

Ricorsi reciprocamente escludenti, ricorso per motivi di giurisdizione e obbligo di rinvio pregiudiziale: lo scambio dialettico tra Corte costituzionale, Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e Corte di Giustizia

ROBERTO CARBONE*

Nota a Cassazione Civile, SS.UU., ordinanza del 18 settembre 2020, n. 19598.

Disponibile all'indirizzo: www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/19598_09_2020_no_index.pdf.

Sommario

1. Introduzione: i ricorsi reciprocamente escludenti in materia di contratti pubblici. – 2. La vincolatività *impropria* della sentenza 6/2018 della Corte costituzionale. – 3. I “motivi di giurisdizione” e l'intervento del Consiglio di Stato: omissivo o commissivo? – 4. La posizione del Consiglio di Stato e la reazione delle Sezioni Unite. – 5. Il ricorso per Cassazione ex art. 111, c. VIII, Cost., come baluardo dell'obbligo del rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE). – 6. La pronuncia del Consiglio di Stato ed il ruolo della Corte costituzionale.

Data della pubblicazione sul sito: 6 febbraio 2021

Suggerimento di citazione

R. CARBONE, *Ricorsi reciprocamente escludenti, ricorso per motivi di giurisdizione e obbligo di rinvio pregiudiziale: lo scambio dialettico tra Corte costituzionale, Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico nell'Università degli studi di Roma “Tor Vergata”. Indirizzo mail: rga.carbone@gmail.com.

1. Introduzione: i ricorsi reciprocamente escludenti in materia di contratti pubblici

Con l'ordinanza in commento si è aggiunto un altro tassello alla vicenda dei c.d. ricorsi reciprocamente escludenti¹.

In estrema sintesi, la questione riguarda l'ordine processuale di trattazione dei ricorsi presentati in sede di impugnazione di atti concernenti una gara ad evidenza pubblica. In particolare, qualora siano presenti un ricorrente principale ed uno incidentale, il regime ordinario prevede la trattazione prioritaria del primo e, successivamente, del secondo². Questo ordine cambia ove il ricorso incidentale riguardi una questione logicamente precedente rispetto a quelle contenute nel ricorso principale. Ciò avviene ove il ricorso incidentale sia riferito ai c.d. presupposti processuali³ (quali la legittimazione ad agire ed altre questioni di rito)⁴ dell'altrui domanda giudiziale.

Si ponga il caso ipotetico in cui due soggetti - società Alpha e società Beta - partecipino alla medesima gara per l'affidamento di un contratto di esecuzione di un'opera pubblica. La società Alpha viene esclusa dalla gara - ad esempio, per assenza dei requisiti soggettivi di partecipazione - mentre la società Beta risulta aggiudicataria del contratto.

¹ Sulla tematica dei c.d. ricorsi reciprocamente *ex multis* R. GIOVAGNOLI, R. CHIEPPA, *Manuale di Diritto amministrativo*, III ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2017, pp. 1192 ss.; E. CASSETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di Diritto amministrativo*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, pp. 899 ss..

Quanto alla peculiarità del caso di cui all'ordinanza Sez. Un. 19598/2020, con parziali differenze rispetto a una ipotesi *classica* di ricorsi reciprocamente escludenti, vedasi M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione Europea: la parola alla Corte di Giustizia*, in *giustiziainsieme.it*, 11 dicembre 2020, pp. 59 ss.

² Così in E. CASSETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di Diritto amministrativo* cit., p. 899: "In linea di principio, secondo l'orientamento tradizionale, prima di scendere all'esame del ricorso incidentale occorre la previa delibazione di fondatezza del ricorso principale".

³ Sulla tematica dei c.d. presupposti processuali, *ex multis*, vedasi F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V ed., Giuffrè, Milano, 2009, pp. 54 ss.;

⁴ R. GIOVAGNOLI, *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., p. 1191: "nel caso in cui sia proposto un ricorso incidentale tendente a paralizzare l'azione principale per ragioni di ordine processuale, il giudice è tenuto a dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale che abbiano *priorità logica* su quelle sollevate dal ricorrente principale (...). Un'ipotesi di questo genere si verifica quando il ricorso incidentale concerne un aspetto del procedimento in contestazione che incide sulla stessa legittimazione del ricorrente principale".

A questo punto, la società Alpha decide per l'impugnazione del provvedimento di esclusione e dell'aggiudicazione verso Beta, facendo valere la mancata esclusione di quest'ultima per un qualunque vizio di legittimità. La società Beta, invece, presenta ricorso incidentale con cui "rafforza" le ragioni dell'esclusione di Alpha e chiede la conseguente declaratoria d'inammissibilità del ricorso principale per carenza della legittimazione ad agire.

Al riguardo, infatti, senza pretese di fornire una trattazione esaustiva dell'argomento, la prevalente giurisprudenza nazionale sostiene che la legittimazione a proporre un ricorso amministrativo può essere riconosciuta soltanto al soggetto titolare, in relazione alla gara, di una situazione giuridica soggettiva differenziata rispetto alla generalità dei consociati⁵.

In tal senso, il soggetto definitivamente escluso (o che avrebbe dovuto essere escluso) dalla gara va equiparato a qualunque altro operatore economico che non abbia partecipato alla gara⁶. Ciò poiché, sempre secondo l'impostazione nazionale, la legittimazione ad agire può essere riconosciuta soltanto in funzione dell'ottenimento dell'aggiudicazione della commessa pubblica. Il soggetto escluso, invece, non potrà mai risultare aggiudicatario. Questo può agire soltanto per ottenere, come *massimo* risultato utile, la riedizione o ripetizione della gara viziata

⁵ Vedasi M. MORETTI, *Continua il dialogo tra Corte di giustizia e Giudice amministrativo sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale nel contenzioso appalti*, in *Osservatorio costituzionale*, 18 ottobre 2016, fasc. 3/2016, p. 14: "un ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, deducendo l'illegittimità della sua ammissione alla gara, introduce nel giudizio una questione di carattere pregiudiziale rispetto al merito delle domande proposte con il ricorso principale, la quale dev'essere esaminata per prima. Inoltre, se tale questione risulta fondata (essendo accertato il difetto di legittimazione del ricorrente principale), al giudice è precluso l'esame nel merito del ricorso principale. L'eventuale "interesse pratico" del ricorrente principale alla caducazione e rinnovazione della gara (...) non vale a conferirgli la legittimazione al ricorso. Quest'ultima presuppone la titolarità di un interesse legittimo al conseguimento dell'appalto, il quale si può riconoscere solo a chi abbia partecipato legittimamente alla gara".

⁶ In questo senso, B. DE SANTIS, *Considerazioni di prima lettura sul rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia di Cass. S.U. n. 19598/2020*, in *judicium.it*, 4/2019, p. 2: "La decisione del Consiglio di Stato trova invero riscontro in quell'orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui un operatore economico che sia stato escluso da una gara per ragioni oggettive (...) o per ragioni soggettive (...), si trova in una posizione assimilabile a quella dell'operatore che non ha mai partecipato alla gara e non ha titolo per proseguire nella stessa, con la conseguenza che non sarebbe legittimato a contestarne l'esito per altre ragioni né a proporre motivi di censura diretti a fare caducare la gara stessa o a provocarne comunque la (possibilità della) riedizione".

per violazione di legge⁷. Tale pretesa, però, come detto, non integra alcuna legittimazione al ricorso, poiché non distingue la posizione del partecipante-escluso rispetto a qualunque altro operatore economico⁸.

Orbene, l'eccezione riferita alla carenza della legittimazione ad agire riguarda un presupposto processuale dell'azione principale, che si traduce in una questione di rito. Come già indicato, ciò comporta in via generale la trattazione prioritaria del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale.

La problematica assume una veste diversa ove con il ricorso principale, come nell'esempio qui fornito, si richieda il travolgimento dell'intera procedura di selezione del contraente, per uno o più vizi di legittimità che avrebbero dovuto determinare l'esclusione dell'aggiudicatario. Ove si mantenga anche in tal caso la trattazione prioritaria del ricorso incidentale – che, se accolto, comporta la declaratoria d'inammissibilità del ricorso principale –, ciò potrà avere l'effetto di consolidare un'aggiudicazione non conforme al parametro legale. In questo caso, infatti, il mancato esame del ricorso principale potrebbe non far emergere le cause di esclusione dell'aggiudicatario. Ecco, quindi, che così si manterrebbe in vita un'aggiudicazione illegittima, in quanto diretta ad un soggetto che, se del caso, avrebbe dovuto essere escluso⁹. Inoltre, poiché la disciplina in materia di contratti pubblici è *quasi* interamente di matrice sovranazionale, un tale orientamento potrebbe avere la conseguenza di far salva un'aggiudicazione in pieno contrasto con il diritto UE.

In tal senso, il primato della fonte europea, così come il principio di parità delle parti ed il principio di effettività della tutela giurisdizionale, si pongono alla base del cristallizzato orientamento della Corte di Giustizia che sostiene la doverosa trattazione congiunta del ricorso incidentale e principale, proprio al fine di evitare

⁷ Secondo tale impostazione, infatti, si finirebbe per presentare un ricorso soltanto nell'interesse della legge, senza alcun interesse concreto all'azione. Ciò determinerebbe una radicale trasformazione della giurisdizione amministrativa: da giurisdizione di diritto soggettivo a giurisdizione di diritto oggettivo. In questo senso, F. FRANCIOSI, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *giustiziasieme.it*, 11 novembre 2020, p. 6; M. MORETTI, *Continua il dialogo tra Corte di giustizia*, cit., p. 20.

⁸ Così il Consiglio di Stato, sentenza 5606 del 2019, punto 11 delle considerazioni in fatto e diritto: “11 - L'odierna appellante, essendo stata esclusa dalla gara per non aver superato la “prova di resistenza” della soglia minima di punteggio dell'offerta tecnica tramite il confronto a coppie, e non essendo riuscita a dimostrare l'illegittimità della gara quanto all'attribuzione del predetto punteggio, rimane dunque priva non solo del titolo a partecipare alla gara, ma anche della legittimazione a contestarne gli esiti sotto altri profili, giacché diviene portatrice di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico de settore che non ha partecipato alla gara”.

⁹ *Ex multis*, Cass., Sez. Un., sent. 10294 del 2012; Cass., Sez. Un., sent. 2242 del 2015.

l'assegnazione di commesse pubbliche tramite aggiudicazioni illegittime – effetto peraltro distorsivo della libera concorrenza tra gli operatori economici. Così, quindi, per i giudici di Lussemburgo la mera possibilità di ottenere la ripetizione della gara integra pienamente la legittimazione ad agire dell'operatore economico¹⁰. Tale orientamento della giurisprudenza sovranazionale, come si vedrà *infra*, non è stato tuttavia ancora pienamente recepito dal Consiglio di Stato¹¹.

2. La vincolatività impropria della sentenza 6/2018 della Corte costituzionale

Con la sentenza n. 5606 del 2019 il Consiglio di Stato, in conformità ad un orientamento formatosi a partire dal 2011¹², ha ribadito la prioritaria trattazione del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale, ancorché quest'ultimo fosse rivolto al travolgimento dell'intera procedura di gara, con conseguente esclusione dell'aggiudicatario della stessa. Questa sentenza è stata impugnata dinnanzi alla Suprema Corte di Cassazione, con ricorso per motivi di giurisdizione *ex art. 111, c. VIII, Cost.*, che si è pronunciata, a Sezioni Unite, con l'ordinanza n. 19598 del 2020.

La novità dell'ordinanza in esame è costituita dal fatto che la Suprema Corte non si è limitata ad intervenire come “arbitro” della giurisdizione, ma ha sollecitato l'azione della Corte di Giustizia *ex art. 267 TFUE*. In sintesi, il quesito centrale sottoposto alla Corte sovranazionale riguarda la possibilità di riconoscere il contrasto tra il diritto UE e l'art. 111, c. VIII Cost., per come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale - nel senso di ritenere non utilizzabile lo strumento del ricorso per motivi di giurisdizione avverso le pronunce del Consiglio di Stato non conformi al dettato normativo europeo. La soluzione a tale quesito sembra passare necessariamente da una presa di posizione circa la nozione dei “motivi di giurisdizione” *ex art. 111, c. VIII, Cost.*. Sul punto, come detto, vi è una recente pronuncia della Corte costituzionale, la sentenza n. 6 del 2018, che è stata espressamente considerata come “vincolante” dalle Sezioni Unite¹³.

¹⁰ Il percorso della giurisprudenza sovranazionale in tema di ricorsi reciprocamente escludenti si ripercorre diffusamente in M. MORETTI, *Continua il dialogo tra Corte di giustizia e Giudice amministrativo*, cit., pp. 11 ss.

¹¹ *Contra* M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., p. 23, ove si riconosce lo spirito di collaborazione tra il Consiglio di Stato e la Corte di giustizia sulla tematica dei cc.dd. ricorsi reciprocamente escludenti.

¹² La prioritaria trattazione del ricorso incidentale viene esposta dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sent. 4/2011, che modifica il precedente orientamento di cui alla sentenza dell'Adunanza plenaria 11/2008.

¹³ Così l'ordinanza in commento, punto 29 dei considerando in diritto: “La suddetta presa di posizione della Corte costituzionale è stata ritenuta vincolante e recepita nella

Al riguardo, occorre brevemente soffermarsi sulla natura della menzionata decisione. Il dispositivo è di “inammissibilità”. Come noto, le pronunce della Consulta sono vincolanti *erga omnes* solo ove, tramite l'accoglimento della questione posta dal giudice *a quo*¹⁴, si dichiara l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata. La citata decisione, quindi, non dovrebbe assumere questa forza. Per meglio comprendere le ragioni di tale apparente *cortocircuito*, allora, si impone uno sforzo logico ulteriore.

A ben vedere, infatti, nel caso di specie le possibili “scelte” alternative della Corte costituzionale sembrano ridotte ad una sola. Nella sentenza 6/2018, l'intervento della Corte costituzionale è stato richiesto dalla Suprema Corte in un contesto, anche in quel caso, di ricorso per motivi di giurisdizione avverso una sentenza del Consiglio di Stato, contrastante con una statuizione sovranazionale¹⁵.

Fermo quanto si dirà successivamente, nell'impostazione del Giudice delle leggi, in tali ipotesi, il ricorso per motivi di giurisdizione viene di fatto utilizzato per far valere *semplici* violazione di legge, ancorché “legge sovranazionale”. Il ricorso *ex art. 111, c. VIII, Cost.*, viene perciò attivato per questioni diverse dai “motivi di giurisdizione” indicati nella disposizione. Qualunque sia la violazione di normativa sovranazionale che si vuole far valere, quindi, nessuna potrà mai dar luogo a una questione di giurisdizione. Ogni questione di legittimità costituzionale sollevata in quella sede sarà dichiarata inammissibile, in quanto posta in virtù di un ricorso per motivi di giurisdizione *abusivo*, proprio perché utilizzato per reagire ad una violazione di legge.

Un dispositivo diverso, infatti, significherebbe ritenere ricevibile la questione di legittimità costituzionale. Ciò avrebbe l'effetto di legittimare, a monte, l'attivazione del ricorso *ex art. 111, c. VIII, Cost.*, nelle ipotesi di c.d. diniego di tutela in ambito sovranazionale. In altre parole, un dispositivo di rigetto o accoglimento avrebbe il risultato di considerare ammissibile un ricorso per motivi di giurisdizione in cui, invece, si fa rientrare un'ipotesi di violazione di legge.

giurisprudenza successiva delle Sezioni Unite, nella quale non è più presente (anzi è espressamente escluso) il riferimento alla “ipotesi estrema” del contrasto con sentenze della Corte di Giustizia come ipotesi di ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione (in tal senso, Cass., Sez. Un., 6 marzo 2020, n. 6460; 11 novembre 2019, n. 29085; 17 dicembre 2018, n. 32622; 19 dicembre 2018, n. 32773)”.

¹⁴ *Ex multis*, E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2007, p. 125.

¹⁵ Nel caso di specie la sentenza del Consiglio di Stato si pone in contrasto con le sentenze della Corte EDU sui cc.dd. casi *Staubano c. Italia* e *Mottola c. Italia* (sentenze del 4 febbraio 2014, Mottola e altri c. Italia e Staubano e altri c. Italia).

La vincolatività della sentenza della Consulta viene perciò intesa in senso *improprio* (avente “valore culturale o persuasivo”)¹⁶, in virtù della pregnanza e rilevanza delle considerazioni di cui alla motivazione della decisione 6/2018, nonché dell’autorevolezza che assumono le pronunce del Giudice delle leggi nel nostro ordinamento¹⁷. Inoltre, in base alle ragioni ora esposte, sembra potersi parlare di una *vincolatività impropria rafforzata* in quanto, come visto, non è comunque ipotizzabile una pronuncia di accoglimento sulla tematica in esame.

Perciò, in breve: la vincolatività formale *erga omnes* si riconosce soltanto alle sentenze di accoglimento; sulla problematica del c.d. diniego di tutela in ambito sovranazionale, l’unica pronuncia possibile è quella d’inammissibilità; da ciò ne consegue che sembra potersi ritenere comunque *vincolante* tale sentenza in quanto, come detto, un dispositivo di accoglimento non pare configurabile¹⁸. Giova

¹⁶ Alle sentenze della Corte costituzionale sembra potersi riconoscere particolare rilevanza nell’ordinamento giuridico nazionale, poiché provenienti da un organo che si pone al vertice dell’intero impianto giurisdizionale. In questo senso, in relazione alla forza *persuasiva* da riconoscere alle sentenze degli organi giurisdizionali di vertice, si richiama F. PATRONI GRIFFI, *Valore del precedente in nomofilachia*, Intervento alla tavola rotonda nell’ambito del Convegno organizzato dal Consiglio Nazionale Forense “*Il valore del precedente nel sistema ordinamentale*” – Roma, 13 ottobre 2017, disponibile all’indirizzo www.giustizia-amministrativa.it/-/patroni-griffi-valore-del-precedente-e-nomofilachia-16-ottobre-2017, p. 10: “In linea di principio, comunque, come si è ricordato, il precedente ha un valore “culturale” o “persuasivo”, nel senso che si fonda sull’autorevolezza dell’organo che si è pronunciato e delle argomentazioni adoperate; e il consolidarsi di un precedente attribuisce maggior forza allo stesso, ma non impedisce che una successiva pronuncia da quel precedente si discosti più o meno motivatamente”.

Nello stesso senso, di una recente tendenza di riconoscere al precedente giurisprudenziale un valore di *fonte culturale*, si pone R. CAPONIGRO, *La giurisprudenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, in *federalismi.it*, 25 gennaio 2017, p. 8: “Il “precedente” acquista così nel nostro ordinamento un’autorità nuova, tale da indurre ad elaborare la nozione di “fonte culturale””.

¹⁷ Quanto al ruolo concreto che la Corte costituzionale, e le sue sentenze, assumono nel nostro ordinamento vedasi T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XI ed., Giuffrè, Milano, 2005, p. 513: “Più in generale, è dato osservare che la Corte ha, nel nostro attuale sistema politico, occupato (...) uno spazio come soggetto politico. L’incidenza delle sue inappellabili decisioni, la rilevanza che assumono le motivazioni delle sue sentenze (e gli *obiter dicta* in esse spesso contenuti), la diffusa (ma, in certo senso, inevitabile) tendenza a sostituirsi al legislatore inadempiente, hanno fatto assumere alla Corte un ruolo che (...) essa non era chiamata a svolgere; per cui alla Corte sono oggi affidati poteri sostanziali di indirizzo politico, pur nel quadro complessivo delle sue funzioni, dirette ad assicurare il pieno rispetto della Costituzione”.

¹⁸ La vincolatività è confermata da S. BARBARESCHI, L. A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima*

ripetere, quindi, che, a meno di non voler sconfessare la propria posizione, l'unico dispositivo disponibile per la Corte costituzionale era quello di "inammissibilità".

3. I "motivi di giurisdizione" e l'intervento del Consiglio di Stato: omissivo o commissivo?

Come riconosciuto dalla maggioranza della dottrina, uno degli obiettivi dell'ordinanza della Suprema Corte è il superamento dell'orientamento costituzionale formatosi a partire dalla sentenza 6/2018, servendosi dell'azione della Corte di giustizia¹⁹. Come già detto, il primo quesito formulato dalle Sezioni Unite alla Corte di giustizia riguarda la nozione dei "motivi di giurisdizione" di cui al comma VIII dell'art. 111 Cost.²⁰.

Secondo la Corte costituzionale, il testo della disposizione in esame consente solamente una lettura in via restrittiva. In tal senso, viene evidenziata la formula testuale utilizzata nella disposizione ("soli motivi") e la contrapposizione del menzionato comma con quanto previsto nel comma precedente, riferito al ricorso per violazione di legge²¹. Da ciò ne deriva che, "l'«eccesso di potere giudiziario»,

lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598, in federalismi.it, 4 novembre 2020, p. 6; B. DE SANTIS, Considerazioni di prima lettura, cit., p. 3; G. COSTANTINO, A. CARRATTA, G. RUFFINI, Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598, in Questione Giustizia, 19 ottobre 2020, p. 7.

¹⁹ Nello stesso senso, S. BARBARESCI, L.A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 2; M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione*, cit., p. 21; B. DE SANTIS, *Considerazioni di prima lettura*, cit., p. 5; G. COSTANTINO, A. CARRATTA, G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione*, cit., p. 2.

²⁰ Per considerazioni circa la gradazione tra i tre motivi di ricorso, si rimanda a M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione*, cit., p. 12.

²¹ In particolare, così la Corte costituzionale nella sent. 6/2018, punto 11 delle considerazioni in diritto: "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. Quest'ultima attinge il suo significato e il suo valore dalla contrapposizione con il precedente comma settimo, che prevede il generale ricorso in cassazione per violazione di legge contro le sentenze degli altri giudici, contrapposizione evidenziata dalla specificazione che il ricorso avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è ammesso per i «soli» motivi inerenti alla giurisdizione. Ne consegue che deve ritenersi inammissibile ogni interpretazione di tali motivi che, sconfinando dal loro ambito tradizionale, comporti una più o meno completa assimilazione dei due tipi di ricorso. In una prospettiva di sistema, poi, la ricostruzione

denunciabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, 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 giudici²². Così, una lettura estensiva dei "motivi di giurisdizione" non può in alcun modo essere sostenuta ancorché fondata su principi fondamentali, che vanno comunque garantiti dall'ordinamento nazionale, con altri strumenti ma "non in sede di controllo sulla giurisdizione"²³.

Secondo la diversa impostazione elaborata dalla Cassazione, invece, si considerano sindacabili le pronunzie del Consiglio di Stato e della Corte di Conti che si traducano nel "radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionale o Ue) tali da ridondare in denegata giustizia, ed in particolare, tra questi, il caso di errore *in procedendo* costituito dall'applicazione di regola processuale interna, incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione Europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia"²⁴. Il ricorso per motivi di giurisdizione, quindi, come più volte confermato dalla Corte di legittimità, può essere utilizzato nelle ipotesi in cui la pronunzia del Consiglio di Stato o della Corte dei Conti si traduca in un "diniego di tutela giurisdizionale" di una pretesa che, invece, a livello sovranazionale viene tutelata.

Questa espressione sembra sottolineare il carattere omissivo delle sentenze del giudice amministrativo o contabile. Nel recente arresto delle Sezioni Unite, sul punto sembra esporsi una posizione diversa.

Il Consiglio di Stato, nell'indicare l'ordine di trattazione da seguire nel caso di ricorsi reciprocamente escludenti, avrebbe svolto, di fatto, una funzione normativa

operata dal rimettente, parificando i due rimedi, mette in discussione la scelta di fondo dei Costituenti dell'assetto pluralistico delle giurisdizioni".

²² *Ult. loc. cit.*, punto 15 delle considerazioni in diritto.

²³ *Ult. loc. cit.*, punto 14 delle considerazioni in diritto.

²⁴ Cfr. Cass., Sez. Un., sent. n. 31226 del 2017; Cass., Sez. Un., sent. 18 dicembre 2017, n. 30301; Cass., sent. 17 gennaio 2017, n. 953; Cass., sent. 8 luglio 2016, n. 14042; Cass., sent. 29 febbraio 2016, n. 3915; Cass., sent. n. 2242 del 2015.

– come peraltro già riconosciuto da una parte della dottrina²⁵. Tale “attività di diretta produzione normativa”²⁶, inoltre, sarebbe esercitata nell’ambito della disciplina dei contratti pubblici, che è materia “in cui lo Stato ha rinunciato all’esercizio della sovranità, la quale è esercitata dall’Unione tramite i giudici nazionali, il cui potere giurisdizionale esiste esclusivamente in funzione dell’applicazione del diritto dell’Unione”²⁷. In questo senso, quindi, il Consiglio di Stato svolgerebbe un’attività di legiferazione non consentita nemmeno al legislatore nazionale. L’intervento del giudice amministrativo, quindi, viene ricostruito secondo una *struttura commissiva* di invasione delle altrui prerogative²⁸.

Questa diversa impostazione delle Sezioni Unite sembra motivata dall’intento di svincolarsi dal perimetro tracciato dalla sentenza 6/2018 della Corte costituzionale – in cui si fa più volte riferimento alla fattispecie del diniego di tutela, che richiama alla mente l’omissione.

²⁵ Esplicitamente in questo senso R. CAPONIGRO, *La giurisprudenza dell’Adunanza Plenaria*, cit., p. 11: “Una chiara evidenza di come la giurisprudenza dell’Adunanza Plenaria possa tradursi in una effettiva fonte del diritto a causa di un sistema normativo incompleto, si ha nello spinoso tema della tassonomia delle modalità di esercizio del potere giurisdizionale, vale a dire nella determinazione dell’ordine di graduazione dei motivi di impugnativa in un’azione di annullamento ovvero nel rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale”. Ancora, p. 13: “esempio paradigmatico di come la giurisprudenza dell’Adunanza Plenaria possa tradursi in una effettiva fonte del diritto, non solo culturale, ma complementare, in quanto viene a colmare una lacuna del sistema si ha nell’importante e delicato tema del rapporto di priorità logica tra ricorso principale ed incidentale”. Da ultimo, pp. 15 e 16: “Pertanto, per quanto maggiormente interessa ai fini del presente lavoro, sia il giudice nazionale che ha rimesso la questione in via pregiudiziale sia il giudice europeo hanno considerato le pronunce dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato come integrative delle fonti del diritto, facendo riferimento ai principi da essa espressi come “diritto vivente” o come “norme processuali nazionali”, il che, in presenza di un vuoto normativo, corrisponde all’essenza delle cose”.

²⁶Cass., Sez. Un., ord. 19598 del 2020, punto 32 delle considerazioni in diritto.

²⁷ Così Cass., Sez. Un., *ult. loc. cit*

²⁸ La lettura della condotta attiva del Consiglio di Stato sembra confermata in G. TESAURO, *L’interpretazione della Corte costituzionale dell’art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in *federalismi.it*, 16 dicembre 2020, ove si ricostruiscono in termini di *invasione dell’altrui giurisdizione* le sentenze del Giudice amministrativo di ultima istanza contrastanti con l’interpretazione del diritto UE resa dalla Corte di giustizia. Così, p. 14: “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”.

La scelta dell'ordinanza in esame, invece, come visto, sembra essere quella di *spostare* i termini della problematica all'interno della diversa *condotta attiva* dell'invasione del potere legislativo. La forza dell'orientamento costituzionale così perderebbe intensità. Inoltre, ritenendo fondata questa ricostruzione, si giungerebbe ad un esito diverso anche con riguardo all'utilizzabilità *legittima* del ricorso per motivi di giurisdizione. Indipendentemente dalla matrice sovranazionale della disciplina in materia di appalti, infatti, il giudice amministrativo non può comunque esercitare alcuna attività di produzione normativa, poiché costituzionalmente riservata al legislatore.

Muovendo da tale assunto, quindi, l'esercizio del potere normativo da parte del giudice amministrativo dovrebbe trovare la medesima reazione nell'ordinamento interno, sia ove risulti effettuato a discapito delle prerogative del legislatore nazionale che di quelle del diritto dell'UE. Altrimenti vi sarebbe la violazione del principio di equivalenza che, unitamente al principio di effettività, costituiscono i limiti invalicabili entro cui ciascuno Stato membro può esercitare la propria "autonomia procedurale" nell'ambito del diritto UE. In ottemperanza a tali principi, quindi, il ricorso per motivi di giurisdizione, pacificamente ritenuto utilizzabile per reagire all'invasione delle attribuzioni legislative nazionali da parte del Giudice amministrativo, dovrà necessariamente essere considerato *attivabile* per contrastare la medesima azione invasiva delle prerogative del legislatore sovranazionale – anche ove questo si esprima tramite le pronunzie della Corte di giustizia²⁹.

4. La posizione del Consiglio di Stato e la reazione delle Sezioni Unite

Sulla tematica dei ricorsi reciprocamente escludenti è innegabile la diversità delle posizioni assunte dal Consiglio di Stato, da un lato, e dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, dall'altro.

²⁹ Quanto al principio di equivalenza, si richiama l'ordinanza delle Sez. Un. 19598/2020, punto 41.1 del considerato in diritto: "Invero, non sembra conforme al principio di equivalenza la prassi giurisprudenziale di cui si discute, la quale, nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto nazionale, ammette il ricorso per cassazione per difetto di potere giurisdizionale avverso le sentenze del Consiglio di Stato, cui si imputi di avere svolto un'attività di produzione normativa invasiva delle attribuzioni del legislatore, mentre, nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto dell'Unione, dichiara pregiudizialmente inammissibili i ricorsi per cassazione volti a denunciare il difetto di potere giurisdizionale del giudice che, elaborando ed applicando regole processuali di diritto nazionale, eserciti poteri di produzione normativa preclusi allo stesso legislatore nazionale, essendo esclusivamente riservati al legislatore comunitario sotto il controllo della Corte di Giustizia".

In particolare, l'orientamento della Corte sovranazionale è stato espresso a chiare lettere dalla Grande sezione secondo cui “il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale che risulta dalla sentenza *Fastweb*”³⁰ (*NdA*, principio riferito alla trattazione congiunta dei motivi di ricorso quando dall'esame di questi può derivare l'esclusione anche dell'aggiudicatario-ricorrente incidentale della commessa pubblica). In tal senso, quindi, la risposta della Corte sovranazionale al terzo quesito formulato nell'ordinanza n. 19598 del 2020 dovrebbe essere di conferma di quanto già ampiamente statuito nelle precedenti pronunzie³¹. Al riguardo, vista la chiarezza della posizione della Corte di giustizia sul punto³², si potrebbe addirittura dubitare dell'esigenza di utilizzare nuovamente lo strumento del rinvio pregiudiziale³³.

La decisione del Consiglio di Stato, a partire dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 4/2011, si pone in aperto contrasto con l'orientamento sovranazionale allora già esistente. Come detto, questi diversi approcci sono frutto di una differente concezione della legittimazione ad agire che condiziona l'azione del ricorrente principale³⁴. In breve, dal lato nazionale si richiede la possibilità di ottenere, per via dell'impugnazione, il bene della vita “aggiudicazione del

³⁰ Corte di Giustizia, Grande sezione, sentenza 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica c. Airgest*.

³¹ Cfr. M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione*, cit., p. 18 ss.

³² Vedasi anche M. MORETTI, *Continua il dialogo*, cit., p. 17.

³³ Cfr. 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. VI, n. 1244 del 5 marzo 2012 e Corte Giust., C-136/12, del 18 luglio 2013)*, in *Osservatorio costituzionale*, gennaio 2014, p. 5: “L'obbligo di rinvio è in secondo luogo escluso quando ricorre sul punto controverso una giurisprudenza costante della Corte di giustizia e quando la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata”.

³⁴ In questo senso, si rimanda alla chiara esposizione di M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *giustiziainsieme.it*, 30 novembre 2020, p. 2: “Il tema, dunque, era, sotto una diversa angolazione, quello (potremmo dire, ormai, “solito”) della tutelabilità, in astratto, dell'interesse “strumentale” alla ripetizione della gara, che il Consiglio di Stato aveva qualificato di “mero fatto” e che le Sezioni Unite “dubitano” possa rientrare tra quelli che, sia pure con riferimento ai ricorsi incidentali reciprocamente escludenti e ai ricorsi con i quali lo stesso escluso chiedeva anche (con motivi aggiunti) l'esclusione degli altri concorrenti, la Corte di Giustizia ritiene giuridicamente tutelabili secondo il diritto dell'Unione”.

contratto”. Dal lato europeo, invece, risulta sufficiente anche la possibilità di ottenere la mera riedizione della gara – pretesa che, nell’impostazione del Consiglio di Stato, costituisce un interesse di mero fatto³⁵.

Preso atto di questo contrasto, la scelta delle Sezioni Unite è stata quella di sollecitare l’intervento della Corte di giustizia. Come si dirà successivamente, questa decisione sembra poco conforme all’etichetta di “correttezza istituzionale” tra Corti superiori nazionali³⁶. Come sostenuto dalla maggioranza della dottrina, infatti, la Suprema Corte avrebbe potuto optare per una semplice cassazione della sentenza del Consiglio di Stato, con contestuale rinvio al giudice amministrativo³⁷. La proponibilità del ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione avverso la sentenza del Consiglio di Stato, infatti, è rimessa solamente a valutazioni della medesima Corte di legittimità, senza che sia previsto alcun ulteriore sindacato da parte di altri soggetti circa la nozione di “motivi di giurisdizione”, di cui si è ampiamente detto *supra*. In questo senso, quindi, la Suprema Corte ben avrebbe potuto conoscere del ricorso *ex art. 111, c. VIII, Cost.*, nonostante la sentenza 6/18 della Corte costituzionale.

La Corte di legittimità, nell’annullare la sentenza del Consiglio di Stato, inoltre, avrebbe potuto sollevare le medesime perplessità circa l’evidente contrasto esistente tra il giudice amministrativo e la Corte sovranazionale, sottolineando,

³⁵ *Ex multis*, Consiglio di Stato, sent. 5606 del 2019, punto 11 della motivazione: “L’odierna appellante, essendo stata esclusa dalla gara per non aver superato la “prova di resistenza” della soglia minima di punteggio (...) rimane dunque priva non solo del titolo a partecipare alla gara, ma anche della legittimazione a contestarne gli esiti sotto altri profili, giacché diviene portatrice di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico del settore che non ha partecipato alla gara”.

³⁶ Al riguardo, si richiama F. PATRONI GRIFFI, *Valore del precedente* cit., p. 14: “Ciò non esclude che possano verificarsi interferenze tra nomofilachie, ma tali interferenze possono trovare composizione, come finora è sempre avvenuto, in sede di dialogo tra le Corti e non con atteggiamenti conflittuali che, in tutti i campi, solitamente tagliano le ali alle colombe del dialogo e nutrono i falchi del conflitto, incidendo seriamente sulla “prevedibilità della stessa nomofilachia”.

³⁷ Alcuni autori considerano la questione di giurisdizione direttamente risolvibile dalla Corte di Cassazione poiché attinente alla configurazione dell’interesse alla ripetizione della gara, non come mero interesse di fatto, ma come pretesa giuridicamente rilevante. In tal senso F. FRANCIOSI, *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in *federalismi.it*, 16 dicembre 2020, p. 9; A. PROTO PISANI, *Su Cass. S.U. 19598/2020*, in *judicium.it*, 11/2020, p. 4; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura*, cit., p. 23.

Sempre nel senso della questione di giurisdizione risolvibile dalla Cassazione ma con esito diverso, in quanto si sarebbe potuta *disapplicare* direttamente la lettura fornita dalla Corte costituzionale dell’art. 111, c. VIII, Cost., si pone G. TESAURO, *L’interpretazione della Corte costituzionale*, cit., p. 18.

inoltre, la corrispondente violazione del principio del primato del diritto UE. Per questa via, quindi, la Corte di Cassazione avrebbe potuto *sollecitare* il Consiglio di Stato ad utilizzare nuovamente lo strumento del rinvio pregiudiziale per cercare di ricomporre, una volta per tutte, il dissidio con la Corte di giustizia – in particolare, con l’indicazione di far emergere esplicitamente la concezione *amministrativistica* della legittimazione ad agire³⁸. Al riguardo, occorre specificare però che le indicazioni della Corte di Cassazione esposte nelle sentenze rese in sede di ricorso *ex art. 111 c. VIII Cost.* non sono vincolanti nel merito. La pronuncia della Suprema Corte, infatti, è vincolante per il Consiglio di Stato soltanto quanto alle indicazioni concernenti la giurisdizione³⁹.

5. Il ricorso per Cassazione ex art. 111, c. VIII, Cost., come baluardo dell’obbligo del rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE)

Il secondo quesito sottoposto dalla Suprema Corte alla Corte di Giustizia riguarda la possibilità di utilizzare il ricorso *ex art. 111, c. VIII Cost.*, come strumento *sanzionatorio* della violazione dell’obbligo di rinvio pregiudiziale⁴⁰. In questo senso, infatti, il giudice nazionale, che interpreta direttamente norme non chiare di

³⁸ *Speranza* già espressa con riguardo alla sentenza del Consiglio di Stato n. 3708 del 2016, immediatamente successiva alla sentenza della Corte di Giustizia c.d. *Puligienica*, da M. MORETTI, *Continua il dialogo*, cit., pp. 20 e 21: “Data la diversità della concezione del processo in materia di appalti tra la Corte di Giustizia e il Consiglio di Stato, quest’ultimo avrebbe fatto meglio (nelle occasioni che gli si sono presentate) a stabilire un dialogo con la Corte di Giustizia, mediante il rinvio pregiudiziale. In tal modo, esso avrebbe potuto sottoporre all’attenzione della Corte le problematiche che (secondo parte della giurisprudenza e della dottrina amministrativa italiana) la giurisprudenza europea qui esaminata potrebbe innescare nel sistema della giustizia amministrativa (...) processo. È, quindi, auspicabile che il Consiglio di Stato, in futuro, prediliga la via del confronto diretto con la Corte europea, piuttosto che cercare di adattare le statuizioni di quest’ultima alle specifiche esigenze della giustizia amministrativa italiana (mediante una sorta di interpretazione conforme alla rovescia, illegittima dal punto di vista del diritto UE)”.

³⁹ In questo senso Corte costituzionale, sentenza n. 77 del 2007: “perfino il supremo organo regolatore della giurisdizione, la Corte di cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell’art. 111, comma ottavo, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione”.

⁴⁰ Sul punto vi è già un orientamento contrario della giurisprudenza e della dottrina. *Ex multis*, G. ZAMPETTI, *Rinvio pregiudiziale di interpretazione*, cit., p. 20. Quanto alla giurisprudenza, si richiamano le sentenze Cass. civ., sez. un., 25 maggio 1984, n. 3223; 29 aprile 2005, n. 8882; 2 dicembre 2005, n. 26628; 5 maggio, 2008, n. 10974; 1 marzo 2012, n. 3236.

matrice europea, senza alcuna motivazione circa il mancato rinvio pregiudiziale⁴¹, “invade le attribuzioni esclusive della Corte di giustizia, e si espone al ricorso per motivi di giurisdizione”⁴². La Suprema Corte chiede, inoltre, se in quella sede sia possibile ripristinare la legalità violata tramite un rinvio pregiudiziale attivato *in sostituzione* dalla Corte di Cassazione – nell’inerzia del Consiglio di Stato o della Corte dei Conti⁴³.

La configurazione del ricorso per motivi di giurisdizione *ex art. 111, c. VIII Cost.* come strumento di garanzia dell’effettività dell’obbligo di rinvio pregiudiziale si espone a valutazioni positive e negative.

In primo luogo, con tale meccanismo si riuscirebbe ad evitare il consolidamento di un orientamento contrario al diritto UE e, conseguentemente, verrebbe rispettato il principio del primato dello stesso diritto sovranazionale. Inoltre, con tale mezzo si potrebbe ottenere una tutela diretta ed immediata avverso la sentenza dettata in violazione dell’obbligo del rinvio pregiudiziale⁴⁴.

⁴¹ Il Consiglio di Stato, nella sentenza 5606 del 2019, non si è interrogato circa la compatibilità del proprio orientamento con il diritto UE. Le *preoccupazioni* sovranazionali sono sorte, per la prima volta, in sede di ricorso avverso la citata sentenza del Giudice amministrativo di ultima istanza. Ciò è sottolineato anche da M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., p. 56 e A. PROTO PISANI, *Su Cass. S.U. 19598/2020*, cit., p. 4.

⁴² Così Cass., Sez. Un., ordinanza 19598 del 2020, punto 54 dei considerato in diritto.

⁴³ Il meccanismo di un rinvio pregiudiziale *in sostituzione* viene criticato in M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., p. 58, secondo cui la Cassazione non deve agire *in sostituzione* ma dovrebbe annullare la sentenza e rimettere le valutazioni circa il rinvio pregiudiziale al Consiglio di Stato, quale giudice del rinvio. Questa stessa procedura è prevista, ad esempio, nell’ordinamento tedesco. In quel sistema, come si dirà *infra*, è previsto il ricorso diretto alla Corte costituzionale per ottenere l’annullamento della sentenza contrastante con l’obbligo *ex art. 267 TFUE*. In seguito all’annullamento è previsto il rinvio al giudice di merito, che dovrà attivare il rinvio pregiudiziale in sostituzione. Di ciò ne dà conto E. D’ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronunzia*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 358 ss.

⁴⁴ Cfr. G. TESAURO, *L’interpretazione della Corte costituzionale*, cit., p. 15: “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 legittimità. 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 (...). In caso contrario, si andrebbe incontro ad un’inversione logico-giuridica pericolosa e in totale violazione del principio dell’effettività della tutela giurisdizionale”.

Attualmente, infatti, l'unica tutela prevista è l'azione risarcitoria con cui far valere la responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE, per effetto del mancato adempimento dell'obbligo ex art. 267 TFUE. Il rimedio risarcitorio, come noto, rappresenta una forma d'intervento per equivalente. Tramite il ricorso per motivi di giurisdizione, invece, si può ottenere la caducazione della sentenza contrastante con il diritto UE. L'annullamento della pronuncia costituisce un mezzo di tutela in forma specifica che consente la demolizione definitiva del titolo lesivo delle ragioni del singolo, garantite a livello UE ma ritenute irrilevanti sul piano nazionale.

Quanto agli aspetti negativi di tale lettura, occorre evidenziare il contrasto con la legalità costituzionale. Consentire, di fatto, un ricorso per motivi di giurisdizione per violazione di legge, *sub specie* violazione del diritto UE, si traduce nell'introduzione per via pretoria di un ulteriore grado di giudizio⁴⁵.

In tal modo verrebbe scardinato il sistema di mezzi e gradi di impugnazione della giustizia amministrativa e contabile, in pieno contrasto con la scelta legislativa⁴⁶. Questa distorsione, inoltre, avrebbe l'effetto di introdurre un terzo grado di giudizio soltanto nelle materie di matrice europea. Per le altre, invece, rimarrebbe ferma l'originaria struttura delle impugnazioni, con le correlative conseguenze in tema di principio di eguaglianza (art. 3 Cost.)⁴⁷.

Ancora, la trasformazione del ricorso per Cassazione in baluardo dell'obbligo di rinvio pregiudiziale riguarderebbe soltanto le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti⁴⁸. Rimarrebbe l'interrogativo circa lo strumento da utilizzare

⁴⁵ Pericolo percepito anche da M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura*, cit., p. 27.

⁴⁶ In questo senso, tale distorsione era stata già recepita da F. PATRONI GRIFFI, *Valore del precedente* cit., p. 15: "suscita perplessità quell'orientamento che, ancora una volta ampliando il sindacato della Corte di cassazione, sembra ricondurre a questione di giurisdizione, sotto il profilo dell'eccesso o del diniego, ricorribile ex art. 111, la violazione del diritto dell'Unione europea: in tal modo trattando alla stregua di una questione di giurisdizione una questione di denunciato errore di diritto e incidendo, ancora una volta, per "via comunitaria" sull'assetto interno della giurisdizione e sullo stesso regime di responsabilità gravante –come è noto- sul "giudice di ultima istanza", che finirebbe con l'essere la Corte di cassazione anche in materie devolute alla giurisdizione amministrativa". Lo stesso autore, però, in nota riconosce che l'orientamento ora citato sembra condivisibile ove si debba reagire ad una ipotesi in cui il Giudice amministrativo di ultima istanza abbia violato l'obbligo di rinvio pregiudiziale, senza fornire sul punto alcuna motivazione.

⁴⁷ In questo senso, M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., p. 31.

⁴⁸ La Corte di cassazione, così, finirebbe per assumere il ruolo di Giudice *super-supremo* al quale è riconosciuta una funzione nomofilattica perfino *esterna* alla propria giurisdizione, a discapito della struttura costituzionale. In questo senso F. PATRONI GRIFFI, *Valore del precedente*, cit., p. 13: "L'orientamento che tende ad ammettere una nomofilachia cd.

nell'eventualità in cui fosse la medesima Corte di Cassazione a violare il menzionato obbligo – ferma restando la possibilità di sostenere uno *strano* “secondo” intervento della Cassazione, volto a sindacare una sentenza emanata da sé stessa.

Inoltre, questa manipolazione del ricorso *ex art. 111, c. VIII, Cost.*, motivata dall'esigenza di rendere effettivo l'obbligo del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* nei confronti del Consiglio di Stato, finirebbe per ottenere il risultato contrario. La sostanziale introduzione di un ulteriore grado di giudizio, infatti, avrebbe l'effetto di trasformare il Giudice amministrativo di secondo grado in giudice non di ultima istanza, così liberandolo dal menzionato vincolo⁴⁹.

6. La pronuncia del Consiglio di Stato ed il ruolo della Corte costituzionale

Vista la rilevanza dell'istituto del rinvio pregiudiziale⁵⁰, in alcuni ordinamenti nazionali (quali Germania e Spagna)⁵¹ è previsto uno strumento apposito per reagire alla violazione dell'obbligo del rinvio pregiudiziale, oltre all'azione

esterna della Corte muove dal principio di effettività della tutela e ammette il sindacato della Corte *ex articolo 111 Cost.* tutte le volte in cui il giudice speciale non abbia dato una tutela “appropriata” sul piano sostanziale e secondo le regole del giusto processo. La Corte assolverebbe, sembra di capire, una funzione di chiusura del sistema delle tutele a garanzia dell'ordinamento. Ammetto che l'idea mi prende; ma ammetto anche che non saprei, da giudice, come applicare questo criterio. Configurare poi la Cassazione come l'organo in grado di verificare se sia stata assicurata una tutela appropriata ed effettiva in campi, settori, conoscenze esulanti dalla propria giurisdizione, e dall'ordinario esercizio di questa da parte dei suoi giudici, mi sembra una cosa bizzarra; tanto da indurre, probabilmente a torto, a pensare, come esplicitamente ipotizza Riccardo Villata, che i fautori di questa tesi mirino essenzialmente a mutare l'assetto delle giurisdizioni a Costituzione invariata, ma in violazione del tenore testuale della stessa”.

⁴⁹ M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., pp. 58-59.

⁵⁰ Sulla rilevanza del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, *ex multis*, si richiama P. PASSAGLIA, *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, aprile 2010, disponibile all'indirizzo www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Corti_costituzionali_rinvio_pregiudiziale_12012010.pdf; D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, 1/2019, p. 7.

⁵¹ Nell'ordinamento tedesco è previsto lo strumento del ricorso diretto alla Corte costituzionale per lamentare la violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte della giurisdizione di ultima istanza; nell'ordinamento spagnolo, vi è il *recurso de amparo* di garanzia del diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva.

risarcitoria con cui si fa valere la responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE.

In particolare, nell'ordinamento teutonico si prevede la possibilità di richiedere direttamente una pronuncia di annullamento da parte della Corte costituzionale avverso qualunque sentenza contrastante con il diritto UE⁵². L'introduzione di uno strumento simile anche nel nostro ordinamento deve necessariamente passare dall'intervento del legislatore. Il sistema dei mezzi e dei gradi di impugnazione, infatti, non può essere mutato per via pretoria.

Un possibile effetto dell'ordinanza in commento, come detto, potrebbe essere quello di consentire alla Corte di Giustizia, tramite l'opera interpretativa già svolta dalla Suprema Corte, di *trasformare* il ricorso per motivi di giurisdizione *ex art. 111 Cost.*, VIII c., in mezzo d'impugnazione delle pronunce contrastanti con il diritto UE. Sembra che le esposte rilevanti ripercussioni che potrebbe avere l'intervento della Corte sovranazionale sull'assetto giurisdizionale, avrebbero dovuto muovere la Suprema Corte verso altre strade, diverse da quella del rinvio pregiudiziale⁵³.

Per la rilevanza delle conseguenze ora esaminate, la scelta più adatta sarebbe stata quella della proposizione di una questione di legittimità costituzionale⁵⁴. La Corte di cassazione avrebbe potuto richiedere la declaratoria d'illegittimità costituzionale della disciplina in materia di ricorsi reciprocamente escludenti, per come interpretata dal Consiglio di Stato, per violazione del diritto UE e dell'art. 117 Cost. come norma interposta. In tal modo, ferma restando la possibilità di una nuova pronuncia di inammissibilità – sulla scia della sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale –, la Suprema Corte avrebbe potuto sollecitare l'attenzione della Corte costituzionale, e di tutta la comunità scientifica, circa la possibilità di introdurre uno strumento per garantire in via diretta l'effettività dell'obbligo del rinvio pregiudiziale⁵⁵.

⁵² Con riferimento agli strumenti previsti nell'ordinamento tedesco e spagnolo si richiama E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo*, cit., p. 360 ss.

⁵³ Quanto al comportamento *imprudente* della Suprema Corte, B. CARAVITA, *La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al diritto europeo?*, postilla a S. BARBARESCHI, L.A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 21: "Certo, l'acribia dimostrata dalla Cassazione nel costruire la questione di interpretazione avrebbe potuto essere esercitata per trovare una soluzione. Certo, si sarebbe potuto cercare ancora una strada interna alle giurisdizioni nazionali. Certo, dall'organo supremo di giustizia ci si sarebbe potuto attendere maggiore prudenza nell'indubbiare la Costituzione".

⁵⁴ Cfr. M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., p. 40.

⁵⁵ Visto l'elevato numero dei contributi sull'ordinanza in commento, questo risultato di stimolare un dibattito sul punto sembra comunque raggiunto. In questo senso si pone anche M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., pp.

La formulazione di una questione di legittimità costituzionale, inoltre, sembra essere la scelta migliore anche in virtù della recente tendenza della Consulta a porsi quale organo di dialogo con le Corti sovranazionali, specie in relazione alle problematiche inerenti i diritti fondamentali della persona umana⁵⁶. Al riguardo, è altresì vero che la disciplina processuale in tema di ricorsi reciprocamente escludenti incide sul diritto alla tutela giurisdizionale del ricorrente principale che, in virtù dell'orientamento del Consiglio di Stato, finisce per essere irrimediabilmente leso nelle proprie ragioni dalla presentazione del ricorso incidentale *escludente* da parte dell'aggiudicatario.

Il passaggio del testimone alla Corte costituzionale avrebbe consentito un nuovo approfondimento della menzionata questione circa la nozione di “motivi di giurisdizione” e, se del caso, l'intervento della Corte di Giustizia sarebbe stato richiesto direttamente dalla Consulta.

Da ultimo, pare opportuno sottolineare che il ragionamento seguito dalla Suprema Corte di Cassazione, quanto alla invasione da parte del Consiglio di Stato della sfera di attribuzioni del legislatore UE, sembra condivisibile anche alla luce di una visione comparatistica. In particolare, la Corte costituzionale tedesca, nel sindacato circa la violazione del diritto UE da parte di sentenze dei giudici domestici, ragiona in termini di ripartizione di “potere”. In questo senso, quindi, in ambito UE il potere del giudice nazionale si contrae e lascia spazio solamente alla voce sovranazionale⁵⁷. Una eventuale pronuncia non conforme al dettato UE –

66 e 67. Per una puntuale indicazione bibliografica dei numerosi contributi sull'ordinanza in oggetto, si rimanda a G. TESAURO, *L'interpretazione della Corte costituzionale*, cit., p. 3.

⁵⁶ Su tale recente tendenza della Corte costituzionale si richiama S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità – Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 4/2019. In particolare, p. 7: “In secondo luogo, l'ordinanza n. 117 del 2019 sembra essere testimonianza del fatto che la Corte costituzionale sia consapevole di come la volontà di recuperare un ruolo centrale nella tutela dei diritti, indubbiamente perseguita nella recente giurisprudenza in tema di doppia pregiudizialità, debba accompagnarsi all'accettazione di un dialogo diretto con la Corte di giustizia. Quest'ultimo elemento, in altre parole, rappresenta una sorta di ‘contrappeso’ necessario rispetto al primo, poiché può prevenire eventuali conflitti fra le due Corti”.

⁵⁷ In questo senso, G. ZAMPETTI, *Rinvio pregiudiziale*, cit., p. 22: “diversa concezione, ai fini che interessano, del rapporto tra giurisdizione nazionale e giurisdizione della Corte di giustizia, che richiama quello che intercorre tra giudice ordinario e giudice speciale: in tale prospettiva, di conseguenza, il giudice costituzionale è chiamato a verificare il rispetto della regola sul riparto di competenze tra giudice interno e giudice dell'Unione individuata dall'art. 267 TFUE, la cui inosservanza può risolversi nella violazione della garanzia costituzionale del giudice naturale precostituito per legge”.

anche sotto forma di sentenza della Corte di giustizia – risulta perciò emanata in *carenza di potere*.

Anche alla luce di questa impostazione, quindi, in una prospettiva *superficiale* la lettura proposta dalle Sezioni Unite pare condivisibile. L'invasione da parte del Giudice amministrativo della sfera di potere del *Giudice-legislatore UE* potrebbe essere sanzionata con lo strumento del ricorso per motivi di giurisdizione *ex art. 111 Cost., c. VIII*. In una visione più attenta al principio di legalità, invece, date le menzionate conseguenze di tale impostazione in termini di mezzi e gradi di impugnazione, si esige una più approfondita riflessione circa l'opportunità di introdurre, per via legislativa, nel nostro ordinamento uno strumento diretto a garantire l'effettività dell'obbligo del rinvio pregiudiziale e, conseguentemente, del principio del primato del diritto UE.