tra le otto concorrenti, soltanto due avevano raggiunto tale punteggio (RTI Synergie-Umana e la Gi Group), mentre la Randstad veniva esclusa per mancato superamento della soglia di sbarramento.

La società impugnava, dinanzi al TAR regionale della Valle d'Aosta, sia la propria esclusione sia la procedura di gara. Il TAR non accoglieva le eccezioni relative alla legittimazione di parte ricorrente e dopo aver vagliato tutti i motivi di ricorso li rigettava nel merito. In appello, il Consiglio di Stato si limitava, invece, a respingere il motivo del ricorso principale con cui l'impresa terza classificata contestava l'attribuzione alla propria offerta di un punteggio insufficiente per superare la soglia di sbarramento, ma non esaminava nel merito gli altri motivi di ricorso principale, «diretti a contestare l'esito della gara e a determinarne il travolgimento» (criteri di valutazione delle offerte, composizione della commissione, mancata suddivisione in lotti), osservando che l'appellante era priva di legittimazione, in quanto era stata esclusa.

Avverso tale pronuncia la società soccombente proponeva ricorso in Cassazione, ritenendola viziata da diniego di giurisdizione e contraria al diritto dell'Unione europea, alla giurisprudenza della Corte di giustizia, nonché a quella della stessa Corte di Cassazione.

Le Sezioni Unite hanno ritenuto che la decisione sul ricorso fosse ostacolata da una prassi interpretativa nazionale, che ha preso le mosse dalla sentenza della Corte cost. n. 6/2018, giacché, sulla base di tale sentenza, il ricorso in esame avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile, a prescindere da ogni valutazione circa la esistenza del denunciato contrasto della sentenza impugnata con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Hanno poi escluso che la situazione potesse essere ricompresa in uno di quei casi estremi di superamento del limite esterno della giurisdizione, in cui il giudice amministrativo adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale *per errores in iudicando* o *in procedendo*.

Su tali premesse, le Sezioni Unite hanno prospettato un nuovo percorso interpretativo diretto a superare la barriera eretta dalla Consulta, stabilendo che le sentenze del Consiglio di Stato incompatibili con disposizioni del diritto dell'Unione, come interpretate dalla Corte di giustizia, sarebbero manifestazione di difetto assoluto di giurisdizione, in quanto il giudice amministrativo avrebbe «compiuto un'attività di diretta produzione normativa non consentita nemmeno al legislatore nazionale, censurabile per Cassazione come motivo inerente alla giurisdizione» (punto 32 dell'ordinanza). Anche perché, hanno

aggiunto, la violazione del diritto dell'Unione europea da parte dei giudici amministrativi sarebbe rimediabile soltanto in via indiretta tramite 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 giuridici tutelati dal diritto dell'Unione» (punto 31 dell'ordinanza).

Di talché, richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁸, le Sezioni Unite hanno ritenuto che la fattispecie andasse risolta alla luce del principio secondo cui «non è compatibile con gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione qualsiasi disposizione di un ordinamento giuridico nazionale o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, che riduca l'efficacia del diritto dell'Unione, negando al giudice competente il potere di disapplicare «le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino alla piena efficacia delle norme dell'Unione»¹⁹.

Alla luce di tali considerazioni, hanno deciso di rimettere la questione alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, formulando tre quesiti pregiudiziali.

Precisamente, con il primo è stato chiesto se la nozione di motivi inerenti alla giurisdizione, ai sensi degli artt. 111, co. 8, Cost. e 362, co. 1, c.p.c., recepita dalla Corte costituzionale con la sentenza 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 sia compatibile con il diritto dell'Unione, nella parte in cui essa pregiudica l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria» (punto 46 dell'ordinanza).

Con il secondo quesito hanno domandato se fosse necessario superare la nozione restrittiva ed ammettere i ricorsi per Cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato che abbiano violato il diritto dell'Unione e l'art. 267, co. 3, TFUE (punto 60 dell'ordinanza).

Infine, con il terzo quesito hanno chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla conformità con la sua giurisprudenza della pronuncia di carenza di legittimazione del Consiglio di Stato (punto 66 dell'ordinanza), che riguarda il merito della causa e pertanto non interessa più di tanto la nostra riflessione.

¹⁸ Corte giust. 9 marzo 1978, 106/77, *Simmenthal*, punto 22 e seguenti, spec. punto 24: «La prima questione va perciò risolta nel senso che il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale». Più di recente, v. 11 settembre 2014, C-112/13, *A/B*, punto 37 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁹ Corte giust. 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica*, punto 41.

4. La nozione di “soli motivi di giurisdizione” nella giurisprudenza

Il tema dell’ordinanza rende necessario ricordare che, in passato, le Sezioni Unite avevano accolto una nozione piuttosto ampia della formula “motivi di giurisdizione”. Infatti, l’avevano applicata ai casi “classici” – ovvero quando il Consiglio di Stato decide una controversia che spetterebbe ad un altro giudice, oppure quando decide su una materia in cui c’è un difetto assoluto di giurisdizione (ad es. annullando un atto politico), o ancora nell’ipotesi in cui declina la giurisdizione ritenendola insussistente quando invece la controversia appartiene alla sua giurisdizione²⁰ – ma avevano stabilito che integrasse motivo inerente alla giurisdizione anche il radicale stravolgimento della norma, tanto interna quanto sovranazionale, qualora esso si fosse tradotto in una forma di denegata giustizia²¹.

Le SS.UU. avevano cioè sostanzialmente equiparato il diniego di giurisdizione all’ipotesi in cui la controversia fosse stata esaminata, ma la scelta ermeneutica del giudice amministrativo, nell’applicare una norma sostanziale o processuale, fosse caratterizzata da una erroneità talmente manifesta da integrare un radicale stravolgimento e dar vita, quindi, ad una denegata giustizia²².

Tale orientamento aveva trovato applicazione, è utile sottolinearlo ai fini del caso in esame, in materia di appalti pubblici, nell’ambito del ricorso incidentale escludente. Al riguardo, secondo la giurisprudenza amministrativa nazionale, l’impresa esclusa o che avrebbe dovuto essere esclusa non era legittimata ad impugnare gli atti di gara ed in particolare l’aggiudicazione (efficacia paralizzante del c.d. ricorso incidentale escludente)²³.

Un orientamento diverso è stato seguito invece dalla Corte di giustizia che, in numerose pronunce, aveva precisato che la legittimazione al ricorso doveva riconoscersi anche all’impresa che avrebbe dovuto essere esclusa, tranne il caso in cui fosse stata definitivamente esclusa prima di proporre ricorso contro

²⁰ *Ex multis*, Cass. SS. UU. 19 settembre 2019, n. 22784; 12 dicembre 2012, n. 22784; 29 aprile 2005, n. 8882; 15 marzo 1999, n. 137; 18 maggio 1965, n. 964; 17 aprile 1963, n. 948; 14 marzo 1959, n. 760; 22 gennaio 1924, *Sessi/Malvezzi*; 23 febbraio 1924, *Mutua Marittima Naz./Ministero della Marina*). Le sentenze del Consiglio di Stato sono sindacabili per difetto di giurisdizione anche nei casi più gravi di irregolare costituzione dell’organo giudicante (Cass. SS. UU. 26 luglio 2011, n. 16246), sulla base di un orientamento risalente nel tempo (Cass. SS. UU. 11 ottobre 1952, n. 3008).

²¹ Cass. SS. UU. 17 gennaio 2017, n. 964; 12 ottobre 2015, n. 20413; 30 ottobre 2013, n. 24468; 14 settembre 2012, n. 15428. Sulle controversie in materie concernenti il diritto dell’Unione europea, v. Cass. SS UU. 6 febbraio 2015, n. 2242.

²² In tal senso, v. Cass. SS. UU. 29 dicembre 2017, n. 31226; in senso conforme, SS. UU. 18 dicembre 2017, n. 30301; 17 gennaio 2017, n. 953; 8 luglio 2016, n. 14042; 29 febbraio 2016, n. 3915; 6 febbraio 2015, n. 2242.

²³ Altro esempio di interpretazione espansiva della formula “motivi inerenti alla giurisdizione” si è avuta nella vicenda della pregiudizialità amministrativa: il legislatore statui che la giurisdizione sulla domanda risarcitoria da provvedimento amministrativo illegittimo spettasse al giudice amministrativo. Il giudice amministrativo inizialmente, prima della scelta operata dal codice amministrativo, nell’esercitare questa giurisdizione riteneva che la domanda risarcitoria presupponesse l’annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo, elaborando la c.d. tesi della pregiudizialità (secondo cui la domanda risarcitoria non preceduta dal previo annullamento dell’atto è illegittima e infondata), le SS. UU. ritennero che le sentenze del Consiglio di Stato che accoglievano la suddetta tesi fossero viziate per motivi inerenti alla giurisdizione, in quanto integravano un’ipotesi di denegata giustizia, cioè di radicale stravolgimento delle norme interne.

l'aggiudicazione²⁴. Di conseguenza, configuravano un'ipotesi di denegata giustizia le sentenze del Consiglio di Stato che, nelle more, avevano accolto l'interpretazione nazionale e avevano dichiarato inammissibili i ricorsi proposti da imprese escluse o che sarebbero state escluse in accoglimento del ricorso incidentale escludente. Ciò vale a dire che le Sezioni Unite avevano stabilito che nella denegata giustizia dovesse essere ricompresa anche l'interpretazione di una norma processuale in grado di impedire l'accesso alla giustizia e l'esame nel merito del ricorso in contrasto con l'ampiezza di tutela riconosciuta dal diritto dell'Unione, alla luce di una sentenza interpretativa della Corte di giustizia.

L'orientamento ampliativo ha subito una battuta di arresto con la sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale. In quell'occasione, come si dirà meglio, la Consulta ha stabilito che l'orientamento estensivo confliggeva con l'art. 111, co. 8 della Costituzione, perché la violazione, per quanto grave della norma nazionale o dell'Unione europea, processuale o sostanziale, è *error in procedendo*, ma non motivo inerente alla giurisdizione²⁵.

Tale sentenza ha influenzato la successiva giurisprudenza delle Sezioni Unite che si sono adeguate ed hanno dichiarato inammissibili quei ricorsi contro le sentenze del Consiglio di Stato con cui si fa valere non un'ipotesi classica di vizio di giurisdizione, ma la denegata giustizia per effetto del grave stravolgimento della norma nazionale o dell'Unione²⁶. Almeno fino all'ordinanza 19598. Infatti, con essa 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 fornita dalla stessa Corte costituzionale per consentire un ampliamento del 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

²⁴ Corte giust. 5 settembre 2019, *Lombardi*, punto 24, 28, 29; *Puligienica*, sopra citata, punto 24; 4 luglio 2013, C-100/12, *Fastweb*, punto 33; 11 maggio 2017, C-131/16, *Archbus*, spec. punti 55, 56 e 58. In quest'ultima, il giudice di Lussemburgo ha espressamente affermato che «all'offerente che ha proposto ricorso deve essere riconosciuto un interesse legittimo all'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario che può portare, se del caso, alla constatazione dell'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare. Tale interpretazione trova conferma nelle disposizioni dell'articolo 2 bis, paragrafi 1 e 2, della direttiva 92/13, che prevedono espressamente un diritto degli offerenti non esclusi definitivamente a esperire un ricorso in particolare avverso le decisioni di aggiudicazione dell'appalto adottate dagli enti aggiudicatari» (punti 55 e 56).

²⁵ Peraltro, la stessa Corte costituzionale che, in tale sentenza, aveva comunque riconosciuto che esiste il problema di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva «specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali [...] 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)» (punto 14.1, prima alinea); pochi mesi dopo, con la sentenza n. 93 (27 aprile 2018) non ha colto l'opportunità e non ha dato seguito a quanto detto, ma ha rigettato la questione di costituzionalità.

²⁶ Cass. SS. UU. 6 marzo 2020, n. 6460; 16 maggio 2019, n. 13243; 11 novembre 2019, n. 29085; 17 dicembre 2018, n. 32622; 19 dicembre 2018, n. 32773.

della Corte di giustizia²⁷. Per tal via, cioè, la Suprema Corte avrebbe potuto adattare per via ermeneutica il contenuto precettivo della disposizione interna alla lettera ed allo scopo della norma dell'Unione, come interpretata dal giudice di Lussemburgo.

5. Divieto di limiti all'obbligo di rinvio del giudice nazionale

È in questo quadro generale che va inserito il quesito sulla fondatezza e sulla compatibilità con il diritto dell'Unione della limitazione sancita dall'art. 111, co. 8, Cost. al sindacato della Cassazione ai soli motivi di giurisdizione, interpretata nel senso di escludere la giurisdizione della Corte di giustizia mediante rinvio pregiudiziale. In proposito, ritengo che vi siano entrambi gli aspetti da considerare, quello propriamente di diritto interno e quello, di sicuro decisivo, di diritto dell'Unione europea.

Il primo è rappresentato a chiare lettere al punto 15 della sentenza n. 6/2018 della Corte costituzionale. La Corte riferisce la possibilità di ricorso in Cassazione per motivi di giurisdizione «alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei Conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici». In altri termini, la Corte costituzionale italiana non considera motivo di giurisdizione da comprendere nel sindacato della Corte di Cassazione *ex art. 111 Cost.* l'ipotesi che il Consiglio di Stato affermi la propria giurisdizione su materia (l'interpretazione e l'applicazione di norme dell'Unione europea) attribuita ad altra giurisdizione (la Corte di giustizia), in un caso di obbligo di operare il rinvio così come è pacifico da decenni e come troviamo scolpito in un trattato internazionale democraticamente sottoscritto e ratificato dallo Stato italiano.

²⁷ La stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (9 giugno 2016, n. 11) ha evidenziato «come sia già [...] presente nel nostro ordinamento il principio che impone al giudice nazionale di adoperarsi per evitare la formazione (o la progressiva formazione) di un giudicato anti comunitario o, più in generale, contrastante con norme di rango sovranazionali cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione. Come, infatti, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno anche recentemente ribadito, l'interpretazione da parte del giudice amministrativo di una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione europea, secondo quanto risultante da una pronunzia della Corte di giustizia successivamente intervenuta, dà luogo alla violazione di un "limite esterno" della giurisdizione, rientrando in uno di quei "casi estremi" in cui il giudice adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per "errores in iudicando" o "n procedendo" che danno luogo al superamento del limite esterno [...]. In questi "casi estremi" [...] si impone la cassazione della sentenza amministrativa "indispensabile per impedire che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo ed efficace, esplichi i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, con grave nocumento per l'ordinamento europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi dello Stato deve conformarsi alla normativa comunitaria"».

Ed è paradossale, ci sia consentito, che la Cassazione, che si è conformata a tale sentenza costituzionale, l'abbia anche in qualche modo giustificata, individuando il rimedio dell'azione di risarcimento del danno, ciò che alimenta disagio a leggerlo in una decisione del giudice di legittimità²⁸. Invero, non può in alcun modo giustificarsi l'impossibilità di ricevere tutela reale sul presupposto che è possibile attivare rimedi di tipo risarcitorio, giacché l'illegittimo esercizio di un potere deve sempre condurre, in via primaria, alla tutela reintegratoria («tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire»)²⁹. In caso contrario, si andrebbe incontro ad un'inversione logico-giuridica pericolosa e in totale violazione del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Il secondo profilo, quello di diritto dell'Unione europea, riporta all'obbligo di rinvio che si traduce nell'obbligo corrispondente per il giudice interno di disapplicare le eventuali regole interne che limitino o ostacolino l'adempimento di tale obbligo³⁰.

Su tale scia, la Corte di giustizia ha più volte ribadito il dovere del giudice nazionale di disapplicare, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione interna, in particolare di procedura che osti all'effetto utile del diritto dell'Unione, senza doverne attendere la soppressione in via legislativa o mediante giudizio di legittimità costituzionale. Tale affermazione di principio che riguarda direttamente il meccanismo del rinvio pregiudiziale si iscrive nel solco della giurisprudenza, ormai consolidata, della Corte sulla competenza esclusiva del giudice nazionale a formulare le questioni pregiudiziali che ritenga rilevanti per la soluzione della controversia principale³¹ e sull'obbligo che egli ha di garantire l'effettività di tale

²⁸ Le Sezioni Unite espressamente affermano che «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 giuridici tutelati dal diritto dell'Unione» (punto 31 dell'ordinanza). V., precedentemente, Cass. SS. UU. 4 febbraio 2014, n. 2403.

²⁹ G. CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, vol. I, Roma, 1930, p. 110.

³⁰ Anche nell'ipotesi in cui il diritto nazionale imponga di rispettare le pronunce di un organo giudiziario superiore: «L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale, [...] ha l'obbligo di sottoporre d'ufficio alla Corte di giustizia dell'Unione europea una domanda di pronuncia pregiudiziale anche quando esso statuisca su rinvio a seguito dell'annullamento della sua prima decisione ad opera del giudice costituzionale dello Stato membro interessato e una norma nazionale gli imponga di risolvere la controversia conformandosi alla valutazione in diritto espressa da quest'ultimo giudice» (Corte giust. 15 febbraio 2013, C-416/10, *Križan*, dispositivo 1). Più precisamente, in tale occasione, la Corte ha ricordato che «una norma procedurale nazionale, in virtù della quale le valutazioni formulate da un organo giurisdizionale superiore vincolano gli organi giurisdizionali inferiori, non può rimettere in discussione la facoltà, spettante a questi ultimi, di investire la Corte di una domanda di pronuncia pregiudiziale qualora essi nutrano dubbi in merito all'interpretazione del diritto dell'Unione, dovendo tali giudici, discostarsi dalle valutazioni dell'organo giurisdizionale di grado superiore qualora ritengano, alla luce dell'interpretazione data dalla Corte, che queste ultime non siano conformi al diritto dell'Unione» (punto 67). V. anche Corte giust. 20 ottobre 2011, C-396/09, *Interedil*, punto 35.

³¹ Corte giust. 8 dicembre 2016, C-532 e 538/15, *Eurosanamientos e a.*, punto 27; 12 ottobre 2017, C-278/16, *Slentjes*, punto 21; 27 giugno 2018, C-230/17, *Altiner e Ravn*, punto 22; 21 novembre 2018, C-619/17, *de Diego Porras*, punto 77; ord. 12 febbraio 2019, C-8/19 PPU, *RH*, punto 39.

meccanismo dinanzi alla normativa interna che in qualche modo possa ostacolarlo³². L'art. 267 TFUE vieta cioè agli Stati membri di limitare la facoltà delle giurisdizioni, anche non di ultima istanza, di operare il rinvio alla Corte, in quanto il giudice nazionale è tenuto a garantire la piena efficacia delle norme dell'Unione³³.

Proprio con riferimento a tale eventualità, la Corte ha ritenuto il terzo comma dell'articolo 99 del codice del processo amministrativo in contrasto con l'art. 267 TFUE nella parte in cui imponeva ad una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza (il Consiglio di Stato), che non condivideva l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, di rinviare la questione all'adunanza plenaria senza consentirgli di adire la Corte di giustizia ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale³⁴.

Il giudice di Lussemburgo ha pure chiarito che, qualora un giudice nazionale dubiti della conformità del principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione con il diritto dell'Unione, questi debba sollevare questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, essendo escluso che l'applicazione del diritto processuale nazionale (ovvero, dell'obbligo *ex art.* 374 c.p.c. che grava sulla sezione semplice, che non condivide il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, di rimettere a queste ultime la decisione del ricorso) possa compromettere l'applicazione dell'art. 267 TFUE³⁵. Ed ha evidenziato che neppure una sentenza della Corte costituzionale o la pendenza dinanzi a quest'ultima di una questione di legittimità costituzionale possono far venire meno l'autonomo potere di valutazione del diritto dell'Unione da parte degli altri giudici interni³⁶.

Ancora più esplicita e icastica è la sentenza *Geologi*, in cui la Corte di giustizia ha stabilito che «le norme nazionali di procedura non possono ridurre la competenza e gli obblighi incombenti su un giudice nazionale in quanto giudice di rinvio ai sensi dell'articolo 267 TFUE»³⁷. In risposta al preciso quesito

³² Come in Corte giust. 5 ottobre 2010, C-173/09, *Elchinov*.

³³ Corte giust. 22 giugno 2010, C-188 e 189/10, *Melki e Abdeli*, punti 40-45; *Elchinov*, sopra citata, punto 21 e seguenti; 15 gennaio 2013, C-416/10, *Križan*, punti 65-73; *A/B*, sopra citata, punto 34 e seguenti; da ultimo, 5 luglio 2016, C-614/14, *Ognyanov*, *RH*, *supra*, punto 40 e seguenti. Neppure va dimenticato che il giudice del rinvio è tenuto a dare applicazione alla sentenza interpretativa resa dalla Corte di giustizia, anche qualora sia in contrasto con il principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione. Come pare essere accaduto, invece, in Cons. Stato sez. VI, 28 gennaio-15 luglio 2019, n. 4990.

³⁴ *Puligienica*, sopra citata, punto 36.

³⁵ Cfr. *Interedil*, sopra citata.

³⁶ *Križan*, sopra citata, punto 68: «Pertanto, una norma di diritto nazionale in virtù della quale le valutazioni formulate da un organo giurisdizionale superiore vincolano un altro giudice nazionale non può privare quest'ultimo della facoltà di sottoporre alla Corte questioni riguardanti l'interpretazione del diritto dell'Unione interessato da dette valutazioni in diritto. Infatti, tale giudice, ove ritenga che la valutazione in diritto compiuta nel grado superiore potrebbe indurlo ad emettere una decisione contraria al diritto dell'Unione, deve essere libero di sottoporre alla Corte le questioni costituenti per esso motivo di perplessità».

³⁷ Corte giust. 18 luglio 2013, C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi/AGCM*, punto 32. Per un commento, P. IANNUCELLI, *La responsabilisation des juges nationaux dans le cadre du renvoi préjudiciel. Un bon exemple en droit de la concurrence: CJUE, 18 juillet 2013, Consiglio Nazionale dei Geologi, aff. C-136/12*, in *Revue des affaires européennes*, 20e année, n. 3, 2013 (2014), p. 553 ss.

pregiudiziale del Consiglio di Stato «se osti o meno all'applicazione dell'art. 267, comma 3, TFUE, in relazione all'obbligo del giudice di ultima istanza di rinvio pregiudiziale [...] la disciplina processuale nazionale che preveda un sistema di preclusioni processuali quali termini di ricorso, specificità dei motivi, divieto di modifica della domanda in corso di causa, divieto per il giudice di modificare la domanda di parte», la Corte ha infatti risposto che l'art. 267, terzo comma, «deve essere interpretato nel senso che spetta unicamente al giudice del rinvio determinare e formulare le questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione del diritto dell'Unione che esso ritiene rilevanti ai fini della soluzione del procedimento principale. Non devono essere applicate norme nazionali che abbiano l'effetto di ledere tale competenza» (punto 36).

6. Il principio della tutela giurisdizionale effettiva

Qualora, dunque, il giudice nazionale (soprattutto se di ultima istanza) ritenga che esista un contrasto tra la disciplina processuale interna (o la prassi interpretativa che su di essa si sia affermata) e il diritto dell'Unione, dovrà sottoporre la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, al fine di evitare che si consolidi un'interpretazione di tale disciplina in violazione del diritto dell'Unione e, specificatamente, dei limiti esterni dell'art. 267, co. 3, TFUE³⁸.

Soltanto in tal modo è assicurata una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione. Infatti, come noto, precisando la portata dell'art. 19 TUE, la Corte di giustizia ha affermato che, nel rispetto del principio di leale cooperazione, le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli, in forza del diritto dell'Unione, «non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna [principio di equivalenza], né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione [principio di effettività]»³⁹. Pertanto, nella predisposizione dei meccanismi di tutela di situazioni giuridiche disciplinate dall'Unione, gli Stati sono tenuti almeno a garantire una tutela equivalente rispetto a quella definita per le situazioni giuridiche interne corrispondenti.

³⁸ V., ad es., Cass. SS. UU. 6 febbraio 2015, n. 2242; Cass. SS. UU. 29 dicembre 2017, n. 31226; Cass. SS. UU. 18 dicembre 2017, n. 30301; Cass. SS. UU. 17 gennaio 2017, n. 953; Cass. SS. UU. 8 aprile 2016, n. 6891. Anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (9 giugno 2016, n. 11) ha ritenuto che l'interpretazione da parte del giudice amministrativo di una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione europea dia luogo alla violazione di un limite esterno della giurisdizione.

³⁹ Corte giust. 16 dicembre 1976, 33/76, *Rewe-Zentralfinanz e Rewe-Zentral*, punto 5; 14 dicembre 1995, C-312/93, *Peterbroeck*, punto 12; *Križan*, sopra citata, punto 85.

Anche perché il giudice di Lussemburgo ha più volte chiarito che l'autonomia processuale degli Stati membri non è incondizionata, bensì è vincolata al rispetto di criteri, limiti, *standards*, da essa elaborati⁴⁰. Vale a dire che la barriera dell'autonomia procedurale degli Stati membri non può reggere di fronte all'effettività della tutela giurisdizionale. E, poiché un sistema giustizia può definirsi tale soltanto nella misura in cui assicura tutela a tutte le istanze, è indiscutibile il vuoto di protezione presente nel nostro ordinamento.

In definitiva, ciò che più sconcerta è che, con la sentenza 6/2018, la Corte costituzionale ha portato, ancora una volta, le lancette indietro⁴¹, ritornando a proteggere un'«incrostazione autoritaria originaria»⁴² che la stessa giustizia amministrativa sembrava aver abbandonato, per trasformarsi da «presidio di legalità dell'azione amministrativa a strumento di tutela effettiva delle pretese dei cittadini»⁴³. Tuttavia, così facendo, ha messo in discussione il riparto di competenze di cui agli artt. 19 TUE e 267 e 344 TFUE, pilastro fondamentale dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione. Ma altresì il principio del primato; principio «existentiel»⁴⁴ perché connaturato alla ragion d'essere dell'Unione.

Va allora salutata con favore l'ordinanza delle Sezioni Unite destinata ad arricchire di contenuto il dialogo costruttivo con la Corte di giustizia⁴⁵. Infatti, le Sezioni Unite avrebbero potuto decidere la questione di giurisdizione come una classica ipotesi di rifiuto o diniego di giurisdizione e statuire in conformità alla norma dell'Unione come interpretata dalla Corte di giustizia che, come detto, accorda tutela a chi abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e lamenti l'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare⁴⁶. La Suprema Corte ha invece preferito percorrere una strada più lunga per chiarire, una volta per tutte, le questioni di giurisdizione legate all'art. 111, co. 8, Cost., dal momento che – come essa stessa ha affermato – il diritto

⁴⁰ Corte giust. 16 dicembre 1976, C-45/78, *Comet*, punti 13-16; 9 novembre 1983, C-199/82, *San Giorgio*, punti 14 e 15; 29 marzo 2007, C-347/04, *Reve Zentralfinanz*, punto 5; 13 marzo 2007, *Unibet*, C-432/05, punto 43: «Le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)». V. anche 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage e Crehan*, punto 29; 19 giugno 2003, C-467/02, *Eribrand*, punto 62; 11 settembre 2003, C-13/01, *Safalero*, punto 49. In dottrina, si veda C. SCHEPISI, *Atti amministrativi in contrasto con il diritto dell'Unione europea e poteri del giudice nazionale*, in C. SCHEPISI (a cura di), *L'impatto del diritto dell'Unione europea sul processo amministrativo*, Napoli, 2013, p. 17 ss., spec. pp. 20-24. Si rimandi inoltre a G. TESAURO, *Art. 19*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 195 ss.

⁴¹ Il riferimento è alla sentenza n. 269 (Corte cost. 14 dicembre 2017).

⁴² M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 9, cit. in B. SORDI, *Decostruzione e ricostruzione: le ultime fatiche della scienza del diritto amministrativo*, in RIDPC, vol. 17, n. 2, 2017, p. 318.

⁴³ A. PAJNO, *Il giudice amministrativo italiano come giudice europeo*, in AA. VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 695.

⁴⁴ P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Leiden, 1972, p. 85.

⁴⁵ Cfr., in senso scettico, B. CARAVITA, *(La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al diritto europeo?)*, cit.

⁴⁶ V. ancora F. FRANCARIO, *op. cit.*

dell'Unione è in grado di prevalere finanche sulle norme della Costituzione, purché non si tratti di principi fondamentali e norme che tutelano diritti inalienabili della persona (controlimiti). E, nel caso di specie, l'art. 111, co. 8, di sicuro non rientra tra tali disposizioni inderogabili, che non comprendono il rifiuto di giovare della co-giurisdizione della Corte di giustizia per la massima tutela possibile dei diritti, ma hanno ben altro peso e ben altra rilevanza per il sistema, nazionale e dell'Unione, complessivamente considerato. L'ordinanza conferma, peraltro, un preciso orientamento che, da tempo⁴⁷, ha abbandonato la convinzione secondo la quale il diritto amministrativo sia un prodotto specificamente interno, difficilmente condizionabile da esperienze giuridiche sovranazionali⁴⁸.

La parola passa ora alla Corte. Essa probabilmente riuscirà a mettere un punto sulla delicata ed annosa questione della limitazione del sindacato della Cassazione alle sole questioni di giurisdizione. Difatti, sarà sufficiente che, con garbo, confermi il suo orientamento, ben esplicitato in particolare nelle sentenze *Simmenthal* e *Geologi*, e ricordi che le norme statali, quale ne sia il rango, non possono limitare il dovere/potere del giudice nazionale di proporre rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE, pena il venir meno della ragion d'essere del procedimento di controllo giurisdizionale condiviso in funzione della massima tutela dei diritti dei singoli.

⁴⁷ Pare terminato «il tempo dell'esordio e della diffidenza», G. MONTEDORO, *Corte di giustizia UE e Giudice amministrativo*, in AA. VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 617.

⁴⁸ In questa direzione, v. R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992, p. 4. V. anche G. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in RIDPC, vol. 1, n. 2, 1991, p. 354: «[...] l'elaborazione del diritto comunitario con gli strumenti propri del diritto amministrativo rappresenta [...] una specie di foresta non solo inesplorata ma sconosciuta a molti nella sua stessa esistenza».