



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2021 FASC. I

(ESTRATTO)

LIBORIA LINDA ARDIZZONE

**QUANDO LA COSTITUZIONE ITALIANA DEVE MISURARSI CON
IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA**

(A MARGINE DI CORTE DI CASSAZIONE, SEZZ. UN. CIV. ORD. N. 19598 DEL 18/09/2020)

5 FEBBRAIO 2021

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Liboria Linda Ardizzone

**Quando la Costituzione italiana deve misurarsi con il diritto dell'Unione europea
(a margine di [Corte di cassazione, sezz. un. civ. ord. n. 19598 del 18/09/2020](#))***

ABSTRACT: *The contribution analyses the interim [order n. 19598 of 18/09/2020, with which the United Sections of the Court of Cassation made a preliminary referral pursuant to the art. 267 TFUE to the C.G.U.E. At first, are reconstructed the origins of the case, is carried out a survey of the institution of the preliminary referral and highlighted the major points of the of \[the Constitutional Court decision n. 6 of 2018\]\(#\), regarding the concept of reasons of jurisdiction. Subsequently, are traced some precedents of the Court of Cassation on the refusal of jurisdiction and described the three questions referred for a preliminary ruling. Finally, after referring to the concept of dialogue between the Courts, some final considerations are resigned also in the light of what could happen to the outcome of the preliminary referral.](#)*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le origini della vicenda. – 3. Brevi cenni sull'istituto del rinvio pregiudiziale. – 4. La [sentenza della Corte Costituzionale n. 6 del 2018](#). – 5. I precedenti. – 6. Il primo motivo di rimessione alla CGUE. – 7. La seconda questione pregiudiziale. – 8. La terza questione pregiudiziale. – 9. Breve rinvio al concetto di “dialogo tra Corti e possibili risvolti all'esito della rimessione alla C.G.U.E. – 10. Considerazioni finali.

1. Premessa.

Con l'[ordinanza interlocutoria del 18 settembre 2020 n. 19598](#), le Sezioni Unite della Cassazione hanno effettuato un rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE alla Corte di giustizia dell'Unione europea su tre specifiche questioni tra loro interdipendenti, tra cui appare di particolare rilevanza quella afferente al difetto di giurisdizione del giudice nazionale in materia di appalti pubblici (particolarmente influenzata dal diritto comunitario). In sintesi, l'ordinanza in esame si poneva in netto contrasto con la [sentenza n. 6 del 2018 della Consulta](#), con la conseguenza di rimettere al vaglio dei Giudici di Lussemburgo quanto statuito dalla Corte costituzionale.

2. Le origini della vicenda.

L'ordinanza interlocutoria in esame trae origine dall'indizione di una procedura di gara per mano della Pubblica amministrazione, nello specifico l'Azienda Usi Valle d'Aosta, intenzionata ad affidare un contratto per la somministrazione temporanea di personale, seguendo il criterio del minor prezzo e dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La gara d'appalto indetta dalla Pubblica amministrazione contava otto partecipanti e indicava una specifica soglia di sbarramento, il cui mancato superamento giustificava la concorrente esclusa a proporre ricorso al T.A.R. Valle d'Aosta, lamentando la illegittimità della propria esclusione (basata su una determinazione inadeguata dei criteri di scelta), la irragionevolezza dei punti tecnici che le erano stati riconosciuti, nonché la nomina illegittima della commissione di gara. Pur tacendo sulla mancanza di legittimazione a proporre ricorso in capo alla impresa ricorrente, il Tribunale amministrativo regionale rigettava nel merito il ricorso. L'impresa, infatti, – in qualità di esclusa dalla procedura di gara – era titolare di un mero interesse strumentale e non di una vera e propria posizione giuridica differenziata, necessaria quest'ultima per l'esistenza di una legittimazione a proporre ricorso e per tal motivo meritevole di tutela.

* Contributo sottoposto a referaggio.

In specie, giurisprudenza ormai consolidatasi¹, chiariva che in caso di gare con più di due concorrenti, l'impresa esclusa dalla procedura fosse priva della legittimazione a ricorrere poiché l'esclusione stessa comportava la titolarità di un interesse di mero fatto (come per un qualsiasi operatore economico estraneo alla procedura di gara), preso atto che a seguito della esclusione non si potesse comunque pretendere lo scorrimento della graduatoria per essere selezionata come aggiudicataria del contratto di appalto.

Quanto appena esposto vale soltanto per le procedure di gara con più di due concorrenti (come nel caso di specie) e non anche quando le imprese sono soltanto due: in questo ultimo caso, infatti, l'esclusa può a pieno titolo ricorrere al T.A.R. poiché, se dovesse dimostrarsi la illegittimità della aggiudicazione, la gara andrebbe deserta con una conseguente nuova indizione da parte della Pubblica amministrazione, volta a soddisfare l'interesse della ricorrente che potrebbe essere in ipotesi scelta come aggiudicataria, seppur in altra gara.

Successivamente al rigetto, l'impresa esclusa proponeva appello innanzi al Consiglio di Stato a cui seguiva l'appello incidentale della aggiudicataria, con cui la stessa lamentava il mancato rilievo da parte del T.A.R. dell'assenza di legittimazione a proporre ricorso – essendo stata la ricorrente esclusa dalla gara – pur a fronte del rigetto per motivi attinenti al merito.

Il Consiglio di Stato accoglieva l'appello incidentale proposto dalla vincitrice, chiarendo nella propria decisione la non legittimazione da parte della ricorrente a proporre ricorso per ottenere il travolgimento della gara, essendo portatrice – si ribadisce – di un interesse di mero fatto analogo a quello di un qualsiasi operatore economico appartenente al medesimo settore e che non ha partecipato alla gara.

In risposta alla decisione del giudice d'Appello, l'esclusa proponeva ricorso per Cassazione lamentando la violazione di alcune norme e, tra queste, l'art. 362, comma 1, c.p.c., nonché l'art. 110 c.p.a. per averle il Consiglio di Stato negato la possibilità di ricorrere al fine di ottenere il travolgimento della gara.

Nel dettaglio, la sentenza di secondo grado avrebbe violato il principio della effettività della tutela, ex art. 1, par. 1, comma 3, Direttiva n. 665 del 1989, cagionando un diniego di accesso alla tutela stessa censurabile dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per motivi di giurisdizione, ex art. 111, comma 8 Cost.

Gli Ermellini si rimettevano infine alla Corte di giustizia dell'Unione europea con tre questioni pregiudiziali che saranno singolarmente esaminate nei successivi paragrafi.

3. Brevi cenni sull'istituto del rinvio pregiudiziale.

Considerato il rilievo assunto dall'istituto del rinvio pregiudiziale rivolto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella vicenda in esame, pare doveroso delinearne i tratti salienti, anche per il tramite degli articoli 19, paragrafo 3, lettera b), del TFUE e 267 del medesimo trattato. Tale istituto rappresenta la procedura che consente ad una giurisdizione nazionale di interrogare la Corte di giustizia dell'Unione Europea sull'interpretazione o sulla validità del diritto europeo nell'ambito di un contenzioso in cui tale giurisdizione venga coinvolta².

A differenza delle altre procedure giurisdizionali, il rinvio pregiudiziale non è un ricorso contro un atto europeo o nazionale, bensì un quesito sull'applicazione del diritto europeo; esso, certamente, rappresenta lo strumento più idoneo a favorire la cooperazione attiva tra giurisdizioni nazionali e

¹ Cfr. *ex multis*, Adunanza plenaria del Cons. Stato, sent. n. 4 del 7 aprile 2011 e sent. n. 9 del 25 febbraio 2014.

² Un utilissimo *vademecum* in merito è rinvenibile all'interno delle *Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale 380/01 dell'8/1/2019*, sul punto cfr. anche C. IANNONE, F. FERRARO, *Il rinvio pregiudiziale*, Giappichelli, 2020; e ancora S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, Franco Angeli, 2018; A. L. VALVO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Amon, 2017.

Corte ed altresì a garantire l'applicazione uniforme del diritto europeo in tutti i paesi dell'Unione europea.

Esistono due tipi di rinvio pregiudiziale: il rinvio per l'interpretazione della norma europea (diritto primario e diritto secondario), in cui il giudice nazionale chiede alla Corte di giustizia di formulare un parere sull'interpretazione del diritto europeo per poter applicare la norma correttamente; il rinvio per l'esame di validità di una norma europea di diritto secondario, consistente nella richiesta del giudice nazionale alla Corte di giustizia al fine di verificare la validità di un atto di diritto europeo.

Il rinvio pregiudiziale costituisce indi un rinvio da giudice a giudice: pur rimanendo salva la possibilità che una delle parti della controversia fornisca l'*input* necessario, spetta comunque alla giurisdizione nazionale l'ultima parola sulla decisione di rimettersi o meno alla Corte di giustizia³. La C.G.U.E. si pronuncia dunque unicamente sugli elementi costitutivi del rinvio pregiudiziale dei quali viene investita, pertanto è la giurisdizione nazionale a dominare la controversia principale.

Considerato che il giudice nazionale investito di una controversia è chiamato ad assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, spetta a tale giudice — e a lui solo — valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di proporre una domanda di pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emanare la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte⁴.

4. [La sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018.](#)

Prima di analizzare le singole questioni pregiudiziali, risulta necessario rammentare i passaggi fondamentali della nota [sentenza n. 6 del 2018 della Consulta](#), preso atto che il primo dei tre quesiti posti alla CGUE ribalta quanto statuito dalla Corte costituzionale nella summenzionata pronuncia.

Tale decisione nasceva a seguito di un orientamento consolidatosi nelle pronunce degli Ermellini, volto ad attribuire ampia portata precettiva ed estensione applicativa al concetto di “diniego di giurisdizione”⁵, così incidendo estensivamente anche sulle possibilità di ricorrere alla Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione in merito a pronunce del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111, comma 8, della Costituzione.

Segnatamente, oltre alla classica definizione di diniego di giurisdizione, che si verifica quando un giudice si rifiuta di esercitare la sua giurisdizione su una materia di sua competenza, tale vizio

³ «Tra le competenze attribuite alla Corte di giustizia dell'Unione europea, quella inerente al potere di rendere pronunce in via pregiudiziale ha rivestito particolare importanza per lo sviluppo e l'applicazione del diritto dell'Unione europea (UE) e del più ampio progredire del processo di integrazione europea. Si tratta di una competenza disciplinata, come è noto, dall'articolo 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) che conferisce alla Corte di Lussemburgo il potere di pronunciarsi, in via pregiudiziale, sia sull'interpretazione dei Trattati e degli atti adottati dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione europea, sia sulla validità di suddetti atti. Al suo secondo paragrafo, l'art. 267 del TFUE stabilisce che una giurisdizione nazionale può sottoporre alla Corte di giustizia delle questioni pregiudiziali qualora reputi necessaria, per emanare la sua sentenza, una decisione sul punto; diversamente, ai sensi del terzo paragrafo dello stesso articolo, in capo alle giurisdizioni di ultima istanza si configura un vero e proprio obbligo di deferire la questione pregiudiziale al giudice di Lussemburgo. Attraverso la previsione di siffatto potere - obbligo di rinvio pregiudiziale- le giurisdizioni nazionali di ultima istanza vengono a rivestire ruolo centrale nel meccanismo di “cooperazione giudiziaria” che si instaura tra la Corte di giustizia e le giurisdizioni nazionali, rappresentato dal rinvio pregiudiziale, attraverso cui si realizza la corretta applicazione, l'interpretazione uniforme, nonché, in senso lato, il primato del diritto dell'Unione europea. Pur essendo un istituto “classico” del diritto dell'Unione europea, il rinvio pregiudiziale, quale strumento di raccordo tra l'ordinamento dell'Unione europea e quelli degli Stati membri, reca con sé problematiche sempre attuali. Così R. PALADINO, *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 del 2017, 2 s.

⁴ In merito, G. ZAMPETTI, *Rinvio pregiudiziale di interpretazione obbligatorio e giudice amministrativo: natura giuridica, portata dell'obbligo ex art. 267, par. 3 TFUE e conseguenze della sua mancata osservanza (riflessioni a partire da cons. Stato, sez IV, n. 1244 del 5 marzo 2012 e Corte giust. C-136/12 del 18 luglio 2013)*, in [Rivista AIC](#), gennaio 2014.

⁵ Cfr. *ex multis*, Cass. S.U., sent. 23/12/2008, n. 30254

verrebbe integrato, ad avviso della Suprema Corte., anche quando il giudice, pur esercitando di fatto la sua giurisdizione, la eserciti male, definendo *in limite litis* una questione sottoposta al suo vaglio senza esaminarla nel merito. Così operando, ad avviso delle S.U., il giudice darebbe luogo ad un fenomeno di denegata giustizia in quanto, pur riconoscendo la sussistenza della sua giurisdizione sulla materia sottoposta al suo vaglio, la eserciterebbe così male – fermandosi al rilievo di un mero vizio procedurale, senza esaminare il merito della vertenza – da rendere la posizione fatta valere in giudizio del tutto priva della doverosa tutela giurisdizionale⁶.

Tale orientamento ha avuto l'effetto di porsi in contrasto con quello precedentemente sostenuto in modo unanime dalla giurisprudenza secondo cui, in un caso di tal fatta, si assisterebbe non ad un'ipotesi di denegata giustizia – in quanto, di fatto, il giudice esercita la sua giurisdizione – ma alla commissione di un *error in procedendo*, quindi ad una mera violazione di regole processuali e procedurali, non integrante un vizio inerente ai motivi di giurisdizione e pertanto non cassabile ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost.⁷

Con l'intervento della Corte costituzionale per il tramite della [sentenza n. 6 del 2018](#) (oggetto della decisione era un contrasto tra il diritto nazionale e la CEDU), si intravedeva un barlume di chiarezza nella diatriba giurisprudenziale che negli anni si era creata sulla definizione del concetto di giurisdizione. Nel considerato in diritto della sentenza, la Consulta forniva una interpretazione costituzionalmente orientata del concetto di “motivi di giurisdizione” – richiamando quanto statuito nell'art. 111, comma 8, Cost. – chiarendo la declinazione della circostanza in sole due ramificazioni: talora, in caso di “difetto assoluto di giurisdizione”, ovverosia quando il giudice si pronuncia su una materia estranea alla propria giurisdizione sconfinando nella giurisdizione altrui; talaltra, quando si assiste ad un episodio di “denegata giustizia”, cioè quando il giudice ometta di pronunciarsi sulla materia appartenente alla propria giurisdizione, configurandosi così il fenomeno dell’“arretramento”. Così ragionando, continuava la Consulta stabilendo che né la ipotesi di *error in procedendo*, né quella di *error in iudicando* rientrassero nella fattispecie di denegata giustizia, preso atto che il giudice compirebbe in questo caso un mero errore nell'esercizio della propria giurisdizione. In base a tale argomentazione, la commissione di un *error in procedendo* o *in iudicando* da parte del Consiglio di Stato in una propria pronuncia non appartenevano al novero dei presupposti per ricorrere alla Cassazione ex art. 111, comma 8, Cost. Sarebbe stato infatti a dir poco arbitrario argomentare che, ad esempio, un errore procedurale potesse – in un caso di particolare gravità – vestire i panni di denegata giustizia invadendo impropriamente la sfera della giurisdizione: se così non fosse stato, si sarebbe arrivati ad accludere nell'alveo del vizio di giurisdizione anche il vizio di violazione di legge che sempre ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost. non è presupposto per adire la Suprema Corte.

4. I precedenti.

Una volta delineati il fatto storico e l'iter processuale che ha condotto la Suprema Corte a rivolgersi alla C.G.U.E., nonché l'istituto del rinvio pregiudiziale e la [pronuncia n. 6 del 2018 della Consulta](#), chi scrive individuerà i passaggi più significativi dell'evoluzione del concetto di rifiuto di giurisdizione, per il tramite di alcune note sentenze della Corte di Cassazione.

In particolare, le pronunce gemelle del 13 giugno del 2006 (ordd. 13559, 13660 e 13911), stigmatizzavano come “rifiuto di giurisdizione”⁸ l'orientamento dei giudici amministrativi che, prima del c.p.a., subordinavano l'ammissibilità dell'azione risarcitoria alla c.d. pregiudiziale di

⁶ UFFICIO STUDI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA, *La Corte costituzionale chiarisce il concetto di “motivi inerenti alla giurisdizione” di cui all'art. 111, comma 8, Cost., quale presupposto per la sindacabilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in [Giustizia Amministrativa](#).

⁷ Cfr. F. DEODATO, *Nota a Corte Costituzionale sentenza 24 gennaio 2018, n.6 e Corte di Cassazione Sezioni Unite Civili 29 dicembre 2017*, in [Il diritto amministrativo](#) 6-10.

⁸ Sul punto anche S. NICITA, *Limiti esterni della giurisdizione, denegata giustizia, effettività della tutela giurisdizionale*, in [Legal Euroconference](#), 3 luglio 2018.

annullamento; due anni e mezzo dopo, a fronte della insistenza del giudice amministrativo (anche in sede di Adunanza plenaria) sulla pregiudiziale, la sentenza n. 30254 del 23 dicembre 2008, confermava la riconducibilità di tale “diniego di tutela” a un problema di “giurisdizione”, sul quale si riconosceva, in virtù dell’art. 111, comma 8, Cost., il potere/dovere di intervenire.

Riproponendo una puntuale esegesi del concetto di giurisdizione in Costituzione, gli Ermellini puntualizzavano – tramite una lettura degli artt. 24, comma 1, 113, commi 1 e 2, e 111, comma 1 – la portata del suddetto termine per quanto interessava ai fini della questione sottoposta alla Suprema Corte⁹.

Giurisdizione doveva essere inteso dunque nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi comprendendo le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento, con la conseguenza che se la interpretazione della norma attiene alla giurisdizione da essa attribuita, la norma riguarda anche la descrizione da un lato delle forme di tutela e dall'altro i presupposti del loro esercizio.

Il sindacato della Corte sul “rifiuto” dei giudici amministrativi di pronunciarsi sulle azioni risarcitorie non precedute dall’annullamento dell’atto illegittimo (o dalla declaratoria di illegittimità del silenzio) era ritenuto, in questo quadro, ammissibile in quanto dipendente da un'interpretazione della norma conferente il potere di condanna al risarcimento del danno, che conduce ad una giurisdizione da cui resta esclusa una possibile forma, con la conseguente menomazione della tutela giurisdizionale spettante al cittadino di fronte all'esercizio illegittimo della funzione amministrativa ed in una perdita di quella effettività, che ne ha giustificato l'attribuzione al giudice amministrativo.

Al punto 11.1 del *considerato in diritto*, la sentenza precisava che «rientra d'altra parte nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, per verificare se il giudice amministrativo non rifiuti lo stesso esercizio della giurisdizione, quando assume della norma un'interpretazione che gli impedisce di erogare la tutela per come essa è strutturata, cioè come tutela risarcitoria autonoma», in quanto «è pacifico che possibile oggetto di sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione sia anche la decisione che neghi la giurisdizione del giudice adito».

In estrema sintesi, il complesso iter logico della pronuncia chiariva come – in nome del legame tra “giurisdizione” e “tutela giurisdizionale effettiva” – si provasse a divincolare il rifiuto di tutela dalla problematica del labile confine tra interpretazione e creazione¹⁰.

Tale consapevolezza si avverte ancor di più nella chiosa finale della sentenza in cui si affermava che «proposta al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall’esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento».

Nonostante l’atteggiamento prudenziale delle Sezioni Unite, le Stesse puntualizzavano che «pur così ampliato il campo del suo impiego, la regola dei limiti esterni è in grado di servire allo scopo di espungere dall'area dei motivi attinenti alla giurisdizione ogni segmento del giudizio che si rivela estraneo alla ricognizione della portata della norma che attribuisce giurisdizione, ricognizione che

⁹ A. PALMERI, *Sezioni Unite civili: sentenza 23 dicembre 2008, n. 30254; Pres. Carbone, Est. Vittoria, P.M. Nardi (concl. Diffi.)*; Gatti (Avv. Di Matteo, Pellegrino) c. Provincia di Mantova (Avv. Colombo Sperati). Conferma Cons. Stato, ad plen., 22 dicembre 2007, n. 12, ed enuncia il principio di diritto d'ufficio, in *Il Foro it.*, Vol. 132, n. 3, marzo 2009, 731-732. Sul concetto di giurisdizione, si veda anche il contributo di R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale ed alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 4, nonché M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *rivistaaic.it*, 4/2014, ed anche A. RUGGERI, *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 30 settembre 2016.

¹⁰ M. PUGLIESE, *La pregiudiziale amministrativa, una storia quasi finita. Analisi di un contrasto in via d'estinzione Nota a Corte di Cassazione - Sezioni Unite Civili, Ordinanza 23 dicembre 2008 n.30254, 21 Gennaio 2009*, in *Filodiritto*.

costituisce invece l'oggetto su cui al giudizio del giudice amministrativo si può sovrapporre, modificandolo, quello della Corte di cassazione a sezioni unite».

In altri termini, pare potersi affermare che gli Ermellini avessero intenzione di evitare che la sottile linea di demarcazione tra “interpretazione” e “creazione” potesse costituire un ostacolo al sindacato sul “rifiuto di tutela giurisdizionale” di posizioni giuridicamente protette, nella qualità di interesse legittimo o diritto soggettivo (nella specie della tutela risarcitoria, azione autonoma “senza pregiudiziali”).

L’atteggiamento di estrema cautela con cui la Suprema Corte affrontava il tema del rapporto tra eccesso/rifiuto di giurisdizione e mera violazione di legge trovava conferma nel fatto che non si rinvenivano pronunce che – in nome dell’art. 111, comma 8, Cost. – abbiano riconosciuto in concreto l’eccesso di potere giurisdizionale nei confronti del Legislatore non traduentisi in un siffatto “rifiuto”.

Se è vero infatti che si ammetteva in termini generali che la Corte di Cassazione, in quanto deputata dalla Costituzione a giudice supremo dei confini della giurisdizione, avesse il potere/dovere di sindacare e cassare anche le sentenze dei giudici amministrativi di ultima istanza nell’ipotesi in cui, esorbitando dall’ambito tipico della *potestas iudicandi*, avessero coniato una “propria” *regula iuris*, sostanziale o processuale, le Sezioni Unite hanno, fino a oggi (e già prima della sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale), costantemente e puntualmente dichiarato inammissibili i ricorsi proposti per tale motivo e cassato, peraltro assai raramente e sempre con rinvio al Giudice che le aveva emesse, soltanto le pronunce che, senza il chiaro supporto di fonti normative primarie (nel caso della pregiudiziale di annullamento e della definizione anticipata dell’appello alla Corte dei conti) o in contrasto con il diritto UE (negli altri - comunque soltanto due - casi), avessero escluso, in modo, aprioristico e astratto, l’accesso alla tutela giurisdizionale di situazioni giuridicamente protette (che, proprio per tale “protezione”, tanto che abbiano la consistenza di un diritto soggettivo, quanto che abbiano quella di un interesse legittimo, non possono essere private, in via, appunto “presupposta” e “aprioristica”, di tale tutela; sicché il giudice competente a conoscere delle relative istanze non può, in via autonoma, perimetrarne l’ammissibilità in senso arbitrariamente riduttivo rispetto a quanto stabilito dalle fonti regolatrici dell’accesso alla giurisdizione).

Le stesse Sezioni Unite, rilevavano inoltre il ruolo marginale dell’ipotesi generale dell’eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al Legislatore, osservando che tale ipotesi, presupponendo che il giudice applichi una norma da lui creata in luogo della norma esistente e che quindi eserciti un’attività di produzione normativa in luogo di un’attività meramente euristica, non poteva che avere rilevanza meramente teorica (cfr. le sentenze 26 marzo 2012 n. 4769 e 28 febbraio 2019 n. 60592). È significativo che anche la sentenza 30 luglio 2018 n. 20169, che menzionava una serie di precedenti a sostegno dell’ammissibilità di tali ricorsi, indicava in realtà sentenze che, nelle specifiche fattispecie, li avevano dichiarati inammissibili, qualificando il vizio denunciato come mero errore interpretativo.

La tradizionale e consolidata “ritrosia” della Corte di cassazione a sindacare l’eccesso di potere giurisdizionale “puro” nei confronti del Legislatore emergeva con evidenza anche dalla sentenza 30 ottobre 2019 n. 27842¹¹, che, a fronte di un’ipotesi inconfutabile di “creazione” di un “principio di diritto” ignoto all’ordinamento (la normativa transitoria introdotta dall’Adunanza Plenaria n. 13 del 2017, a vantaggio dell’amministrazione, in materia di autorizzazioni paesaggistiche), ha sostanzialmente evitato di entrare nel merito della questione e di esprimere in qualche modo un’opinione sul punto, sia pure con un mero *obiter dictum*, trincerandosi dietro l’argomento che il potere conferitole dall’art. 111, comma 8, Cost. opera solo rispetto alle pronunce che, “definendo il

¹¹«La Corte di Cassazione Civile, intervenuta sulla materia, ha stabilito che il sindacato dei giudici di legittimità sulle decisioni del Consiglio di Stato, previsto dal nostro ordinamento, ai sensi dell’art. 11, ultimo comma, della Costituzione o dell’art. 362 c.p.c., è ammesso nel caso in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia violato i c.d. limiti esterni della propria giurisdizione oppure l’ambito della giurisdizione in generale». Così, L. FACONDINI, *Inammissibilità del ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione avverso la sentenza resa dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nell’esercizio della propria funzione nomofilattica*, in Diritto.it, 29 dicembre 2019.

giudizio di appello mediante accoglimento o rigetto dell'impugnazione e dettando la regola del caso concreto, siano per questo in concreto suscettibili di arrecare un *vulnus* all'integrità delle attribuzioni di altri" (e, dunque, non si estenderebbe alle – mere – *regulae iuriscreate*, in astratto, dall'Adunanza Plenaria!).

Senonché, per tenere saldamente fermo questo limite, salvando al tempo stesso il sindacato sul c.d. diniego di giurisdizione, le SS UU, invece di considerarlo, una *species* aggravata dell'eccesso di potere giurisdizionale, che, per la sua particolare gravità, rende meno fragile il confine tra interpretazione e creazione e osta a una lettura estensiva della funzione interpretativa, lo hanno progressivamente ricondotto proprio a tale ultima funzione, coniando l'ibrida figura del "radicale stravolgimento" delle norme di rito, mediante una "interpretazione" manifestamente "abnorme" delle medesime.

Dalla superiore disamina emerge dunque che il *discrimen* utilizzato dalla Cassazione per delineare il confine tra violazione di legge insindacabile e motivo di giurisdizione sindacabile è il "diniego di giurisdizione".

Del resto, la stessa sentenza n. 956 del 17 gennaio 2017 aveva precisato che in casi di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato il controllo del limite esterno della giurisdizione «non include anche una funzione di verifica della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea (sezioni unite, n. 14043, n. 14042 e n. 10501 del 2016) e *l'error in iudicando* non si trasforma in eccesso di potere giurisdizionale sol perché venga denunciata la violazione di norme funzionali quali chiarite dalla Corte di giustizia (*ex multis*, Sezioni Unite, n. 3915 del 2016; n. 2403 del 2014; n. 16886 del 2013)» (Cfr. Cass. n. 956 del 17 gennaio 2017)

E, ancora più precisamente, la stessa Cassazione (al pt. 2.4 del considerato in diritto), ha definitivamente chiarito che, che i «casi estremi» in cui un *error in iudicando* del Consiglio di Stato per contrarietà ad una pronuncia della Corte di giustizia, ove idoneo a realizzare un «radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento, così come interpretate dalla Corte di giustizia» (e in tal senso si vedano SS UU, nn. 11380 del 2016, 2242 del 2015 e 15428 del 2012), «si risolve eccezionalmente in un eccesso giurisdizionale tale da consentire il ricorso per Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione [che] vanno necessariamente identificati [soltanto] in fattispecie in cui la decisione del Consiglio di Stato contraria alla giurisprudenza unionale preclude, rendendola non effettiva, la difesa giudiziale con conseguente ingiustificato (anche dal punto di vista costituzionale) vuoto di tutela giurisdizionale per l'indicato "indebito rifiuto di erogare" tale tutela "a cagione di una malintesa autolimitazione", in via generale, dei poteri del giudice speciale».

5. Il primo motivo di rimessione alla C.G.U.E.

Il primo motivo pregiudiziale di rimessione della Cassazione alla CGUE ribaltava quanto cristallizzato dalla Consulta nella storica sentenza n. 6 del 2018: ritenevano gli Ermellini che, seguendo l'insegnamento del Giudice delle leggi, la Cassazione non avrebbe più potuto sindacare una pronuncia del Consiglio di Stato espressasi in violazione del diritto comunitario.

Ebbene, avendo il Consiglio di Stato escluso per l'impresa non vincitrice la legittimazione a ricorrere per carenza di interesse, avrebbe applicato la c.d. regola dei ricorsi reciprocamente escludenti, determinando indi una violazione del principio di effettività della tutela, esprimendosi dunque in contrasto con il diritto euro-unitario, rendendosi infine artefice del vizio della violazione di legge.

Gli Ermellini ritenevano dunque che la disciplina nazionale – impedendo alla Corte di Cassazione di pronunciarsi sulle sentenze del Consiglio di Stato nel caso di violazione di legge – si ponesse in contrasto con il diritto euro-unitario, consentendo la cristallizzazione di una pronuncia che lo viola.

In sintesi, con il primo quesito si chiedeva, dunque, se il principio del primato del diritto comunitario e quello della effettività della tutela ostino o meno ad una giurisprudenza nazionale

secondo cui il sindacato per motivi di giurisdizione *ex art.* 111, comma 8, Cost., non possa avere ad oggetto una violazione di diritto comunitario.

Nello specifico la Suprema Corte interrogava la CGUE «se gli art. 4 par. III, art. 19 par. I del TUE, art. 2, parr. I e II, e art. 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli art. 111, comma 8 Cost., art. 360, comma 1 e art. 362, comma 1, c.p.c., nonché art. 110 c.p.a. – 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».

6. *La seconda questione pregiudiziale.*

La seconda questione pregiudiziale si fondava su presupposti giuridici simili a quelli della prima, riferendosi alla sindacabilità da parte della Cassazione della mancata proposizione del rinvio pregiudiziale alla C.G.U.E. *ex art.* 67 TFUE, da parte del Consiglio di Stato, il quale si era espresso in una materia fortemente influenzata dalla disciplina comunitaria, come quella dell'affidamento di contratti d'appalto pubblici.

Gli Ermellini ritenevano infatti che la mancata proposizione di un rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato alla C.G.U.E. su una materia di rilievo comunitario rilevasse non in un motivo inerente la giurisdizione ma in una vera e propria violazione di legge; a suffragio di tale impostazione si considerava che il rivolgersi o meno alla Corte di Lussemburgo per sollevare una questione pregiudiziale attenesse al merito del giudice nazionale procedente e non alla giurisdizione dallo stesso esercitata.

Il motivo di tale questione pregiudiziale era insito nel fatto che, ai sensi del più volte richiamato art. 111, comma 8, Cost., le pronunce del Consiglio di Stato (ed anche della Corte dei conti) possono essere oggetto di ricorso per Cassazione solo per motivi inerenti alla giurisdizione e non anche per vizio di violazione di legge, quale quello verificatosi nel caso *de quo*.

Ciò che gli Ermellini chiedevano alla Corte di Lussemburgo era se il principio che sancisce il primato del diritto dell'U.E. così come quello dell'effettività della tutela ostassero o meno ad una disciplina come quella nazionale che impedisce alla Corte di Cassazione di effettuare un sindacato su quelle pronunce in cui il Consiglio di Stato abbia mancato di rivolgersi preliminarmente alla C.G.U.E. in merito ad una materia di rilevanza comunitaria, anche qualora ciò consenta il consolidarsi di un giudicato produttore effetti giuridici in contrasto con il diritto comunitario¹².

¹² S. BARBARESCHI, L. ADALBERTO CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la corte di cassazione "fuori contesto" considerazioni a prima lettura di ord. Cass SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in [Federalismi](#), 4 novembre 2020, 9-14.

Questo dunque il secondo rinvio pregiudiziale «se gli art. 4 par. III, art. 19 par. I del TUE e art. 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, ostino alla interpretazione e applicazione degli art. 111, comma 8, Cost., art. 360, comma 1 e art. 362, comma 1, c.p.c., nonché art. 110 c.p.a., quale si evince dalla prassi giurisprudenziale nazionale, secondo la quale il ricorso per cassazione dinanzi alle Sezioni Unite per «motivi inerenti alla giurisdizione», sotto il profilo del cosiddetto «difetto di potere giurisdizionale», non sia proponibile come mezzo di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato che, decidendo controversie su questioni concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione, omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, da essa tassativamente indicate (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C-238/81) che esonerano il giudice nazionale dal suddetto obbligo, in contrasto con il principio secondo cui sono incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che prevedano una privazione, anche temporanea, della libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di Giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario, di rendere irrimediabile (e favorire il consolidamento dell'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare l'uniforme applicazione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione».

7. La terza questione pregiudiziale.

La terza ed ultima questione pregiudiziale evidenziava il divario tra l'orientamento consolidatosi all'interno della giurisprudenza amministrativa italiana e quello dalla CGUE radicatosi, invece, a livello comunitario, consistente quest'ultimo nel diverso riconoscimento in capo ad un soggetto della legittimazione a proporre ricorso al fine di ribaltare una gara d'appalto dalla quale risulta escluso.

Nel dettaglio, mentre il Consiglio di Stato – si ribadisce – riteneva che un soggetto escluso da una gara con più di due concorrenti fosse titolare di un interesse di mero fatto e privo quindi della posizione giuridica differenziata che lo avrebbe legittimato a proporre ricorso (essendo la sua posizione giuridica soggettiva del tutto assimilabile a quella di qualsiasi altro operatore economico che non abbia partecipato alla procedura di evidenza pubblica), la giurisprudenza della CGUE si muoveva invece in direzione diametralmente opposta.

Segnatamente, i Giudici di Lussemburgo ritenevano che un soggetto – anche se escluso da una gara a cui abbiano partecipato più di due concorrenti – dovesse comunque ritenersi titolare di una legittimazione a proporre ricorso, per impugnare l'aggiudicazione e travolgere la gara così svoltasi, al solo sussistere della mera probabilità di conseguire un vantaggio, il quale poteva consistere anche nella riedizione della gara (e non per forza nell'annullamento dell'aggiudicazione e nell'eventuale subentro nel contratto d'appalto)¹³.

I precedenti della CGUE conformi a tale orientamento sono diversi e, in tal senso, la Corte europea ribadiva come la posizione della giurisprudenza amministrativa italiana – ovverosia quella secondo cui il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario di una gara d'appalto, volto ad ottenere l'esclusione dalla gara o la mera conferma circa la legittimità dell'esclusione già avvenuta del ricorrente principale, debba essere esaminato per primo con effetto paralizzante sul ricorso principale – determinasse un'evidente lesione del principio di effettività della tutela, preso atto che il ricorrente

¹³ Cfr. sent. CGUE 5 settembre 2019, Lombardi, C-333/18; sent. CGUE 5 aprile 2016, Puligienica, C-689/13 e sent. CGUE 4 luglio 2013, Fastweb. In tali pronunce il giudice di Lussemburgo statuisce definitivamente che nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, gli offerenti hanno un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri offerenti ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto, indipendentemente dal numero di partecipanti alla procedura e dal numero di partecipanti che hanno presentato ricorso.

principale venisse in tal modo indebitamente privato del diritto ad ottenere una valida tutela giurisdizionale e privato della possibilità di impugnare l'esito di una gara dalla quale risultava escluso (magari anche illegittimamente).

Tale principio, ad avviso della CGUE, non poteva essere accolto né nelle gare per l'affidamento di appalti pubblici con più di due partecipanti, né nelle gare con due soli partecipanti, bastava infatti la possibilità di ottenere un vantaggio dalla impugnazione per radicare l'interesse al ricorso.

A conferma di quanto appena evidenziato, si ricorda come risieda nell'insostituibile potere discrezionale demandato alla P.A. la scelta se, una volta annullata l'aggiudicazione per un vizio effettivamente riscontrato, scorrere la graduatoria (così individuando nuovi aggiudicatari), oppure decidere di indire nuovamente la gara senza alcun scorrimento della graduatoria (tale possibilità è considerata dalla stazione appaltante, ad esempio, qualora le offerte degli altri partecipanti non vengano ritenute idonee o non sufficientemente competitive rispetto a quella dell'aggiudicatario ormai revocato).

Peraltro, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione ritenevano non condivisibile il principio di diritto espresso dal Consiglio di Stato in merito alle procedure di affidamento di appalti pubblici secondo cui, nell'ambito dei cosiddetti ricorsi reciprocamente escludenti, il ricorso incidentale (diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale facendo leva sulla sua esclusione dalla gara o sulla necessità che lo stesso ne fosse stato escluso fin dall'origine) debba essere esaminato prioritariamente, a discapito del ricorso principale che contesti la legittimità dell'aggiudicazione ed abbia come obiettivo il travolgimento della gara (magari sostenendo le stesse motivazioni, ossia che l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere stato escluso dalla gara d'appalto fin dalla sua indizione).

Tale principio infatti, a fronte di due ricorsi – uno principale e l'altro incidentale – reciprocamente escludenti, provocherebbe automaticamente due effetti indebiti.

Da una parte, sancirebbe automaticamente l'inammissibilità del ricorso principale, solo perché proposto da un soggetto già escluso o che avrebbe dovuto essere stato escluso dalla gara d'appalto svoltasi; in seguito favorirebbe arbitrariamente la posizione del ricorrente incidentale salvaguardando la sua aggiudicazione, senza che il giudice possa concretamente esprimersi sulla legittimità della stessa, sulla legittima partecipazione del concorrente poi reso aggiudicatario o sulla legittima esclusione del ricorrente principale dalla medesima gara.

Da tale quadro, tanto ad avviso delle S.U. della Suprema Corte, quanto in forza dell'opinione espressa dai Giudici di Lussemburgo, ne deriverebbe una profonda lesione al principio di effettività della tutela, negando il diritto al ricorso ad un soggetto sulla base di aprioristiche esclusioni e di automatismi arbitrari.

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

e in cui ciascun concorrente può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere alla scelta di un'offerta regolare e all'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, alla quale ciascuno degli offerenti potrebbe partecipare».

8. *Breve rinvio al concetto di “dialogo tra Corti” e possibili risvolti all'esito della rimessione alla C.G.U.E.*

Siamo stati testimoni di proficui dialoghi tra le Corti al fine di implementare gli strumenti di tutela delle situazioni soggettive e del rafforzamento della capacità di impatto nei sistemi politici nazionali; successivamente, si è assistito ad un periodo di definizione di tale atteggiamento dialogante, con precipuo riferimento al rapporto tra le tradizioni comuni e le singole identità nazionali: in sintesi, risultava necessario comprendere se e in che misura queste ultime potessero essere utilizzate come scudo difensivo, ovvero come arma per attaccare le tradizioni comuni particolarmente “invadenti”. Ebbene, nell'ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite alla CGUE si assiste ad un uso diverso di tale dialogo poiché si chiede alla CGUE di pronunciarsi su una disposizione della Costituzione italiana alla luce del diritto europeo primario e derivato¹⁴.

L'ampia rimessione effettuata dalle S.U. della Cassazione alla CGUE, per come sopra esaminata, abbraccia una questione giuridica di non poco conto in quanto, al fine di evitare il formarsi e consolidarsi di un giudicato anti-comunitario, è richiesta l'introduzione di una sorta di rimedio *extra ordinem*, sconosciuto al nostro ordinamento, il quale consisterebbe nel ricorso alla Cassazione per violazione di legge, in riferimento a pronunce adottate dal Consiglio di Stato. Trattasi di un rimedio privo di diritto di cittadinanza all'interno del sistema giuridico italiano proprio perché l'art. 111,

¹⁴ Quando si parla di “dialogo tra Corti” ci si riferisce ad un *modus operandi* «che ha trovato, negli ultimi anni, un larghissimo impiego nelle riflessioni dei costituzionalisti e degli studiosi del diritto dell'Unione europea in particolare. La stessa Corte costituzionale ha utilizzato tale termine per definire sia i propri rapporti con la Corte di Giustizia, nella [sent. n. 269 del 2017](#) e nella più recente [ordi. n. 117 del 2019](#), sia quelli con la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella [sent. n. 49 del 2015](#). Essa ha fatto ricorso proprio all'espressione “dialogo tra le Corti” per sottolineare l'esigenza di una cooperazione tra i diversi “attori” coinvolti nella tutela multilivello dei diritti» cit. di F. BIONDI, *Quale dialogo fra le Corti*, in [Federalismi.it](#), n. 18 del 02/10/2019, 2. E ancora A. RIDOLFI, *Giurisdizione costituzionale, Corti sovranazionali e giudici comuni: considerazioni a proposito del dialogo tra Corti*, in [Rivista AIC](#), n. 3 del 2016, 52-54, il quale evidenzia come talvolta il dialogo tra Corti possa mancare o risultare problematico a causa di conflitti interpretativi tra diversi giudici o perché gli stessi deliberatamente si rifiutano di comunicare tra loro. Spesso trattasi di un vero e proprio rapporto conflittuale tra Corti costituzionali e C.G.U.E.: di fronte all'affermazione del primato del diritto europeo, la Corte costituzionale ha fatto valere dapprima la teoria dei controlimiti e difesa della sovranità statale, rifiutando di compiere rinvii pregiudiziali per evitare il riconoscimento di una qualche superiorità gerarchica (si ricorda che tale posizione è ormai stata superata), accogliendo poi una prospettiva dualista nel rapporto tra i due ordinamenti in contrapposizione a quella monista. Inoltre, P. GAETA nel proprio contributo su [Giustizia Insieme](#) n. 313 del 18/09/2009, *La scala di Wittgenstein: dialoghi tra Corti, giudice comune e primauté della Corte Costituzionale*, evidenziando il ruolo preminente della Corte costituzionale afferma che «il dialogo tra le Corti ha bensì assunto oggi una diversa stabilità rispetto a quell'originario “sentimento dell'urgenza” che ne aveva caratterizzato gli albori e la prima fase, essendone oggi i contorni molto più definiti e, con essi, gli scopi e, soprattutto, le modalità. [Ritenendo altresì che] in questa evoluzione, sia stata la Corte costituzionale ad assumere un ruolo preminente – di personaggio chiave e personaggio principale assieme, si direbbe nel linguaggio della sceneggiatura cinematografica – ed in progressiva espansione: guadagnando una centralità assoluta e divenendo il *best player* del dialogo. Il ruolo insomma di chi - con grande acume istituzionale, talvolta con astuzia ordinamentale - alla fine ha stabilito, quasi sempre in autonomia, le regole su come dialogare e soprattutto su quali esiti potesse/dovesse avere tale dialogo: ribadendo, con forza, che la testata d'angolo era e rimane il meccanismo del sindacato accentrato di costituzionalità e persino privilegiando l'“anima politica” rispetto a quella “giurisdizionale”. A tale ruolo, gli altri ‘dialoganti’ – Corti di Strasburgo e Lussemburgo; giudici comuni - si sono dovuti, di volta in volta, in qualche modo adattare ed adeguare: in qualche occasione, perfino rassegnare»: *cit.*, 2.

comma 8, Cost. stabilisce espressamente che contro le pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti il ricorso per Cassazione sia ammesso solo per motivi inerenti la giurisdizione¹⁵.

Le rimessioni pregiudiziali alla C.G.U.E. sono tutte sostanzialmente volte a determinare se il principio del primato del diritto dell'UE, così come il principio dell'effettività della tutela comunitariamente sancito, sia così tanto forte da consentire l'introduzione nell'ordinamento italiano di un rimedio del tutto nuovo, capace di estendere notevolmente le competenze della Cassazione, allo scopo di perseguire quella finalità consistente nell'evitare il definitivo consolidarsi di un giudicato produttore effetti in contrasto con il diritto euro-unitario.

All'esito del rinvio pregiudiziale, i Giudici di Lussemburgo potrebbero effettivamente riconoscere al principio del primato del diritto dell'UE una tale forza giuridica da giustificare l'introduzione di un rimedio *ad hoc* – come appunto il ricorso per Cassazione per violazione di legge – per evitare il definitivo consolidarsi di una sentenza anti-comunitaria; oppure, la CGUE potrebbe limitarsi a ribadire quanto più volte affermato in precedenza, ovvero sia che il principio del primato del diritto dell'UE non impone di rimuovere un giudicato già formatosi all'interno di un ordinamento nazionale di uno Stato membro, anche se in contrasto con il diritto comunitario (salva l'eventuale responsabilità del singolo Stato per aver dato luogo ad una pronuncia anti-comunitaria).

Si addivene a tale conclusione sulla scorta del c.d. principio di equivalenza dei rimedi secondo cui, non essendo previsto all'interno dell'ordinamento nazionale un rimedio ulteriore – se non il ricorso per Cassazione per motivi inerenti la giurisdizione – contro una sentenza del Consiglio di Stato in contrasto con il diritto nazionale, allora tantomeno è possibile prevedere un rimedio *ad hoc* per revocare quelle pronunce del Consiglio di Stato in contrasto con il diritto comunitario, vista la definitività degli effetti giuridici prodottisi a seguito del passaggio in giudicato della sentenza¹⁶.

9. Considerazioni finali.

Vista l'assoluta novità del percorso intrapreso dalle Sezioni Unite, pare opportuno in ultima analisi riflettere sulla effettiva portata delle tre questioni pregiudiziali poste alla C.G.U.E. e in specie della prima.

Ebbene, se si identifica come “motivo di giurisdizione” ogni travalicamento da parte del giudice dalla propria *potestas iudicandi* e se il giudice amministrativo o ordinario non ha il potere di coniare una regola opposta rispetto a quella stabilita dal diritto UE (prevalente sul Potere legislativo interno) non sembra possibile negare che si ponga una “questione di giurisdizione”, sindacabile dalla Cassazione. Ciò perché come si è fino ad oggi pacificamente ritenuto (e la Corte costituzionale nella [sentenza n. 6 del 2018](#) non ha negato), essa rappresenta il giudice di ultima istanza del rispetto dei confini del potere giurisdizionale.

Se dunque una questione di interpretazione del diritto UE è già stata risolta in una determinata direzione dalla sua Corte di Giustizia, non v'è possibilità di “interpretazioni” e nemmeno di “creazioni” da parte del giudice nazionale. Non si potrebbe, quindi, invocare il “labile confine” tra le due operazioni che ha finora consentito alle Sezioni Unite di sottrarsi al potere/dovere di sindacare lo sconfinamento nel potere legislativo interno, giustificandone l'atteggiamento di *self-restraint* per le questioni che non si traducono (addirittura) in un diniego di giustizia. Il ragionamento operato dalla Corte costituzionale può anzi, in quest'ottica, essere ribaltato: se non è ammissibile una “graduazione” del vizio, non lo è neppure per lo sconfinamento, che è sindacabile, non solo rispetto al diritto UE, ma anche rispetto al diritto interno, anche quando non si traduca in un diniego di

¹⁵ B. CARAVITA, *La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al diritto europeo?*, in [Federalismi.it](#), 4 novembre 2020, 20 e s..

¹⁶ M. LIPARI, *Il sindacato della cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, comma 8, della costituzione e il diritto dell'Unione europea: la parola alla Corte di Giustizia*, in [Giustizia Insieme](#), 11 dicembre 2020.

giustizia. La verifica della fattispecie appena descritta comporterebbe che la disposizione violata sia inequivocabile o che comunque la Corte di Giustizia si sia già pronunciata su quella specifica questione.

Così ragionando, lo spazio d'applicazione del ricorso per Cassazione di cui si chiede alla C.G.U.E. di ribadire la necessità – sul presupposto che la Costituzione affidi alle Sezioni Unite il controllo sul rispetto dei limiti della giurisdizione – non sembra a ben vedere maggiore di quello che il sistema giuridico riconosce per lo sconfinamento rispetto al diritto interno. Se poi le parti faranno abuso dello strumento, per impedire il passaggio in giudicato delle sentenze dei giudici amministrativi, l'ordinamento interno dovrà trovarvi adeguati rimedi, con l'eventuale previsione di filtri e/o con un accorto uso della condanna alle spese.