

Motivi inerenti alla giurisdizione, diritto a un ricorso effettivo e appalti pubblici: la CGUE risponde alla Suprema Corte di Cassazione italiana

di Enrico Ajmar

Title: Reasons of jurisdiction, right to an effective remedy and public procurement procedures: the CJEU responds to the Italian Supreme Court of Cassation

Keywords: Reasons of jurisdiction; Public procurement procedures; Effective legal protection.

1. – Con la pronuncia in commento è stata definita dalla Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea la causa avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale formulata dalla Suprema Corte di Cassazione italiana, concernente l'interpretazione dell'art. 4 paragrafo 3, e dell'articolo 19, paragrafo 1, TUE, nonché dell'articolo 2, paragrafi 1 e 2, e dell'articolo 267 TFUE, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sull'interpretazione dell'articolo 1, paragrafi 1 e 3, e dell'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014.

Il caso *de quo* prende avvio dall'indizione di una procedura di gara per un appalto pubblico sopra soglia, indetta dall'Azienda USL Valle d'Aosta, per l'individuazione di un'agenzia per il lavoro cui affidare la somministrazione temporanea di personale. Nell'ambito della *lex specialis* della procedura era prevista «una “soglia di sbarramento” per le offerte tecniche, fissata a 48 punti, con la conseguente esclusione degli offerenti che avessero conseguito un punteggio inferiore» (cfr. par. 12 della sentenza in commento). All'esito di questa valutazione, la società Randstad veniva esclusa per via del mancato superamento del predetto sbarramento e, in seguito, la gara veniva aggiudicata al raggruppamento Synergie-Umana.

Dinanzi a tale esito, la Randstad proponeva ricorso presso il Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta, che lo reputava ammissibile rigettando però i rilievi nel merito. Avverso tale decisione, la Randstad presentava appello e il Consiglio di Stato, accogliendo invece l'appello presentato in via incidentale dall'impresa aggiudicatrice, riformava la sentenza di primo grado dichiarando inammissibili i motivi dedotti con l'impugnativa dell'aggiudicazione. La Randstad presentava così ricorso per Cassazione, sostenendo che il Consiglio di Stato avrebbe «violato il suo diritto a un ricorso effettivo, sancito segnatamente

dall'articolo 1 della direttiva 89/665» e che tale circostanza sarebbe stata da reputarsi quale motivo inerente alla giurisdizione ai sensi dell'art. 111, comma 8 della Costituzione (cfr parr. 22 s. della pronuncia in commento).

La Corte di Cassazione, investita del ricorso, fa un triplice ragionamento. In primo luogo, si avvede della condivisibilità dei rilievi mossi dalla società esclusa: «il rifiuto del Consiglio di Stato di esaminare, in un caso come quello di cui trattasi nel procedimento principale, i motivi vertenti sull'irregolarità della procedura di gara, viola il diritto a un ricorso effettivo ai sensi del diritto dell'Unione» (cfr. par. 25). In secondo luogo, si avvede anche del fatto che, «affinchè siano salvaguardate l'uniformità e l'effettività del diritto dell'Unione», il ricorso per Cassazione ex art. 111, comma 8 Cost. «costituirebbe l'estremo rimedio giurisdizionale per evitare il passaggio in giudicato di una sentenza del Consiglio di Stato che sia contraria al diritto dell'Unione» (cfr. par. 26), rilevando altresì che nel momento in cui «il Consiglio di Stato effettua un'applicazione o un'interpretazione di disposizioni nazionali che risulti incompatibile con le disposizioni del diritto dell'Unione, come interpretate dalla Corte [di Giustizia], esso esercit[erebbe] un potere giurisdizionale di cui è privo. In realtà, eserciterebbe in tal caso un potere di produzione normativa che non rientrerebbe nemmeno nella competenza del legislatore nazionale» e «ciò costituirebbe un difetto di giurisdizione che dovrebbe poter essere impugnabile» (cfr. par. 27). In terzo ed ultimo luogo prende però atto dell'esistenza di un orientamento di segno avverso, autorevolmente sostenuto dalla Corte costituzionale (sentenza n. 6/2018). Non sarebbe quindi «ammissibile equiparare un motivo vertente su una violazione del diritto dell'Unione a un motivo inerente alla “giurisdizione”, ai sensi del citato articolo 111, ottavo comma, della Costituzione» (cfr. par. 28).

Ritenendo tale situazione di dubbia conformità al diritto UE, in particolare nella misura in cui il diritto interno non le consente un sindacato sulle pronunce del Consiglio di Stato che violino la normativa eurolunitaria, la Corte di Cassazione sospende il procedimento sottoponendo ai giudici lussemburghesi le seguenti questioni pregiudiziali:

1. In primo luogo (prime due questioni), se il diritto UE (in particolare il riferimento è agli artt. 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, TUE e 2, paragrafi 1 e 2, e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'articolo 47 della Carta di Nizza) osti:
 - all'impossibilità per il giudice *a quo* di censurare le pronunce del Consiglio di Stato che abbiano fatto proprie delle prassi applicative in contrasto con il diritto eurolunitario medesimo;
 - all'impossibilità di operare un rinvio pregiudiziale omesso dal Consiglio di Stato;
 entrambe conseguenze del ritenere tali casi ultronei rispetto ai “motivi inerenti alla giurisdizione”.
2. In secondo luogo (terza questione), se i (noti) principi di cui (in particolare) alle sentenze 5 settembre 2019, Lombardi, C-333/18 e 4 luglio 2013, Fastweb, C-100/12 siano applicabili alla fattispecie *sub iudice*, in cui, a causa dell'esclusione della ricorrente dalla gara, il Consiglio di Stato ha omesso di sindacare le censure mosse con l'atto di ricorso.

È da notare come non venga accolta la domanda di procedimento accelerato, atteso che i motivi addotti (rilevanza per l'organizzazione giudiziaria dello Stato membro interessato e numero rilevante di controversie simili) non costituiscono da soli, per giurisprudenza consolidata, motivo di applicazione del procedimento *ex art.* 105 del regolamento di procedura. Il Presidente ha tuttavia ritenuto che sussistessero i presupposti per una decisione in via prioritaria *ex art.* 53, par. 3 del suddetto regolamento e, su richiesta del Governo italiano ai sensi

dell'art. 16, comma 3 dello Statuto della CGUE, la Corte si è riunita in Grande Sezione.

2. – Inquadrate per sommi capi il caso di specie, è d'uopo delineare il contesto normativo e, soprattutto, il panorama giurisprudenziale e dottrinale che si è sviluppato. Quella in esame è infatti una questione assai dibattuta nel diritto interno, che ha acceso un vivace dibattito con tesi tra loro contrapposte che trovano origine in tempi assai risalenti.

La normativa italiana che viene in rilievo è quella che regola il riparto di giurisdizione, che trova dignità tanto nella Costituzione quanto a livello primario. In particolare, il riferimento va all'art. 111, comma 8 della Costituzione che prevede che «contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione», individuando così nel supremo consesso nomofilattico di giustizia ordinaria l'organo preposto al sindacato in ordine al rispetto del riparto. Vengono altresì in rilievo l'art. 362 c.p.c., che prevede che «possono essere impugnate con ricorso per cassazione (...) le decisioni in grado d'appello o in unico grado di un giudice speciale, per motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso. Possono essere denunciati in ogni tempo con ricorso per cassazione: 1) i conflitti positivi o negativi di giurisdizione tra giudici speciali, o tra questi e i giudici ordinari; 2) i conflitti negativi di attribuzione tra la pubblica amministrazione e il giudice ordinario», nonché l'art. 6, comma 1 c.p.a.: «il Consiglio di Stato è organo di ultimo grado della giurisdizione amministrativa» e l'art. 110 c.p.a. che, in sostanza, richiama il dettato costituzionale statuendo che «il ricorso per cassazione è ammesso contro le sentenze del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione».

L'attuale assetto, come si è anticipato, ha radici piuttosto risalenti (cfr., per tutti, F. Caringella, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2021, Roma). In un primo momento, appena successivo all'Unità d'Italia, venne affidato il contenzioso di «tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque possa essere interessata la pubblica amministrazione, ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo e dell'autorità amministrativa» (art. 2, l. 20 marzo 1865, n. 2248: c.d. Legge abolitrice del contenzioso amministrativo o L.A.C.) al giudice ordinario; tale sindacato era invece escluso in caso di c.d. diritti minori, considerati “affari” (art. 3, L.A.C.), affidato esclusivamente alla tutela giustiziale, ossia alla stessa autorità amministrativa su impulso dei ricorsi amministrativi presentati dai privati. La competenza per eventuali conflitti di attribuzione tra i due sistemi passò pochi anni dopo dal Consiglio di Stato (in allora privo di funzioni giurisdizionali) alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione romana (l. 31 marzo 1877, n. 3761). Il sindacato su quelli che poi verranno qualificati come “interessi legittimi” assunse via via carattere giurisdizionale a partire dall'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato con la l. 31 marzo 1889, n. 5992, con un processo che ha attraversato l'istituzione di altre sezioni e il c.d. concordato giurisprudenziale del 1930, con la conseguente adozione, come noto, del criterio della *causa petendi*. In seguito, l'Assemblea Costituente decise di mantenere il doppio sistema di giurisdizione (e, dalla nascita della Repubblica, si sono registrati ulteriori mutamenti e diverse riforme della giustizia amministrativa che, però, non sono direttamente attinenti al caso in esame. Cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, 2019, Bologna, nonché, *amplius*, F. Caringella, *op.cit.*).

Parallelamente alle questioni di diritto interno riguardanti il riparto di giurisdizione, prende avvio il decennale processo di “europeizzazione”, che vede affermarsi, per quanto più attiene alle questioni qui in rilievo, un ruolo di particolare importanza alla Corte di giustizia nel garantire l'uniforme

interpretazione del diritto UE ad opera dei giudici degli Stati membri in un rapporto di collaborazione con questi ultimi grazie all'importante strumento del rinvio pregiudiziale (ora codificato, come noto, all'art. 267 TFUE); collaborazione talvolta doverosa, considerato l'obbligo del giudice (interno) di ultima istanza di effettuare il rinvio pregiudiziale in determinati casi.

Proprio con riferimento all'obbligo di corretta applicazione del diritto UE e al caso di omesso rinvio alla CGUE si è posto il problema delle pronunce del Consiglio di Stato difformi dal diritto eurounitario, atteso che si tratta del giudice di ultima istanza nel sistema di giustizia amministrativa. Si è profilato quindi un orientamento che, sulla scorta di un'interpretazione evolutiva del concetto di giurisdizione, ha aperto alla possibilità di un sindacato da parte della Corte di Cassazione in quanto giudice preposto a dirimere (come si è detto) le questioni attinenti alla giurisdizione. La «nuova nozione di giurisdizione si fonda sulla convinzione che esistano dei casi eccezionali, in cui alla luce dell'estremo stravolgimento delle norme sostanziali o processuali da parte del giudice, si verifica una violazione inerente la giurisdizione, nella forma di “manifesta denegata giustizia”» (cfr. M. C. Pollicino, *Le sentenze del Consiglio di Stato in conflitto con il diritto UE sono ricorribili in Cassazione per motivi di giurisdizione?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2021, p. 377, con riferimento alla pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 2242/2015. Seguono altre pronunce conformi delle Sezioni Unite: n. 6891/2016, n. 31226/2017). In altri termini, secondo tale tesi, in questi casi si registrerebbe un'ipotesi in cui la pronuncia del giudice amministrativo nega di fatto la giurisdizione, (ingiustamente) non concedendo tutela ad una situazione giuridica. Del resto, come risulta dal riferimento alle disposizioni di diritto interno rilevanti nel caso di specie (cfr. *supra*), non si registrano nel diritto positivo “indicazioni” atte a restringere la nozione di giurisdizione.

440

Tale orientamento venne peraltro proposto in dottrina nei primi anni duemila, quindi in epoca relativamente più risalente, iniziando a breve a trovare dignità nella giurisprudenza delle Sezioni Unite in un'ottica proprio di valorizzazione in chiave – se si vuole – anche maggiormente sostanzialistica del concetto di giurisdizione, arrivando ad effettuare un vero e proprio accertamento in ordine all'effettiva erogazione, da parte del Consiglio di Stato, della tutela richiesta avendo come parametro il “contenuto essenziale della giurisdizione” (Cfr., *amplius*, F. Dal Canto, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2018, pp. 1546 ss.).

In contrapposizione al richiamato approccio ermeneutico, si colloca invece una posizione più tradizionale, che accoglie una nozione ristretta di giurisdizione. In questo frangente si inserisce la pronuncia della Corte costituzionale n. 6/2018, che assume particolare rilievo nel caso di specie perché frontalmente sottoposta a critica dal giudice *a quo*, che la cita proprio nella domanda di pronuncia in via pregiudiziale («...prassi interpretativa... quale si evince dalla sentenza della Corte costituzionale...»). In tale sede, la Consulta ha infatti lapidariamente affermato che «la tesi che il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, previsto dall'ottavo comma dell'art. 111 Cost. avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, comprenda anche il sindacato su errores in procedendo o in iudicando non può qualificarsi come una interpretazione evolutiva, poiché non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale» (cfr. punto 11, Considerato in diritto).

3. – È quindi evidente che la pronuncia in commento si innesti in un contesto piuttosto variegato e dibattuto nel diritto interno. Condivisibile è, pertanto, la

richiesta dello Stato italiano rivolta alla Corte di giustizia di riunirsi in Grande sezione.

Ebbene, tornando quindi all'analisi della sentenza, viene sostanzialmente chiesto se l'approccio tradizionale di cui si è appena dato conto e l'omesso rinvio pregiudiziale da parte dell'organo giurisdizionale amministrativo di ultima istanza siano da ritenersi compatibili con il diritto UE, in particolare con gli artt. 4, par. 1 e 19, par. 1 TUE, nonché con gli artt. 2, parr. 1 e 2 e 267 TFUE, letti alla luce dell'art. 47 della Carta di Nizza. La terza questione verte invece sul merito del procedimento *a quo*, con particolare riferimento alle pronunce della CGUE Lombardi (C-333/18) e Fastweb (C-100/12) quali parametro rispetto all'esame, da parte del Consiglio di Stato, della sola esclusione del ricorrente alla gara, senza esaminare e pronunciarsi sui vizi dell'aggiudicazione finale (per una ricostruzione della giurisprudenza di Lussemburgo sul tema, anche con riferimento alle due pronunce appena richiamate, cfr. L. Bertozzi, *La giurisprudenza europea in tema di ricorso incidentale escludente*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2/2020, pp. 521 ss.).

Prima di analizzare la prima questione, i giudici lussemburghesi, aderendo alle Conclusioni dell'Avvocato generale (parr. 59 ss.) e alle Osservazioni scritte della Commissione (cfr. punti 35 e 39), riformulano il quesito nella prospettiva propria della procedura di cooperazione fra i giudici nazionali e la Corte, che è quella di «fornire al giudice nazionale una risposta utile che gli consenta di dirimere la controversia di cui è investito» (cfr. par. 42). In particolare, poiché l'art. 2 TFUE disciplina la ripartizione della competenza a legiferare tra l'Unione e gli Stati membri, esso risulta estraneo «alla questione di giurisdizione sollevata dal giudice del rinvio». Risulta del pari ultroneo, quale parametro, l'art. 267 TFUE, atteso che si tratta della norma che disciplina la procedura di cooperazione tra i giudici degli Stati membri e la CGUE. Viene invece individuato l'art. 1, parr. 1 e 3 della direttiva 89/665, che sancisce l'obbligo per gli Stati membri di prevedere ricorsi efficaci in materia di appalti. E allora, trattandosi quella del processo *a quo* di materia disciplinata dal diritto UE, trova applicazione l'art. 47 della Carta di Nizza in materia di ricorso effettivo, disposizione richiamata dal giudice italiano.

La Corte richiama allora il principio della *primauté*, che impone di disapplicare la normativa interna in contrasto con il diritto UE anche nel caso in cui la fonte interna abbia rango costituzionale (viene da ultimo citato il precedente del 18 maggio 2021, Asociația «Forumul Judecătorilor din România», C-83/19. Si tratta di una giurisprudenza particolarmente risalente, all'interno del quale si innesta, tra le più note, la pronuncia del 9 marzo 1978 sul noto caso Simmenthal C-106/77: cfr. *ex plurimis*, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, 1978, Milano, cfr. nonché L. Condorelli, *Il caso Simmenthal e il primato del diritto comunitario: due corti a confronto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/1978, pp. 669 ss., G. Pau, *Sui limiti di rilevanza del diritto comunitario nel sistema giuridico italiano*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 2/1978, pp. 277 ss., S. M. Carbone, F. Sorrentino, *Corte di giustizia o corte federale delle Comunità europee?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/1978, pp. 654 ss., G. Sperduti, *La prevalenza, in caso di conflitto, della normativa omunitaria sulla legislazione nazionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/1979, pp. 3 ss., M. Cappelletti, *La Corte Costituzionale nel sistema di governo italiano e nei rapporti con l'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 4/1981, pp. 613 ss. Più recentemente, sul tema della disapplicazione del diritto interno in contrasto con la normativa eurounitaria, cfr. A. Pace, *La sentenza Granital, ventitré anni dopo*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 3/2007, pp. 451 ss. nonché A. Celotto, *La primauté nel Trattato di Lisbona*, in A. Lucarelli, A. Patroni Griffi, *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona*, 2010, Napoli, pp. 371 ss. In

prospettiva comparata, cfr. A. Celotto, T. Groppi, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 6/2004, pp. 1309 ss.). Da qui la possibilità di sindacare l'art. 111, comma 8 Cost. così come da ultimo interpretato dalla sentenza n. 6/2018 della Corte costituzionale.

Individuata così la questione e svolte le dovute premesse, la Corte ne traccia la chiave di risoluzione, ricordando che «spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro, in forza del principio dell'autonomia procedurale, stabilire le modalità processuali dei rimedi giurisdizionali [di cui trattasi] a condizione, tuttavia, che tali modalità, nelle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe disciplinate dal diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'Unione (principio di effettività)» e che in ordine al principio di effettività «il diritto dell'Unione non produce l'effetto di obbligare gli Stati membri a istituire mezzi di ricorso diversi da quelli già contemplati dal diritto interno, a meno che, tuttavia, dalla struttura dell'ordinamento giuridico nazionale in questione risulti che non esiste alcun rimedio giurisdizionale che permetta, anche solo in via incidentale, di garantire il rispetto dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, o che l'unico modo per poter adire un giudice da parte di un singolo sia quello di commettere violazioni del diritto» (cfr. punti 58 e 62 della sentenza in commento).

Rilevato allora che nel caso di specie non pare vi sia una violazione dei principi di equivalenza ed effettività così come sopra declinati, i giudici lussemburghesi concludono nel senso che la normativa dell'Unione non osta all'assetto interno così descritto.

L'occasione è però proficua per rammentare che, con riferimento alla materia trattata nel caso *a quo*, i ricorrenti non sono tenuti a fornire «la prova del fatto che l'amministrazione aggiudicatrice, in caso di accoglimento del ricorso, sarà indotta a ripetere la procedura di aggiudicazione di appalto pubblico. L'esistenza di una tale possibilità deve essere considerata sufficiente a tal proposito» (cfr. sentenza del 5 settembre 2019, Lombardi, C-333/18, punto 29). Viene così sconfessata la posizione del Consiglio di Stato, da cui sono originati il ricorso per Cassazione ed il successivo e conseguente rinvio pregiudiziale, e quindi accertata la violazione del diritto ad un ricorso effettivo, ravvisando però quali soluzioni la possibilità per la Commissione europea di avviare un ricorso per inadempimento contro lo Stato e per i singoli eventualmente lesi di proporre un'azione di responsabilità nei confronti dello Stato, ferma restando la necessità di soddisfare «le condizioni relative al carattere sufficientemente qualificato della violazione e all'esistenza di un nesso causale diretto tra tale violazione e il danno subito dal soggetto leso» [cfr. sentenze del 30 settembre 2003, Köbler, C-224/01, punto 59 e del 24 ottobre 2018, XC e a., C-234/17, punto 58, nonché del 4 marzo 2020, Telecom Italia, C-34/19, punti da 67 a 69. In ordine al caso Kobler, cfr., per tutti, G. Alpa, *La responsabilità dello Stato per "atti giudiziari". A proposito di Kobler c. Repubblica d'Austria*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 1/2005, pp. 1 ss. Al di là del preciso punto richiamato dalla CGUE, il caso XC e a. riguarda l'intangibilità del giudicato penale, quindi un tema diverso da quello affrontato nel caso in commento. Ad ogni modo, per alcune considerazioni interessanti, vista anche la rilevanza del trasversale tema del giudicato, cfr. A. Corra, *La violazione dei diritti fondamentali nel «quadro costituzionale» europeo*, in *Questa rivista*, n. 1/2019, pp. 839 ss. Per alcune considerazioni sulla questione della responsabilità in via risarcitoria dello Stato, cfr. R. Petruso, *Osservazioni sulla responsabilità dello Stato membro per illecito comunitario alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea di giustizia*, in *Europa e diritto privato*, n. 2/2006, pp. 693 ss. nonché F.

Ferraro, *Noterelle sulla recente prassi interna in tema di responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto dell'Unione*, in *Questa rivista*, n. 4/2017, pp. 863 ss. Si tenga ad ogni modo presente che la sentenza “Lombardi” è stata pronunciata nel settembre 2019, circa un mese dopo la pronuncia del Consiglio di Stato oggetto del ricorso da cui scaturisce il giudizio *a quo*. Come evidenziato dall'Avvocato generale (par. 51 delle sue Conclusioni), ciò non toglie che vi fossero già adeguate indicazioni sul punto da parte della CGUE e che, in caso di dubbio, ben avrebbero potuto (*rectius*, dovuto in quanto giudice di ultima istanza) i giudici di Palazzo Spada effettuare un (nuovo) rinvio pregiudiziale].

4. – Esaminata la prima questione, la Corte constata che la seconda è irricevibile. La Randstad non ha infatti contestato con il suo ricorso il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato; motivo per cui diventa irrilevante nel caso di specie valutare se la normativa eurounitaria più volte richiamata osti all'impossibilità del giudice rimettente di sindacare l'omesso rinvio.

Del pari, non viene analizzata la terza questione stante la risposta fornita alla prima; approccio del resto condiviso dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni.

5. – La vicenda, come si accennava, si innesta in un quadro particolarmente complesso, che ha registrato una diversità di vedute tra la Consulta e il massimo consesso della Suprema Corte, che nel caso di specie veniva chiamata a vagliare una pronuncia del Consiglio di Stato. Come acutamente notato dall'Avvocato generale (cfr. par. 5 delle sue conclusioni), i giudici lussemburghesi sono stati «implicitamente chiamat[i] a dirimere un conflitto tra i tre organi giurisdizionali supremi italiani». Rilievo in parte analogo era stato avanzato in dottrina, constatando che «dai quesiti pregiudiziali emergono distonie tra organi apicali del potere giurisdizionale» (cfr. R. Baratta, *Le pregiudiziali Randstad sull'incensurabilità per cassazione della violazione di norma europee imputabile al giudice amministrativo*, in *Eurojus*, n. 1/2021, p. 167). Proprio in questo frangente si annida forse l'insidia principale: si è riposto in un giudice sovranazionale, per quanto dotato di indubbia autorevolezza, l'auspicio di risolvere una questione che certamente riguarda il diritto dell'Unione ma che ha forti connotati di diritto interno, con radici peraltro risalenti nel tempo. A tal proposito, si sono registrate delle critiche in dottrina al momento del rinvio pregiudiziale, che hanno censurato proprio il coinvolgimento della CGUE, evidenziando il rischio di un nuovo scontro tra Corti sulla scia dell'*affaire Taricco* (cfr., *ex plurimis*, P.L. Tomaiuoli, *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, ma incostituzionale, giurisdizione unica*, in *Consulta Online*, n. 3/2020, pp. 713 s. nonché C. Curti Gialdino, *La Corte di giustizia e la sindacabilità da parte delle SS.UU. della Cassazione delle violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea per “motivi inerenti alla giurisdizione”*, in *Federalismi.it*, n. 3/2021). Scontro che, come risulta dalla disamina della pronuncia, è stato evitato, senza peraltro la necessità di compiere forzature dal punto di vista ermeneutico atteso che si è proceduto ad una piana applicazione del diritto eurounitario.

In questo sta l'importanza, proprio a livello di sistema, della sentenza in commento: non tanto per il merito, trattandosi poi in sostanza di una questione talmente peculiare di diritto interno da rendere difficili comparazioni, quanto piuttosto per il metodo con cui la Corte, aderendo all'impostazione dell'Avvocato generale, ha affrontato e chiarito le coordinate della vicenda. In altre parole, non è tanto il risultato raggiunto quanto l'approccio utilizzato a rappresentare il punto più interessante dal punto di vista comparatistico. Infatti, uno dei temi sottesi alla domanda di pronuncia pregiudiziale e, quindi, al dibattito che si è sviluppato intorno ad essa è il ruolo dei giudici nazionali e della CGUE nell'interpretare il

diritto dell'Unione. Si potrebbe infatti sostenere che la Suprema Corte di Cassazione sia competente a sindacare le pronunce del Consiglio di Stato emesse in violazione del diritto UE perché, a loro volta, violative della competenza esclusiva della CGUE a interpretare in via definitiva e vincolante il diritto eurounitario. Le questioni sollevate parrebbero fondarsi anche su questo ragionamento che, però, rimane forse sottotraccia perché si è posta enfasi sul rilievo costituzionale della disciplina interna e sul possibile (nuovo) scontro tra Corti. L'aspetto da chiarire è quindi forse, in realtà, soprattutto il ruolo dei giudici nazionali nell'applicazione del diritto dell'Unione. Infatti, se si pone l'accento sull'assunto che l'unico organo "abilitato" a pronunciarsi sulla corretta interpretazione del diritto UE è la Corte di giustizia, allora potrebbe sostenersi che l'errata applicazione del diritto UE medesimo (nel caso in cui la CGUE si sia già pronunciata) o il mancato rinvio pregiudiziale (nel caso in cui non sia presente un precedente) sconfini nell'usurpazione della giurisdizione di Lussemburgo. Se (nel caso dell'Italia) la violazione fosse compiuta dal Consiglio di Stato o dalla Corte dei Conti, sarebbe allora ammissibile il ricorso per Cassazione per "motivi attinenti alla giurisdizione" perché la pronuncia oggetto di ricorso usurperebbe il potere spettante ad un altro giudice. Una lettura che non sia originalista dell'art. 111 Cost. dovrebbe "consentire" questa impostazione.

Se, invece, si enfatizza l'assunto per cui tutti i giudici, anche quelli nazionali, sono giudici dell'Unione nel momento in cui applicano il diritto UE, allora sarebbe forse coerente sostenere la tesi per cui la violazione del diritto UE non è motivo attinente alla giurisdizione ma "semplice" violazione di legge, con ciò escludendo la competenza della Corte di Cassazione a cassare le pronunce del Consiglio di Stato. Nella pronuncia in commento questo aspetto non viene affrontato, probabilmente anche per come è stata impostato il rinvio pregiudiziale, per cui non è detto che rappresenti il definitivo punto di arrivo del variegato panorama di cui si è detto. Vi è di più: il fatto che l'orientamento proposto dalle Sezioni Unite non sia imposto dal diritto eurounitario non significa che vada liquidato come sovversivo rispetto all'assetto delle giurisdizioni delineato dal Costituente, tanto più se si considera che la Corte di giustizia è l'unico organo competente a fornire l'interpretazione "autentica" del diritto eurounitario.

A conclusione del ragionamento, ciò che, a mio modo di vedere, resta un nodo da chiarire è se una pronuncia contraria al diritto UE, così come interpretato dalla Corte di giustizia, o l'omesso rinvio pregiudiziale costituiscano non solo un inadempimento dello Stato membro ma anche un'usurpazione della giurisdizione della CGUE. Se sì, allora (nel caso italiano) potrebbe forse ammettersi un sindacato da parte delle Sezioni Unite.

Infine, un altro profilo particolarmente significativo e rilevante che emerge e che coinvolge a livello trasversale tutti gli Stati membri è la necessità, sentita dalla Corte di Cassazione, di garantire la corretta applicazione del diritto UE senza costringere il singolo, eventualmente leso, ad un'azione risarcitoria nei confronti dello Stato dagli esiti tutt'altro che certi e con tempi dilatati. Le Conclusioni dell'Avvocato generale ne danno rilievo (cfr. parr. 76 ss.), in particolare nella misura in cui afferma di avvertire la «necessità di una nuova valutazione dei criteri "gravi e manifesti" di cui alla sentenza *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, affinché il diritto dell'Unione sia attuato con un adeguato grado di incisività da parte dei giudici degli Stati membri, sebbene occorra tener conto anche degli specifici fattori identificati dalla Corte nella sentenza del 30 settembre 2003, *Köbler* (C-224/01)», suggerendo una verifica in ordine alla scusabilità oggettiva dell'errore giudiziario. «In mancanza di tale esame, esiste un rischio reale che l'applicazione dei criteri della sentenza *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, tenda, in pratica, a rendere eccessivamente difficile il risarcimento del danno di cui alla sentenza *Francovich* con riferimento a errori giudiziari, di

modo che le suddette condizioni che fondano la responsabilità potrebbero essere soddisfatte solo in circostanze del tutto particolari». Si tratta, evidentemente, di una questione da porsi a livello di sistema: è stato sollevato un problema di non poco momento ed è auspicabile che si registrino degli sviluppi in futuro.

Enrico Ajmar
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Genova
enrico.ajmar@edu.unige.it