



## Il rinvio pregiudiziale nel “caso *Randstad*”: riflessioni critiche sul fragile primato del diritto dell’Unione europea

**Giulia Agrati\***, **Agnese Ciprandi\*\***, **Riccardo Torresan\*\*\***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Origini e sviluppo della nozione “evolutiva” di giurisdizione nelle pronunce delle Sezioni Unite e della Corte costituzionale. – 3. L’ordinanza di rinvio della Cassazione e le questioni pregiudiziali poste alla Corte di giustizia. – 4. Criticità del caso di specie... – 5. (*segue*) ...e criticità “di sistema”. – 6. Considerazioni conclusive sul (mancato) rispetto del diritto dell’Unione.

1. Il diritto dell’Unione europea mostra la significativa tendenza a sviluppare sfere di applicabilità via via più pervasive nei confronti degli ordinamenti nazionali, affiancandosi (e talvolta sostituendosi) a quest’ultimo

---

\* Dottoranda di ricerca in Diritto dell’Unione europea, Dipartimento di Diritto pubblico, italiano e sovranazionale, Università degli Studi di Milano.

\*\* Dottoranda di ricerca in Diritto dell’Unione europea, Dipartimento di Diritto pubblico, italiano e sovranazionale, Università degli Studi di Milano.

\*\*\* Dottorando di ricerca in Diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Ferrara.

L’impostazione del lavoro e l’introduzione (par. 1) sono frutto delle riflessioni di tutti gli autori. Il par. 2 è attribuibile alla dott.ssa Agrati e alla dott.ssa Ciprandi; i paragrafi 3 e 4 al dott. Torresan; il par. 5 alla dott.ssa Ciprandi; il par. 6 alla dott.ssa Agrati.

nella disciplina di numerose situazioni soggettive. Si rende così necessario un sistema coerente di rapporti tra i due *corpora* normativi, tale da assicurare piena effettività e applicazione alle istanze dell’ordinamento “comunitario”; sistema, questo, in cui lo strumento del rinvio pregiudiziale svolge un ruolo di primaria importanza<sup>1</sup>. Tuttavia, la pronuncia<sup>2</sup> che il presente lavoro si propone di esaminare, appare un caso in cui la decisione di “chiamare in causa” il giudice dell’Unione affinché quest’ultimo eserciti le proprie competenze interpretative suscita – lo si anticipa sin d’ora – alcuni dubbi sull’opportunità di questa scelta da parte del giudice nazionale.

Una prima e superficiale panoramica della vicenda in commento può essere già sufficiente a far intuire la complessità di piani su cui la stessa si articola. La pronuncia, oggetto di accesi dibattiti in dottrina<sup>3</sup> e degli approfondimenti che seguiranno, è infatti un’ordinanza di rinvio pregiudiziale emessa, lo scorso settembre, dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite, chiamata a porre rimedio a un caso di (pretesa) denegata giustizia imputabile al Consiglio di Stato. La questione, già di per sé resa complessa da un orientamento quantomeno discutibile del massimo giudice amministrativo<sup>4</sup>,

---

<sup>1</sup> Come da insegnamento dei giudici di Lussemburgo nella sentenza 18 dicembre 2014, parere 2/13, *Adhésion de l’Union à la CEDH*, punto 176.

<sup>2</sup> Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, n. 19598.

<sup>3</sup> La decisione in esame, in effetti, ha stimolato commenti e posizioni variegati da parte di numerosi studiosi. Tra i molteplici interventi sul tema, si segnala 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*, 27 gennaio 2021, p. 12 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Corti nazionali e Corti europee: un problema di confini?*, in *federalismi.it*, 27 gennaio 2021, p. 30 ss.; R. BARATTA, *Le pregiudiziali Randstad sull’incensurabilità per cassazione della violazione di norme europee imputabile al giudice amministrativo*, in *Eurojus*, 26 gennaio 2021; P. L. TOMAIUOLI, *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, ma incostituzionale, giurisdizione unica*, in *Consulta online*, 11 dicembre 2020; M. A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell’ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 30 novembre 2020; B. NASCIBENE, P. PIVA, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell’Unione europea?*, in *Giustiziasieme*, 24 novembre 2020; S. BARBARESCHI, L. A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Cassazione fuori contesto: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *federalismi.it*, Paper 4 novembre 2020, p. 2 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al diritto europeo?*, postilla a S. BARBARESCHI, L. A. CARUSO, *op. cit.*, Paper 4 novembre 2020, p. 20 ss.; G. GRECO, *La violazione del diritto dell’Unione europea come possibile difetto di giurisdizione?*, in *Eurojus*, 2020, p. 73 ss.

<sup>4</sup> Ci si riferisce, qui, al diffuso orientamento relativo all’ordine logico di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale, nei giudizi in materia di aggiudicazione di appalti davanti al giudice amministrativo. Sul punto, il Consiglio di Stato sostiene da tempo la natura c.d. escludente del ricorso incidentale, per cui quest’ultimo, ove venga introdotto, priverebbe il

ha così finito per sfociare nel tema sempre attuale dei confini tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria. La Suprema Corte, nel lambire un punto tanto delicato, ha approfondito (o, forse, sarebbe più corretto dire riaperto) una “frattura” che la separa dalla Corte costituzionale, con riguardo all’interpretazione della nozione di giurisdizione, per poi rivolgersi alla Corte di giustizia e sottoporre ad essa, a mezzo della fattispecie concreta, le più ampie questioni di funzionamento dell’ordinamento giudiziario italiano.

Il presente lavoro mira, anzitutto, a offrire una ricostruzione chiara e completa dei presupposti che hanno consentito l’emergere di una vicenda tanto articolata: in quest’ottica, si passeranno in rassegna alcuni dei più pertinenti pregressi orientamenti della Cassazione e del Consiglio di Stato in tema di limiti di giurisdizione, nonché la sentenza della Corte costituzionale che funge da perno dell’intero sviluppo giurisprudenziale rilevante nella specie (*infra*, § 2). Su queste basi, sarà possibile tratteggiare una precisa disamina dell’ordinanza in esame, con particolare attenzione alle questioni pregiudiziali poste alla Corte di giustizia (*infra*, § 3). Nella seconda parte del contributo ci si soffermerà, quindi, sulle principali criticità di tale ordinanza (*infra*, § 4), evidenziando anche implicazioni di sistema tanto sul piano nazionale quanto su quello dell’Unione europea (*infra*, §§ 5-6).

**2.** Come anticipato, per una proficua comprensione dei principali profili dell’ordinanza di rinvio pregiudiziale è opportuno premettere una breve disamina di alcune precedenti pronunce del Supremo collegio, particolarmente significative ai fini in esame.

Di seguito, dunque, si darà conto di un filone giurisprudenziale, sviluppatosi in seno alle Sezioni Unite della Cassazione a partire dal 2008<sup>5</sup>, in

---

ricorso principale di ogni legittimazione, impedendo al giudice di esaminarlo. Questo orientamento, come è ormai noto, ha dato luogo negli ultimi anni ad una *querelle* tra Consiglio di Stato e Corte di giustizia dell’Unione europea, la quale ritiene inammissibile siffatta regola processuale in quanto foriera di episodi di denegata giustizia nei confronti di soggetti portatori di interessi giuridicamente qualificati. Cfr., in particolare, sentenza del 5 settembre 2019, causa C-333/18, *Lombardi*; ordinanza del Cons. Stato, Ad. Plen., 11 maggio 2018, n. 16; sentenza del 5 aprile 2016, causa C-689/13, *PFE*; sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9; sentenza del 4 luglio 2013, causa C-100/12, *Fastweb*; sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4; sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 11. Senza addentrarsi in considerazioni che non attengono a questa sede, può però evidenziarsi come proprio attraverso la non conformità al diritto dell’Unione europea sembri emergere, con maggior forza, la problematicità dell’orientamento in questione che, qualificando interessi giuridicamente qualificati come interessi di mero fatto, potrebbe condurre a lasciare tali interessi completamente sguarniti di tutela giurisdizionale.

<sup>5</sup> Si tratta, in particolare, di un filone giurisprudenziale inaugurato con la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 30254 del 23 dicembre 2008 in materia di pregiudiziale

merito al tema relativo all’interpretazione dei motivi inerenti alla giurisdizione ai sensi dell’art. 111, ottavo comma, della Costituzione. Si tratta di un orientamento – si anticipa – rimasto sempre minoritario nella giurisprudenza della Suprema Corte, che, tuttavia, si caratterizza per aver fatto applicazione della cosiddetta nozione “evolutiva” o “dinamica” di giurisdizione, nel quale rientrano, segnatamente, due pronunce richiamate in diversi passaggi argomentativi dell’ordinanza in esame<sup>6</sup>: le sentenze n. 2242 del 2015<sup>7</sup> e n. 31226 del 2017<sup>8</sup>.

Entrambe tali sentenze prendono le mosse da un complesso contenzioso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici e, come già accennato, dalla specifica questione del rapporto – in relazione all’ordine di esame da parte del giudice – tra ricorso principale ed incidentale escludente<sup>9</sup>. In tale peculiare tipologia di controversie, le Sezioni Unite della Corte di cassazione erano state

---

amministrativa, la quale ha realizzato una vera e propria “rivoluzione copernicana” in punto di interpretazione della nozione di motivi inerenti alla giurisdizione, elaborando la nuova nozione evolutiva di giurisdizione. Nel caso di specie, in particolare, la Suprema Corte aveva ritenuto di potersi pronunciare ai sensi dell’art. 111, ottavo comma, Cost., sull’impugnata sentenza del Consiglio di Stato con la quale veniva rigettata una domanda risarcitoria per lesione di interessi legittimi in ragione della mancata contestuale impugnazione del provvedimento presuntivamente lesivo, ritenendo che tale pronuncia, nel negare la tutela, avesse realizzato un diniego di giurisdizione rientrante nello spettro del sindacato dalla Cassazione. Per un commento alla sentenza cfr. S. FLORIO, *La pregiudiziale amministrativa. Le Sezioni Unite, con la sentenza 23.12.2008 n. 30254, sottolineano la dimensione costituzionale dell’autonomia dell’azione risarcitoria*, in *Ildirittoamministrativo.it*; G. ABBAMONTE, *Qualche riflessione sull’avvicinamento tra le giurisdizioni e sull’emergenza degli interessi*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Il ruolo del giudice: le magistrature supreme*, in *Foro amm. TAR*, Supplemento al n. 7-8, 2007; P. DE LISE, *La pienezza della tutela del cittadino come obiettivo “condiviso” delle magistrature supreme*, *ivi*; R. CHIEPPA, *La pregiudiziale amministrativa*, in R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 657 ss..

<sup>6</sup> Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit.*, punti 25 e 26.

<sup>7</sup> Sentenza della Corte Cass. SS. UU., 6 febbraio 2015, n. 2242.

<sup>8</sup> Sentenza della Corte Cass. SS. UU., 29 dicembre 2017, n. 31226.

<sup>9</sup> Oltre alle pronunce citate alla nota 4, per un approfondimento critico in dottrina cfr., tra gli altri, L. BERTONAZZI, *La giurisprudenza europea in tema di ricorso incidentale escludente*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 543 ss.; G. STAIANO, *Il rapporto tra il ricorso principale ed il ricorso incidentale cd. “escludente”. Intervento della Corte di giustizia*, in *Salvis Juribus*, 7 aprile 2020; A. DE ZOTTI, *Evoluzione, requiem ed epitaffio del ricorso incidentale escludente dopo la sentenza della Corte di giustizia 5 settembre 2019, n. C-133/18*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2019, p. 822 ss.; G. TROPEA, *Il ricorso incidentale escludente: illusioni ottiche*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 1124 ss.; C. BENETAZZO, *Il ricorso incidentale: oggetto, legittimazione e ordine di esame delle questioni tra disciplina interna e principi comunitari*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 107 ss.; F.G. SCOCA, *Ordine di decisione, ricorso principale e ricorso incidentale (nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 11/2008)*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 113 ss.

investite del compito di pronunciarsi su sentenze impugnate del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione. All'esito del giudizio, in ambedue i casi, il Supremo consesso cassava le impugnature pronunciate dal giudice amministrativo, asserendo la avvenuta violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa; cassava, tuttavia, discostandosi dalla nozione tradizionale di giurisdizione, facendo invece applicazione della nozione cosiddetta "evolutiva" o "dinamica" di giurisdizione<sup>10</sup>.

In base a tale nuova nozione, il termine "giurisdizione" deve essere concepito anche nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi; in un senso tale, dunque, da ricomprendere anche le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento stesso. Sulla base di questa considerazione preliminare, se certamente attiene alla nozione di giurisdizione l'interpretazione della norma che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, *a fortiori* vi attiene anche la norma che attribuisce contenuto a quel potere, stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Rientra perciò nei motivi inerenti alla giurisdizione, secondo questa nuova concezione, l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela al fine di verificare, ai sensi dell'art. 111, ottavo comma, Cost. se il giudice amministrativo la eroghi effettivamente.

Così, in applicazione di tale nozione, nella sentenza n. 2242 del 2015, le Sezioni Unite adite, come detto, per motivi inerenti alla giurisdizione, cassavano la sentenza impugnata del Consiglio di Stato – che, avendo esaminato prioritariamente il ricorso incidentale della aggiudicataria deducendo la presenza di cause ostative alla partecipazione alla gara del ricorrente principale, aveva omesso di esaminare le censure di quest'ultimo; censure dirette a contestare la propria esclusione e l'aggiudicazione all'impresa concorrente – perché in contrasto con i principi stabiliti dalla Corte di giustizia nella sentenza *Fastweb* in tema di accesso alla tutela giurisdizionale<sup>11</sup>. Allo stesso modo, con la sentenza n. 31226 del 2017, le

---

<sup>10</sup> Per un commento sulla portata delle sentenze citate cfr. M. A. SANDULLI, *cit.*, 30 novembre 2020; F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, giugno 2018, p. 1547 ss; A. SANDULLI, *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2018, p. 1169 ss.

<sup>11</sup> Sentenza del 4 luglio 2013, causa C-100/12, *Fastweb*, *cit.*, nella quale la Corte di giustizia ha stabilito che il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può mai comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nel medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione simile, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione

Sezioni Unite cassavano l'impugnata pronuncia dei giudici di Palazzo Spada che – accogliendo il ricorso incidentale dell'aggiudicatario – avevano dichiarato improcedibili i motivi aggiunti al ricorso principale con cui il ricorrente escluso contestava l'ammissione alla gara dell'aggiudicatario. I giudici della Cassazione avevano, anche in questo caso, rilevato un contrasto con le disposizioni del diritto dell'Unione, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia nella sentenza *Puligienica*<sup>12</sup>.

Con le sentenze esaminate, che hanno mantenuto come riferimento una simile nozione “dinamica” di giurisdizione, si è dunque cristallizzato il menzionato orientamento delle Sezioni Unite, secondo il quale – pur non rientrando nel sindacato della Cassazione tutto ciò che attiene alle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo tali da comportare errori *in procedendo* o *in iudicando* – rientra invece, in quanto motivo inerente alla giurisdizione quale eccesso di potere giurisdizionale, il caso di “radicale stravolgimento delle norme di riferimento”<sup>13</sup> (nazionali o dell'Unione europea) da parte del giudice amministrativo, stravolgimento tale da ridondere in denegata giustizia. Ciò premesso, si è così potuto sostenere che rientrasse nello spettro del sindacato della Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione anche 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 efficaci, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia. Tale orientamento giurisprudenziale, che – si ribadisce – è sempre rimasto minoritario in seno alle Sezioni Unite, ha incontrato una decisa battuta d'arresto con la sentenza n. 6 del 18 gennaio 2018 della Corte costituzionale<sup>14</sup> che sembrava aver posto la parola fine alle tendenze espansive della Corte di cassazione.

Con la citata pronuncia, la Corte costituzionale si è infatti espressa, per la prima volta, in merito alla corretta interpretazione dell'art. 111, ottavo comma, Cost., decidendo congiuntamente tre questioni di costituzionalità, la

---

dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare.

<sup>12</sup> Sentenza del 5 aprile 2016, causa C-689/13, *PFE*, *cit.* Si tratta di una pronuncia fondamentale in tema di accesso alla tutela giurisdizionale nella materia del contenzioso degli appalti pubblici. Viene infatti stabilito che il ricorso principale deve essere comunque esaminato, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla procedura e dalla natura della violazione dedotta.

<sup>13</sup> Sentenza della Corte Cass. SS. UU., 29 dicembre 2017, *cit.*, punto 2.4; ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit.*, punto 23.1.

<sup>14</sup> Sentenza della Corte Cost., 18 gennaio 2018, n. 6.

prima delle quali sollevata proprio dalle Sezioni Unite della Cassazione nell'ambito di un ricorso "per motivi inerenti alla giurisdizione", promosso da ricorrenti che si erano visti soccombenti dinanzi al Consiglio di Stato a causa dell'asserita interpretazione di una norma di legge da parte di quest'ultimo in maniera non conforme alla CEDU<sup>15</sup>. Al di là, dunque, dei fatti specifici sottostanti alla rimessione della Suprema Corte in favore della Corte costituzionale, preme sottolineare che la prima aveva potuto conoscere della vicenda proprio in virtù della precitata nozione evolutiva di giurisdizione, applicata, nel caso di specie, allo stravolgimento di norme del diritto convenzionale.

La Corte costituzionale, ancor prima di poter valutare il merito della questione, ne aveva dichiarato l'inammissibilità "per difetto di rilevanza, in ragione della mancata legittimazione del giudice a quo"<sup>16</sup>. In effetti, come già affermato, il presupposto della legittima instaurazione del giudizio *a quo* si deve rinvenire nella sussistenza di un motivo di ricorso inerente alla giurisdizione *ex art. 111*, ottavo comma, Cost., unica ipotesi tale da rendere ammissibile l'impugnazione di una pronuncia del Consiglio di Stato dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione. Ebbene, tale ipotesi, in base a quanto argomentato nella sentenza in esame, non sarebbe stata ravvisabile nel caso di specie: secondo la Corte costituzionale, infatti, in nessun caso la nozione di "motivi inerenti alla giurisdizione" avrebbe potuto essere tale da ricomprendervi, al di fuori dei casi estremi di rifiuto o diniego astratto di giurisdizione, censure inerenti alle modalità con cui il controllo giurisdizionale viene esercitato dal Consiglio di Stato, anche qualora queste si siano tradotte in concreto in un'erronea negazione di tutela della situazione

---

<sup>15</sup> La norma di legge che viene in rilievo è l'art. 69, c. 7, d.lgs. 30 marzo 2014, n. 165 (in tema di lavoro nelle amministrazioni pubbliche), la quale era stata oggetto di due pronunce della Corte EDU del 4 febbraio 2014, *Staubano e Mottola*, che l'avevano ritenuta contrastante con i principi dell'equo processo, in particolare con il diritto di accesso al giudice, di cui all'art. 6 CEDU. Per un commento più esaustivo sulla sentenza della Corte Costituzionale cfr. A. POLICE, F. CHIRICO, *I «soli motivi inerenti alla giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Il Processo*, 2019, p. 113 ss.; F. DAL CANTO, *cit.*, 2018; G. SIGISMONDI, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2018, 125 ss.; P. TOMAIUOLI, *L'«altolà» della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in *Consultaonline*, Studi 2018/I, 24 gennaio 2018; F. DEODATO, *I limiti «esterni» della giurisdizione interpretati dalla più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione (Nota a Corte Costituzionale sentenza 24 gennaio 2018 n. 6 e Corte di Cassazione - Sezioni Unite civili sentenza 29 dicembre 2017 n. 31226)*, in *dirittoamministrativo.it*.

<sup>16</sup> Sentenza della Corte Cost., 18 gennaio 2018, *cit.*, punto 17.

giuridica azionata. Per espressa argomentazione della Consulta, l'intervento della Suprema Corte nemmeno avrebbe potuto essere giustificato “dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU”<sup>17</sup> da parte del Consiglio di Stato.

In conclusione, con la pronuncia n. 6/2018, la Corte costituzionale si è posta in totale contrapposizione con l'orientamento minoritario delle Sezioni Unite fautore della citata interpretazione “evolutiva” della nozione di giurisdizione, affermando come tale interpretazione non possa essere compatibile “con la lettera e lo spirito della norma costituzionale (art. 111, ottavo comma, Cost.)”<sup>18</sup>: “l'“eccesso di potere giudiziario”, denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione [...], va (pertanto) riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione [...]; nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione”<sup>19</sup>, non potendosi ammettere all'interno del perimetro costituzionale alcun tipo di soluzione intermedia. Diversamente, infatti, qualsiasi interpretazione che comporti una più o meno completa assimilazione tra il ricorso in cassazione per violazione di legge e il ricorso in cassazione per i “soli” motivi inerenti alla giurisdizione, finirebbe, sempre secondo la Corte costituzionale per “mette(re) in discussione la scelta di fondo dei Costituenti dell'assetto pluralistico delle giurisdizioni”<sup>20</sup>.

Quanto affermato nella sentenza sopra citata è stato recepito dalla giurisprudenza successiva delle Sezioni Unite, le quali si sono orientate nel senso di dichiarare inammissibili quei ricorsi presentati avverso pronunce del Consiglio di Stato *ex art. 111, ottavo comma, Cost.*, con cui le parti facevano valere, non un'ipotesi classica di motivo inerente alla giurisdizione, ma l'omesso esercizio della giurisdizione da parte del giudice amministrativo per effetto dello “stravolgimento” di una norma di diritto dell'Unione<sup>21</sup>.

È solo con l'ordinanza del 18 settembre 2020, n. 19598, oggetto della presente analisi, che la Suprema Corte sembra “tornare sui propri passi”, dimostrando di aderire ancora una volta alla lettura cosiddetta “evolutiva” del concetto di giurisdizione di cui all'art. 111, ottavo comma, Cost. e “riportando

---

<sup>17</sup> *Ivi*, punto 14.

<sup>18</sup> Sentenza della Corte Cost., 18 gennaio 2018, *cit.*, punto 11.

<sup>19</sup> *Ivi*, punto 15.

<sup>20</sup> *Ivi*, punto 11.

<sup>21</sup> In tal senso *inter alia* cfr. ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 21 agosto 2020, n. 17580; ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 6 marzo 2020, n. 6460; ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 11 novembre 2019, n. 29085; ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 6 maggio 2019, n. 13243; ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 19 dicembre 2018, n. 32773; ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 17 dicembre 2018, n. 32622.



all'attenzione la preclusione del sindacato per motivi di giurisdizione, in caso di violazione di una norma dell'Unione"<sup>22</sup>.

Ad ogni modo, pare solo il caso di ribadire che, già espressione di un orientamento minoritario, l'ordinanza in questione, dopo la sentenza n. 6/2018 della Corte costituzionale, si è posta come un *unicum* nel panorama della giurisprudenza di legittimità, in quanto tale lungi dal poter simboleggiare l'*incipit* di una riespansione dell'orientamento respinto dalla Consulta. In effetti, si rileva che, successivamente alla richiamata ordinanza, le Sezioni Unite “hanno continuato, graniticamente, a respingere la teoria della giurisdizione dinamica e a escludere che il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione possa essere utilizzato per lamentare violazioni di legge, processuali o sostanziali, interne o europee, del giudice amministrativo”<sup>23</sup>.

3. Seppur isolata nel sostenere un orientamento contrario, come appena visto, a quello maggioritario delle Sezioni Unite, l'ordinanza oggetto del presente lavoro merita comunque un'attenta disamina. L'occasione, per la Corte di cassazione, di pronunciarsi nuovamente sul proprio potere di censura delle sentenze del Consiglio di Stato è emersa all'esito di una gara d'appalto bandita da USL Valle d'Aosta<sup>24</sup>. Nel novero dei partecipanti figurava anche Randstad Italia S.p.A., esclusa nella fase iniziale della gara per non aver raggiunto, con la propria offerta tecnica, la soglia minima di 48 punti, utile ad essere ammessi alle valutazioni seguenti. Questa esclusione ha posto le basi per l'impugnazione del bando e dell'atto di aggiudicazione da parte della stessa Randstad, che contestava l'irragionevolezza dei punteggi relativi alla citata “soglia minima” e una serie di altre irregolarità procedurali nello svolgimento della gara. In opposizione a simili pretese, poi, si poneva il ricorso incidentale presentato da USL Valle d'Aosta (in quanto ente emanatore dell'atto impugnato) e dal raggruppamento tra Synergie Italia S.p.A e Umana S.p.A. (in quanto concorrente vincitore della gara): tali

<sup>22</sup> 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, p. 247 ss.

<sup>23</sup> P. L. TOMAIUOLI, *cit.*, 11 dicembre 2020, p. 698. Con specifico riferimento a pronunce della Corte di cassazione, successive all'ordinanza del 18 settembre 2020, n. 19598, che respingono la nozione cd. “evolutiva” di giurisdizione, cfr. *inter alia* sentenza della Corte Cass. SS. UU., 10 novembre 2020, n. 25208; sentenza della Corte Cass. SS. UU., 30 ottobre 2020, n. 24103; sentenza della Corte Cass. SS. UU., 29 ottobre 2020, n. 23899; sentenza della Corte Cass. SS. UU., 27 ottobre 2020, n. 23592; sentenza della Corte Cass. SS. UU., 20 ottobre 2020, n. 22811.

<sup>24</sup> Per una più dettagliata ricognizione dei fatti di causa, cfr. ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit.*, punti 1-11. In dottrina, v. C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, 27 gennaio 2021, pp. 14-16; S. BARBARESCHI, L. A. CARUSO, *op. cit.*, Paper 4 novembre 2020, pp. 7-8.

soggetti sostenevano che il ricorso principale, presentato da *Randstad*, fosse da considerarsi inammissibile in virtù della sua prematura esclusione dalla gara e, quindi, della mancanza di un interesse giuridicamente qualificato ad ottenere tutela giurisdizionale.

La controversia, soggetta in prima istanza all'esame del TAR Valle d'Aosta<sup>25</sup>, è stata decisa in via (inizialmente) definitiva da una pronuncia con cui il Consiglio di Stato<sup>26</sup>, sulla scorta dell'orientamento ricordato nei paragrafi precedenti<sup>27</sup>, ha statuito la priorità logica e giuridica del ricorso incidentale su quello principale, il quale – vista la completa mancanza di legittimazione di chi lo aveva proposto<sup>28</sup> – non avrebbe nemmeno dovuto essere analizzato dal giudice amministrativo, venendo piuttosto qualificato come inammissibile<sup>29</sup>.

Avverso quest'ultima pronuncia, *Randstad* ha infine proposto ricorso per cassazione, chiedendo alla Suprema Corte di ravvisare, nella pronuncia del Consiglio di Stato, la violazione del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e, quindi, di cassarne la sentenza secondo quanto previsto dall'art. 111, ottavo comma, della Costituzione<sup>30</sup>, dall'art. 362, primo comma, del

---

<sup>25</sup> Sentenza del TAR Valle d'Aosta, I sez., 22 marzo 2019, n. 13. Va segnalato che, in questa pronuncia, il giudice amministrativo aveva invero esaminato (e giudicato su) entrambi i ricorsi presentati dalle parti, rigettando nel merito le censure avanzate da *Randstad*.

<sup>26</sup> Sentenza del Cons. di Stato, III sez., 7 agosto 2019, n. 5606.

<sup>27</sup> Si veda quanto detto a proposito *supra*, § 2, nonché i precedenti citati alla nota 4.

<sup>28</sup> Più precisamente, la posizione della ricorrente è stata definita come quella di “portatrice di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico del settore che non ha partecipato alla gara” cfr. sentenza del Cons. di Stato, III sez., 7 agosto 2019, n. 5606, punto 11.

<sup>29</sup> Sentenza del Cons. di Stato, III sez., 7 agosto 2019, n. 5606, spec. punti 8-12; v. anche G. GRECO, *op. cit.*, 2020, p. 74.

<sup>30</sup> Tale norma costituzionale, come già in parte accennato nel paragrafo precedente, legittima un controllo ad opera della Corte di cassazione per soli motivi di giurisdizione. Questi ultimi, tradizionalmente, vengono intesi come eccesso (o difetto) di giurisdizione, siano essi assoluti (come nel caso in cui il giudice amministrativo eserciti prerogative che non spettano, in generale, alla magistratura complessivamente considerata) o relativi (come nel caso in cui il giudice amministrativo eserciti prerogative che spettano ad altri giudici). Con riguardo ai profili generali del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, specie in relazione al ricorso in questione, cfr. F. DAL CANTO, *op. cit.*, 2018, p. 1537 ss.; A. PANZAROLA, *Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2018, p. 587 ss.; P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli, 2016; G. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, 2009; M. V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005; M. P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002.

codice di procedura civile e dall'art. 110 del codice del processo amministrativo<sup>31</sup>. A ulteriore parametro della pretesa violazione, poi, è stato eletto l'art. 1, par. 1, della cosiddetta “direttiva ricorsi”, atto con il quale il legislatore “comunitario” ha inteso tutelare e rinforzare il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva in materia di appalti, richiedendo agli Stati membri di assicurare ai privati “un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile [...]” avverso “le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici”<sup>32</sup>. La Corte di Cassazione, posta dinanzi a siffatta controversia, ha optato per l'utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale<sup>33</sup>, ritenendo necessario l'intervento interpretativo della Corte di giustizia in una fattispecie che, lo si anticipa fin d'ora, sembra però ben più attinente al diritto interno che non al diritto dell'Unione europea<sup>34</sup>.

Ciò premesso, pare opportuno analizzare dapprima le tre questioni pregiudiziali che la Suprema Corte ha sottoposto all'esame del giudice di Lussemburgo, evidenziandone i profili di maggior interesse e delicatezza; nei paragrafi successivi, di conseguenza, si svolgeranno alcune considerazioni critiche.

La prima questione è incentrata su quella che la Cassazione definisce “nozione evolutiva del concetto di giurisdizione”<sup>35</sup>, vale a dire quella particolare interpretazione – promossa in alcune sentenze della Suprema Corte<sup>36</sup>, almeno fino alla sconfessione ad opera della Corte costituzionale nel 2018<sup>37</sup> – secondo cui, come visto, non sarebbe norma sulla giurisdizione

<sup>31</sup> Dando attuazione della norma costituzionale già menzionata, entrambe le due norme di rango legislativo qui citate consentono di proporre (in ipotesi limitate) un ricorso in Cassazione avverso le pronunce del Consiglio di Stato, altrimenti giudice di ultima istanza per quanto attiene all'ordinamento amministrativo.

<sup>32</sup> 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, in *GUUE*, L 395 del 30 dicembre 1989. Oltre a quanto riportato nel testo, all'art. 1, par. 2, della medesima direttiva si legge anche che “[g]li Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso [...] a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione”. I requisiti più analitici che siffatte tutele giurisdizionali dovrebbero garantire sono poi stabiliti agli articoli 2-2 *septies*.

<sup>33</sup> Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit.* La causa si è instaurata dinanzi alla Corte di giustizia il 30 settembre 2020 ed è ora identificata come C-497/20, *Randstad*.

<sup>34</sup> Opinioni simili sono espresse in M. A. SANDULLI, *op. cit.*, 30 novembre 2020.

<sup>35</sup> Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit.*, punto 23.1.

<sup>36</sup> Basti, qui, ricordare i precedenti menzionati a proposito di questo orientamento interpretativo *supra*, § 2.

<sup>37</sup> V. quanto esposto *supra*, § 2, a proposito della sentenza della Corte Cost., 18 gennaio 2018, *cit.*

soltanto quella che ne ripartisce l'esercizio, ma anche quella che, preso atto del riparto, stabilisce come il tal giudice debba esercitare la propria giurisdizione al fine di erogare, in concreto, la tutela che la fattispecie richiede. Siffatto orientamento aveva indotto la Cassazione, come ricordato, a esercitare un più solerte sindacato di legittimità sulle pronunce del Consiglio di Stato, giustificato (proprio sulla base dell'art. 111, ottavo comma, Cost.) come un controllo sulla concreta erogazione di tutela giurisdizionale da parte del giudice amministrativo. Ciò avveniva ogni volta che quest'ultimo, applicando la disciplina procedurale della priorità del ricorso incidentale (anche in contrasto con le indicazioni fornite dalla Corte di giustizia<sup>38</sup>), si rendesse responsabile (secondo le Sezioni Unite) di un caso di denegata giustizia nei confronti del ricorrente principale.

Il richiamato intervento del giudice costituzionale, tuttavia, viene inteso nell'ordinanza in commento come un vero e proprio *turning point* della vicenda: causando, come già ricordato, un *revirement* nella giurisprudenza delle Sezioni Unite<sup>39</sup>, la sentenza 6/2018 avrebbe portato alla formazione di una prassi vincolante volta alla rinuncia alla cosiddetta “giurisdizione in senso evolutivo” e, in ultimo, all'inammissibilità dei ricorsi per cassazione fondati su tale interpretazione<sup>40</sup>. Questa prassi, nell'ottica della Suprema Corte, conduce nel caso di specie a tollerare una violazione del diritto dell'Unione europea: non potendo censurare la pronuncia del giudice amministrativo, la Cassazione resterebbe sostanzialmente impotente davanti a un caso in cui, a fronte dell'accesso a rimedi giurisdizionali rapidi ed efficaci richiesto dall'ordinamento “comunitario” e dal suo giudice, si configura invece un

---

<sup>38</sup> In effetti, il giudice di Lussemburgo si è espresso più volte sul punto, interrogato in sede di rinvio pregiudiziale sull'effettiva portata della “direttiva ricorsi” e delle previsioni già ricordate nel testo e nelle note precedenti. In queste occasioni, la Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi negativamente circa l'orientamento del Consiglio di Stato italiano, sostenendo che giudicare inammissibile il ricorso principale senza averlo esaminato comprometta l'effetto utile della direttiva in questione e comprime in modo ingiustificato il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva del ricorrente. V. sentenza del 5 settembre 2019, causa C-333/18, *Lombardi*, punti 23-27, ove tali considerazioni sono state ritenute valide con riguardo a fattispecie in cui esistano partecipanti alla gara che non abbiano presentato ricorsi, né siano riguardati da quelli proposti dalle parti in causa; sentenza del 5 aprile 2016, causa C-689/13, *PFE*, punti 24-30, ove l'interpretazione della Corte era stata ritenuta applicabile indipendentemente dal numero di partecipanti alla gara e di ricorrenti; sentenza del 4 luglio 2013, causa C-100/12, *Fastweb*, punti 26-27 e punti 33-34.

<sup>39</sup> V. *supra*, § 2, e in particolare le pronunce già menzionate alla nota 18.

<sup>40</sup> Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit.*, punti 28-29.

diniego di tale accesso nei confronti di un soggetto che pure ne avrebbe diritto<sup>41</sup>.

È questo esito che, nella visione delle Sezioni Unite, finisce per creare il punto di più forte contrasto con il diritto dell'Unione, e in particolare con il principio del primato che, come noto, richiede che alle norme "comunitarie" sia sempre assicurata applicazione, anche in caso di antinomia con disposizioni di diritto interno<sup>42</sup>. Nell'ordinanza in esame, è ben chiaro come il ricorso per motivi di giurisdizione sia considerato l'unico strumento ancora in grado di porre rimedio alla violazione perpetrata dal Consiglio di Stato nel caso di specie<sup>43</sup>; strumento che, però, resta "impedito" dalla pronuncia della Corte costituzionale e dall'orientamento che vi ha fatto seguito<sup>44</sup>, tollerando il consolidarsi di un inadempimento che rischia di esporre l'Italia a conseguenze tra cui, seppur con qualche riserva su tale eventualità, figura la procedura d'infrazione<sup>45</sup>. Il quesito che risulta da siffatto percorso argomentativo attiene,

<sup>41</sup> *Ivi*, spec. punto 31.

<sup>42</sup> Con la sempre più rilevante eccezione della c.d. teoria dei controlimiti, talvolta invocata dalle Corti costituzionali nazionali per impedire l'applicazione del diritto dell'Unione, ove questo risulti lesivo dei principi costituzionali fondamentali di uno Stato membro o dei diritti inalienabili della persona. Sulle caratteristiche e le conseguenze di siffatta teoria sul sistema giurisdizionale e normativo dell'Unione, v. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017, p. 902 ss., spec. pp. 910-915; C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015, p. 168 ss.; M. G. PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 341 ss.; G. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 23 ss. Sull'eventualità che la teoria dei controlimiti possa venire in discussione anche nel caso di specie si tornerà *infra*, § 5.

<sup>43</sup> Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit.*, punti 34 e 36-37.

<sup>44</sup> *Ivi*, punto 38.

<sup>45</sup> In effetti, l'eventualità dell'apertura di una procedura d'infrazione, a carico di uno Stato membro, a causa di una o più pronunce di uno suo giudice non sarebbe un inedito. Un precedente ben noto è senza dubbio costituito dal c.d. caso *Weiss*, in cui il *Bundesverfassungsgericht* ("BVerfG", il Tribunale Costituzionale tedesco) aveva ritenuto non vincolante una pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia poiché resa *ultra vires*; i giudici di Karlsruhe si riconoscevano quindi competenti a sindacare le decisioni della BCE in merito al PSPP. V. sentenza del BVerfG, Secondo Senato, 5 maggio 2020, n. 2 BvR 859/15; sentenza dell'11 dicembre 2018, causa C-493/17, *Weiss*. Proprio in relazione a questa sentenza del BVerfG, la Commissione aveva valutato la possibilità di aprire una procedura d'infrazione nei confronti della Germania. Per alcuni riferimenti dottrinali sul punto v. B. CARAVITA DI TORITTO, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A. M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggior ponderazione*, in *federalismi.it*, 13 maggio 2020; D. SARMIENTO, *An Infringement Action against Germany after its Constitutional Court's ruling in Weiss? The Long Term and the Short Term*, in *EU Law Live*, 12 maggio 2020; P. MORI, *Riflessioni sulla possibilità e sull'opportunità di aprire una procedura di infrazione nei confronti della Germania a causa della sentenza del Bundesverfassungsgericht sul PSPP*, in

quindi, alla dubbia compatibilità della prassi inaugurata dalla Corte costituzionale con il diritto dell’Unione europea (così come interpretato dalla Corte di giustizia), nella parte in cui quest’ultimo richiede che si garantisca accesso ai rimedi giurisdizionali “a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso” in questo suo interesse.

La seconda questione sollevata dall’ordinanza in commento si concentra, invece, sull’obbligo di rinvio pregiudiziale previsto, per i giudici di ultima istanza<sup>46</sup>, all’art. 267, comma 3, TFUE. La Corte di Cassazione evidenzia, in questo senso, l’apparente semplicità con cui il Consiglio di Stato ha risolto la controversia, attraverso la riaffermazione della priorità del ricorso incidentale e della sua natura “assorbente” nei confronti del ricorso principale. Tuttavia, l’esistenza di una giurisprudenza contrastante della Corte di giustizia avrebbe dovuto portare il giudice amministrativo a porsi quantomeno un dubbio sulla possibile applicazione di siffatta giurisprudenza al caso di specie. In particolare, come sottolineato nell’ordinanza *de qua*, legittime argomentazioni si sarebbero potute rintracciare in entrambi i sensi<sup>47</sup>: da un lato, a favore dell’applicabilità della giurisprudenza “comunitaria”, deponevano le evidenti similitudini tra il caso di specie e quelli già trattati dal giudice di Lussemburgo (le sentenze *Fastweb*, *Puligienica* e *Lombardi* trattavano, in effetti, fattispecie analoghe a quella del caso in esame); dall’altro lato, a favore di una soluzione di diverso tenore, si ponevano alcune differenze di non scarso rilievo, come il fatto che nel caso di specie si dibattesse dell’irregolarità della gara stessa, più che della mancanza dei requisiti di

---

*Eurojus*, 2020, pp. 112-122; S. POLI, *The German Federal Court and its first ultra vires review: a critique and a preliminary assessment of its consequences*, in *Eurojus*, 2020, pp. 224-240.

<sup>46</sup> Più precisamente, la norma richiamata istituisce l’obbligo di rinvio in capo alle “giurisdizion[i] nazional[i], avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno”, definizione che ricomprende il Consiglio di Stato in quanto organo di ultima istanza della magistratura amministrativa. Per alcuni contributi dottrinali sull’obbligatorietà del rinvio e le sue caratteristiche, v. S. FORTUNATO, *L’obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, par. 3: una disciplina in continua evoluzione*, in AA. VV., *Liber amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l’Union: le long parcours de la justice européenne*, 2018, p. 351 ss.; A. MEALE, *La natura obbligatoria del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ed i poteri del giudice nazionale*, in A. NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, 2016, p. 645 ss.; S. MARINO, *L’obbligo di rinvio pregiudiziale fra responsabilità dello Stato e circolazione della sentenza nell’Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 1270 ss.; G. VITALE, *La logica del rinvio pregiudiziale tra obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza e responsabilità*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2013, p. 59 ss.

<sup>47</sup> Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit.*, punti 48-49.

partecipazione dei concorrenti, o ancora il fatto che la ricorrente principale fosse stata esclusa in una fase addirittura precedente alle valutazioni volte a individuare il vincitore della gara. In ogni caso, la persistenza di un grado di incertezza nella soluzione è sufficiente a far sorgere, in capo al Consiglio di Stato, l'obbligo che risulta dal tenore letterale del già ricordato art. 267, comma 3, TFUE e a cui si sarebbe potuto derogare solo in presenza di una delle circostanze tassativamente delineate nella nota sentenza *CILFIT*<sup>48</sup>, non riscontrabili nel caso di specie. Nell'ottica della Suprema Corte, questi indici sono sufficienti per ritenere che il giudice amministrativo abbia immotivatamente violato l'obbligo di sollevare il rinvio pregiudiziale con cui chiedere al giudice del Kirchberg delucidazioni sul punto<sup>49</sup>.

Ciò detto, le Sezioni Unite si concentrano sull'analisi dell'art. 267 TFUE come norma che instaura, tra la Corte di giustizia e il giudice nazionale, un preciso legame cooperativo, avente come principale obiettivo il mantenimento dell'unità e della coerenza del diritto dell'Unione<sup>50</sup>. Interpretata in questo modo, la disposizione in esame assume il compito di ripartire (sulla base delle competenze attribuite nei trattati) l'esercizio della funzione giurisdizionale tra

---

<sup>48</sup> Sentenza del 6 ottobre 1982, causa C-283/81, *CILFIT c. Ministero della Sanità*, punti 12-16. È in questa sentenza che la Corte di giustizia ha infatti individuato le sole tre ipotesi che possono far venire meno l'obbligo di rinvio per un giudice di ultima istanza: la circostanza che la Corte abbia già trattato, in altro rinvio, una questione materialmente identica; l'esistenza di una giurisprudenza "comunitaria" consolidata, che risolva chiaramente il punto di diritto controverso; l'assenza di qualsiasi ragionevole dubbio circa la soluzione della questione pregiudiziale, data dall'assoluta evidenza con cui il punto di diritto stesso si presenti.

<sup>49</sup> Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit.*, spec. punto 51.

<sup>50</sup> Come accennato in apertura del presente lavoro, è stata la stessa Corte di giustizia a sottolineare, più di una volta, l'estrema importanza ricoperta dal rinvio pregiudiziale, definendolo come "la chiave di volta del sistema giurisdizionale" dell'Unione; v. sentenza del 26 marzo 2020, causa C-558/18, *Miasto Łowicz (Régime disciplinaire concernant les magistrats)*, punto 55; sentenza del 24 ottobre 2018, causa C-234/17, *XC e a.*, punto 41; sentenza del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*, punto 37; sentenza del 5 luglio 2016, causa C-614/14, *Ognyanov*, punto 15; sentenza del 18 dicembre 2014, parere 2/13, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, punto 176. In dottrina, sul ruolo e la rilevanza del rinvio pregiudiziale, v. C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2020, p. 296 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, 2017, p. 321 ss., spec. pp. 322-325; D. U. GALETTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE ed obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell'ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra giudici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, p. 431 ss.; B. NASCIBENE, *Il giudice nazionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 1675 ss.; P. PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale: l'evoluzione del sistema, in 1952-2002: cinquantesimo anniversario della Corte di giustizia delle Comunità europee: udienza solenne 4 dicembre 2002*, Lussemburgo, 2003, p. 17 ss.

i giudici di due diversi ordinamenti, in questo caso attribuendo alla Corte di giustizia la competenza esclusiva a pronunciarsi sull'interpretazione del diritto dell'Unione, in sede di rinvio pregiudiziale<sup>51</sup>. Se queste premesse sono da ritenersi valide, l'art. 267 TFUE diviene norma sulla giurisdizione *latu sensu*, violata dal Consiglio di Stato nel momento in cui quest'ultimo non ha rispettato l'obbligo di rinvio e ha quindi esercitato funzioni giurisdizionali che non gli spettavano<sup>52</sup>. La conseguenza ultima di siffatte conclusioni interpretative è che, ove queste fossero confermate dalla Corte di giustizia, la Cassazione dovrebbe ritenersi legittimata (secondo l'ordinanza in commento, e in contrasto con l'orientamento maggioritario della stessa Suprema Corte<sup>53</sup>) a censurare la sentenza del Consiglio di Stato per eccesso di giurisdizione e, infine, a sollevare essa stessa il rinvio (riguardante la questione di merito) che il giudice amministrativo non ha proposto.

Con la terza questione pregiudiziale, le Sezioni Unite provvedono infine a sollevare esattamente siffatta questione pregiudiziale, domandando alla Corte di giustizia se la giurisprudenza “comunitaria” sui ricorsi in materia di appalti sia o meno da ritenersi applicabile al caso di specie. Nell'ordinanza in esame, la Suprema Corte mostra di propendere per una risposta affermativa al quesito, soprattutto sulla base dei vizi che *Randstad* ha promosso nel proprio ricorso<sup>54</sup>. Come ricordato, si tratta in questo caso di vizi volti, per la maggior parte, a denunciare una serie di irregolarità procedurali nello svolgimento della gara, potenzialmente portando all'annullamento di quest'ultima. Poiché la Pubblica Amministrazione mantiene sempre una sfera di discrezionalità in tale decisione, non è impensabile (secondo le Sezioni Unite) che essa giudichi non più soddisfacenti non soltanto l'offerta presentata da *Randstad*, ma anche quelle presentate dagli altri concorrenti, provvedendo appunto a rinnovare la procedura di gara. Da questo punto di vista, dunque, emerge come ciascuno dei ricorrenti possa dirsi portatore di un interesse giuridicamente qualificato,

---

<sup>51</sup> Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit.*, punti 56-58.

<sup>52</sup> Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit.*, spec. punto 54.

<sup>53</sup> Va infatti ricordato che la stessa Corte di cassazione, in altre sue pronunce, si è espressa in modo fortemente critico circa la legittimità di questi ultimi interventi, sia per quanto riguarda l'eventuale censura di una sentenza del giudice amministrativo per violazione del “riparto” *ex art. 267, co. 3, TFUE* (v. sentenza della Corte Cass. SS. UU., 15 novembre 2018, n. 29391; sentenza della Corte Cass. SS. UU., 17 dicembre 2017, n. 30301), sia per quanto attiene alla possibilità di sostituirsi al Consiglio di Stato (o ad altro giudice di ultima istanza) nel sollevare un rinvio pregiudiziale obbligatorio e immotivatamente omesso (ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 6 marzo 2020, n. 6460; sentenza della Corte Cass. SS. UU., 8 luglio 2016, n. 14042).

<sup>54</sup> Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit.*, punti 62-65.



uguale e opposto a quello dei suoi concorrenti, a ottenere l'aggiudicazione<sup>55</sup>: interesse che, in definitiva, non consente di ritenere inammissibile (senza prima averlo esaminato) alcuno dei ricorsi presentati, incluso quello principale.

4. Delle tre questioni pregiudiziali sollevate dalle Sezioni Unite, specialmente la prima sembra foriera di conseguenze problematiche. Con tale quesito, la Corte di Cassazione ha chiesto alla Corte di giustizia di intervenire in difesa del principio del primato del diritto dell'Unione (storicamente caro al giudice di Lussemburgo<sup>56</sup>) pronunciandosi sul concetto di giurisdizione, sul significato di quest'ultimo all'interno del sistema normativo della Costituzione italiana, sull'estensione della sua portata interpretativa e sull'opportunità dell'orientamento che la Corte costituzionale avalla con riguardo a detta nozione. Sembra piuttosto chiaro, quindi, che il rinvio pregiudiziale sollevato dalla Suprema Corte riguardi tematiche e questioni giuridiche più attinenti al diritto interno (e, in particolare, alla struttura del sistema giurisdizionale italiano) di quanto non lo siano invece all'ordinamento dell'Unione<sup>57</sup>, anche in considerazione degli ampi spazi di manovra che il principio di autonomia procedurale vuole riconosciuti agli Stati membri. Per di più, la problematicità di tale quesito non si esaurisce in questo suo *focus* tematico "fuori fase", anzi: la Corte di giustizia, ove fosse "tentata" di condividere le preoccupazioni della Cassazione in punto di primato del diritto dell'Unione<sup>58</sup>, potrebbe facilmente finire per porsi in contrasto con la giurisprudenza costituzionale sul concetto di giurisdizione *ex art. 111*, ottavo comma, Cost., rischiando di incrinare un rapporto che in alcune, recenti, occasioni si è dimostrato abbastanza problematico<sup>59</sup>. In definitiva, sembra

<sup>55</sup> Così parafrasando una formula utilizzata dalla Corte di giustizia nelle già citate sentenze *Fastweb*, *Puligienica* e *Lombardi*, ove si parla di un "legittimo interesse equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri [concorrenti]".

<sup>56</sup> V. sentenza dell'8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco e a.*; sentenza del 22 giugno 1989, causa C-103/88, *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano*; sentenza del 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal*; sentenza del 17 settembre 1970, causa C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*; sentenza del 15 luglio 1964, causa C-6/64, *Costa c. E.N.E.L.*

<sup>57</sup> V. in questo senso anche F. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, 27 gennaio 2021, p. 35; B. CARAVITA DI TORITTO, *op. cit.*, Paper 4 novembre 2020, pp. 20-21.

<sup>58</sup> Assetto che non sembra potersi dire del tutto improbabile, visto il modo in cui la Corte di cassazione ha posto le questioni oggetto del rinvio. In questo senso, chi scrive si sente di condividere le eventualità prefigurate in R. BARATTA, *op. cit.*, 26 gennaio 2021, pp. 173-175.

<sup>59</sup> In effetti, il rapporto tra il "Giudice delle leggi" italiano e la Corte di giustizia dell'Unione europea vive, oggi, una stagione di non sempre facile composizione, in cui le tensioni tra le due giurisdizioni si addensano sui temi del primato del diritto dell'Unione, dell'adattamento e delle

trattarsi di un rinvio pregiudiziale a mezzo del quale le Sezioni Unite hanno voluto cercare soddisfazione delle proprie ragioni, presso il giudice di Lussemburgo, in seguito alla delusione inflitta loro dalla Corte costituzionale nel 2018<sup>60</sup>. Ne deriva che siffatto rinvio pregiudiziale non solo ha ricevuto un utilizzo piuttosto lontano dal tradizionale scopo di questo strumento (quello di chiarificare la portata interpretativa del diritto dell’Unione all’interno di un giudizio nazionale), ma è stato anche strumentalizzato al fine di ottenere, dai

---

sue conseguenze, nonché della c.d. “doppia pregiudizialità”. Già la ben nota “saga Taricco”, in cui la Corte costituzionale aveva paventato l’attivazione dei controlimiti in tema di garanzie nel processo penale, aveva mostrato un’impostazione sì orientata al dialogo, ma anche piuttosto “irrigidita” nella volontà di accogliere le (o almeno venire incontro alle) istanze “comunitarie”. Soprattutto la celebre sentenza 269/2017 della Consulta, poi, pur rivendicando la natura collaborativa del rapporto tra Corti (e tra ordinamenti), ha provveduto a imprimere un forte cambio di tendenza circa il percorso giurisdizionale che il giudice *a quo* debba seguire qualora riscontri, nella portata di una norma interna, la potenziale violazione di diritti garantiti tanto dalla Costituzione italiana quanto dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione (v. sentenza della Corte Cost., 14 dicembre 2017, n. 269); impostazione, questa, poi confermata (anche se con alcune rimodulazioni) nell’ordinanza della Corte Cost., 30 luglio 2020, n. 182. Non mancano, peraltro, esempi virtuosi di “riallineamento” dei rapporti tra le due Corti sui punti della leale cooperazione e della concorrenza positiva tra rimedi “comunitari” e rimedi nazionali. V., per esempio, ordinanza della Corte Cost., 10 maggio 2019, n. 117, ove si riconosce ampio rilievo all’obbligo di disapplicazione della norma interna non conforme, incombente sul giudice di merito (punto 2 del *Considerato in diritto*), e si preferisce un rinvio pregiudiziale a un’immediata dichiarazione di illegittimità costituzionale, proprio per scongiurare contrasti con il diritto dell’Unione e con la Corte di giustizia, che ha poi sostanzialmente confortato l’interpretazione del giudice costituzionale nel caso di specie (v. sentenza del 2 febbraio 2021, causa C-481/19, *Consob*). In dottrina cfr., *ex multis*, R. BARATTA, *op. cit.*, 26 gennaio 2021, p. 176; C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, 27 gennaio 2021, pp. 22-23 e p. 26; F. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, 27 gennaio 2021, pp. 30-36; S. BARBARESCHI, L. A. CARUSO, *op. cit.*, Paper 4 novembre 2020, spec. pp. 2-4 e p. 14; N. LAZZERINI, *Dual Preliminary Within the Scope of the EU Charter of Fundamental Rights in the Light of Order 182/2020 of the Italian Constitutional Court*, in *European Papers*, 25 novembre 2020, p. 1463 ss.; R. BIN, *È scoppiata la terza “guerra tra le Corti”? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it*, 18 novembre 2020, p. 10; M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, p. 675 ss., il quale parla, a proposito, di «attitudine espansionistica» della Cassazione. Per una trattazione più approfondita di questi profili, peraltro, si rinvia a quanto si dirà *infra*, § 6.

<sup>60</sup> Così anche 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*, 11 dicembre 2020, p. 21 ss.; S. BARBARESCHI, L.A. CARUSO, *op. cit.*, Paper 4 novembre 2020, p. 2; 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; G. GRECO, *op. cit.*, 2020, p. 76.

giudici del Kirchberg, una sorta di “arbitraggio” del conflitto (interno all’ordinamento italiano) tra magistratura ordinaria e amministrativa. È quindi ferma convinzione di chi scrive che, sulla base di tali considerazioni, il rinvio in questione si sarebbe senz’altro potuto evitare.

Ciò detto, diviene necessario chiedersi quale via possa rintracciare la Corte di giustizia per risolvere tale intricata situazione, in cui essa difficilmente può esimersi dal richiedere il pieno rispetto del primato del diritto dell’Unione ma, d’altro canto, dovrebbe auspicabilmente evitare di incidere su un terreno per essa sdruciolevole, quale può essere la definizione dei limiti delle giurisdizioni nazionali e dei contenuti specifici del principio di autonomia procedurale.

Una possibile soluzione a siffatta problematica potrebbe rinvenirsi qualora la Corte di giustizia evitasse di pronunciarsi sulla prima questione pregiudiziale (dichiarandola irricevibile proprio in virtù della sua spiccata connotazione “interna”) e si servisse, invece, della seconda questione per riaffermare l’importanza del principio del primato<sup>61</sup>. Il *focus* del secondo quesito è infatti centrato, come visto, sulla violazione dell’obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato. Sotto questo profilo, l’impostazione seguita Corte di Cassazione sembra piuttosto condivisibile, soprattutto ove mette in evidenza, da un lato, la presenza di un possibile dubbio circa l’applicazione del diritto dell’Unione al caso di specie e, dall’altro lato, la scelta del giudice amministrativo di risolvere la controversia senza interpellare preventivamente la Corte di giustizia. In effetti, siffatta decisione del Consiglio di Stato pare integrare una manifesta violazione dell’obbligo di rinvio che l’art. 267, comma 3, TFUE pone in capo alle “giurisdizion[i] nazional[i], avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno”, in assenza delle cosiddette condizioni *CILFIT*: l’avvenuta trattazione, da parte della Corte di giustizia, di una questione materialmente identica, l’esistenza di una giurisprudenza “comunitaria” consolidata sul punto controverso o l’assenza di qualsiasi ragionevole dubbio sulla soluzione della questione giuridica. L’art. 267 TFUE, nell’approntare lo strumento del rinvio pregiudiziale, risponde anche all’esigenza di disciplinare le competenze funzionali al suo utilizzo; nello specifico, a fronte dell’obbligo (o della facoltà) del giudice nazionale di sollevare il rinvio, la competenza interpretativa viene attribuita in via esclusiva alla Corte di giustizia<sup>62</sup>. Sotto questo punto di vista, dunque, sembra che la disposizione *de qua* possa leggersi anche come una norma *latu sensu*

<sup>61</sup> Cfr., in questo senso, la ricostruzione effettuata da G. GRECO, *op. cit.*, 2020, pp. 78-86.

<sup>62</sup> R. BARATTA, *op. cit.*, 26 gennaio 2021, p. 177.

sulla giurisdizione, nel senso che essa provvede a ripartire l'esercizio di competenze giurisdizionali tra il giudice nazionale e il giudice dell'Unione europea<sup>63</sup>.

La qualificazione dell'art. 267 TFUE come norma *latu sensu* sulla giurisdizione sembra in grado di rendere ammissibile, almeno nel caso di specie, il ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione e, con esso, la proposizione della seconda questione pregiudiziale alla Corte di giustizia<sup>64</sup>. Quest'ultima acquisirebbe così la possibilità di censurare le scelte interpretative e applicative del Consiglio di Stato, enunciando un principio di diritto che imponga non solo il pieno rispetto dell'obbligo di rinvio, ma anche la corretta applicazione del diritto dell'Unione per quanto attiene ai ricorsi in materia di appalti; d'altro canto, non fornendo risposta alla prima questione pregiudiziale, il giudice di Lussemburgo eviterebbe di doversi inserire nel dibattito (tutto interno al diritto nazionale, come si è argomentato) sull'estensione dei «motivi di giurisdizione» e sul significato, innovativo o tradizionale, da assegnare a siffatta nozione<sup>65</sup>. Peraltro, pare opportuno rimarcare che simili argomentazioni sono volte a identificare soluzioni che scongiurino i profili di estrema criticità connessi al caso di specie; per quanto attiene, invece, a considerazioni più generali in merito ai sistemi interni di controllo dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, sia consentito rinviare a quanto si dirà *infra*, § 5.

È necessario rivolgere l'attenzione anche ad un'ulteriore (ma connessa) profilo critico che emerge dalla vicenda in esame, ossia quella che attiene più specificamente al rispetto da parte del Consiglio di Stato del principio del primato del diritto dell'Unione. In questa prospettiva va riconosciuto che, indipendentemente dal suo grado di opportunità, il rinvio della Cassazione solleva la problematica reale di una certa ritrosia del giudice amministrativo nell'adeguarsi alle previsioni (vincolanti) del diritto dell'Unione. Ciò vale sicuramente, e come già visto, per l'obbligo di rinvio pregiudiziale, ma anche per la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di appalti, che da sempre si è mostrata contraria alla prassi del Consiglio di Stato per cui il ricorso incidentale avrebbe natura prioritaria ed escludente nei confronti di quello principale<sup>66</sup>. Le decisioni (anche e soprattutto quella in commento) della magistratura amministrativa considerata nel suo complesso sembrano

---

<sup>63</sup> G. GRECO, *op. cit.*, 2020, spec. pp. 78-79.

<sup>64</sup> *Ivi*, spec. pp. 82-84.

<sup>65</sup> Trattasi, qui, di quell'opzione che viene definita “terza via” o “via intermedia” in R. BARATTA, *op. cit.*, 26 gennaio 2021, pp. 179-180.

<sup>66</sup> V. quanto detto in proposito *supra*, § 2.

preferire, talvolta, una visione “recessiva” del diritto dell’Unione europea, per cui quest’ultimo dovrebbe applicarsi soltanto ove non sia possibile evitarlo o, comunque, contenendone al massimo la capacità espansiva in favore della preservazione delle competenze dello Stato<sup>67</sup>. Tuttavia, sebbene siffatta visione possa in qualche modo ricollegarsi alle generali e più ampie tensioni nei rapporti tra Unione e Stati membri<sup>68</sup>, non si può fare a meno di sottolineare come essa pervenga a rovesciare, in buona sostanza, le regole di coordinamento dei due ordinamenti. Tali si basano, per l’appunto, sul principio del primato dell’ordinamento “comunitario”, in virtù del quale quest’ultimo deve trovare applicazione anche in caso di contrasto con il diritto interno (salvo gli ormai noti controlimiti, di cui si dirà oltre). È anche noto, per di più, che tale obbligo di applicazione – e in egual misura il corrispondente obbligo di disapplicazione del diritto interno – coinvolge *tutti* i soggetti di ciò responsabili: non solo, quindi, il legislatore e i giudici

---

<sup>67</sup> A titolo puramente esemplificativo, possono citarsi due recenti pronunce del TAR Puglia di Lecce in materia di concessioni demaniali marittime. In tale occasione, il giudice amministrativo è stato chiamato a esprimersi sulla compatibilità con il diritto dell’Unione di alcune delibere comunali che accordavano il rinnovo quindicennale automatico di dette concessioni, facendo applicazione della legge di bilancio 2019 ma disattendendo, in questo modo, le previsioni del diritto “comunitario” (specie per quanto attiene alla c.d. direttiva Bolkenstein). Sul punto, il TAR adito ha sostanzialmente sollevato le Pubbliche Amministrazioni dell’obbligo di disapplicazione, sulla base della considerazione per cui siffatto potere spetterebbe solo al giudice e, quindi, la Pubblica Amministrazione dovrebbe sempre applicare “nel dubbio” la disciplina nazionale, quandanche contrastante con il diritto dell’Unione; v. sentenza del TAR Puglia, I sez., 27 novembre 2020, n. 1322; sentenza del TAR Puglia, I sez., 27 novembre 2020, n. 1341. Sulla questione è intervenuto, per ora solo in merito ai profili cautelari, anche il Consiglio di Stato, che ha rigettato le istanze del Comune di Castrignano del Capo volte a sospendere temporaneamente l’efficacia delle sentenze del TAR, non ravvisando alcun profilo di urgenza nella fattispecie; v. ordinanza del Cons. di Stato, V sez., 12 febbraio 2021, n. 643; ordinanza del Cons. di Stato, V sez., 12 febbraio 2021, n. 644; ordinanza del Cons. di Stato, V sez., 12 febbraio 2021, n. 645.

<sup>68</sup> È noto, infatti, quanto sia delicata la ricerca di un soddisfacente punto di equilibrio tra l’espansione delle competenze dell’Unione e la volontà degli Stati membri di conservare intatte le proprie prerogative. Simili tensioni si sono ripercosse, con riguardo alle modifiche dei Trattati, anche su diverse previsioni incluse nel trattato di Lisbona: la frequente reiterazione del principio di attribuzione (e dei limiti ad esso connessi) e l’inserimento di un ruolo più incisivo dei Parlamenti nazionali attraverso il Protocollo n. 1, ad esempio, sono entrambi riconducibili al tentativo di “contenere” possibili espansioni incontrollate dell’area di azione dell’Unione europea; allo stesso modo, l’esplicita introduzione del diritto di recesso unilaterale dall’Unione all’art. 50 TUE e la regola dell’unanimità nelle decisioni del Consiglio riguardo la c.d. “clausola di flessibilità” (art. 352 TFUE) testimoniano l’intenzione degli Stati membri di mantenere un più stretto controllo sul (ove non una “via di fuga” dal) processo di integrazione.

nazionali<sup>69</sup>, ma anche la Pubblica Amministrazione in ogni suo comparto. Dunque, una pronuncia come quella con cui il Consiglio di Stato ha disciplinato la controversia in esame (vista anche la lunga *querelle* precedente con la Corte di giustizia) rischia di frustrare l'efficacia e l'effettività del diritto dell'Unione e, in ultimo, il senso stesso del progetto di integrazione europea, per il buon funzionamento del quale il principio del primato ricopre un'importanza vitale<sup>70</sup>. È comprensibile, *prima facie*, che il giudice amministrativo abbia mancato di sollevare il rinvio pregiudiziale cui era tenuto sulla base di una propria interpretazione delle competenze attribuite, rispettivamente, all'Unione e allo Stato membro: mancando nel caso di specie – si potrebbe argomentare – ogni rilevanza del diritto “comunitario” per la risoluzione della controversia, il rinvio al giudice di Lussemburgo non avrebbe avuto motivo di sussistere. A maggior ragione, però, sembra altrettanto legittima una critica che ritenga siffatta interpretazione discutibile, data la presenza di una direttiva applicabile precisamente a fattispecie come quella in commento e di una giurisprudenza della Corte di giustizia parimenti puntuale. Ne risulta così un quadro in cui, proprio sulla base delle sfere di competenza predefinite, non si è assicurato il rispetto delle attribuzioni dell'Unione e si è arrecato, stando ai dettami della Corte di giustizia, un ingiustificato pregiudizio a interessi di cui il diritto “comunitario” richiede la tutela.

5. Premesse tali considerazioni che attengono alle specificità dell'ordinanza, pare ora opportuno soffermarsi su alcune questioni più generali che dalla stessa ordinanza discendono.

---

<sup>69</sup> Non va dimenticato che, nell'ottica della Corte di giustizia, i giudici nazionali sono sempre anche “giudici di diritto comune dell'Unione” (v. soprattutto la ricostruzione di siffatto ruolo nella sentenza del 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e Bonifaci c. Italia*, punto 32, e nella sentenza del 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal*, punti 21-24). Ciò va a rimarcare la concezione unitaria dei due ordinamenti (interno e sovranazionale) che il giudice di Lussemburgo ha sempre sostenuto e che assegna estrema rilevanza al giudice nazionale nell'assicurare piena e uniforme applicazione a *tutto* l'ordinamento cui egli fa riferimento: ivi comprese, quindi, le norme di diritto dell'Unione europea. V. sul punto C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, 27 gennaio 2021, pp. 21-23; R. BARATTA, *op. cit.*, 26 gennaio 2021, pp. 171-172; M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 13.

<sup>70</sup> Cfr. quanto afferma, in modo più che condivisibile, R. BARATTA, *op. cit.*, 26 gennaio 2021, pp. 171-172. Si esprime in senso critico sulla questione anche C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, 27 gennaio 2021, p. 27.

In tal senso, va anticipato innanzitutto che – a prescindere da un giudizio di valore circa l’opportunità del coinvolgimento del giudice di Lussemburgo nel caso di specie – all’ordinanza interlocutoria in esame deve essere certamente riconosciuto il merito di aver riportato alla luce temi e problematiche particolarmente rilevanti e risalenti nel nostro ordinamento. Siffatte criticità emergono, rispettivamente, dalla prima e dalla seconda questione pregiudiziale e riguardano, come accennato, da un lato, l’annosa questione relativa all’ampiezza del sindacato della Corte di Cassazione in sede di ricorso per motivi di giurisdizione ai sensi dell’art. 111, ottavo comma, Cost.; dall’altro lato, le concrete modalità per vigilare sull’effettività dell’obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale di ultima istanza ai sensi dell’art. 267, comma 3, TFUE.

Si tratta di problemi, si chiarisce fin da ora, la cui esistenza non può e non deve certamente essere negata né tantomeno sottovalutata, ma che – ad avviso di chi scrive – non richiedevano ai fini della loro soluzione la necessità di sollecitare l’intervento della Corte di giustizia.

Quanto alla prima questione, come già brevemente accennato (*supra*, § 4), il tema della violazione del diritto dell’Unione appare, in tale contesto, essere stato utilizzato in maniera “pretestuosa” dalla Corte di cassazione, al fine ultimo di porre in risalto la diversa, seppur rilevante, problematica attinente all’interpretazione della nozione di “motivi inerenti alla giurisdizione” di cui all’art. 111, ottavo comma, Cost. Tale norma, fin dall’entrata in vigore del testo costituzionale, ha innegabilmente destato più di qualche perplessità tra gli interpreti già per la sua formulazione<sup>71</sup>; perplessità che sono andate ulteriormente accentuandosi con la riforma dell’articolo realizzata nel 1999<sup>72</sup> che ha introdotto, al primo comma, la previsione per cui “la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge” e che, pertanto, considerata la rinnovata rilevanza che in tal modo assume l’intera norma, avrebbe probabilmente meritato il ricorso ad una più puntuale attività interpretativa (oltre che, prima ancora, evidentemente, una formulazione meno idonea a far sorgere problematiche interpretative di sorta).

Quello relativo all’interpretazione dei “motivi inerenti alla giurisdizione” e della conseguente ampiezza del sindacato della Corte di cassazione sulle sentenze del giudice amministrativo (e contabile), costituisce un problema fondamentale tutt’oggi permanente e che, come sottolinea parte della dottrina amministrativista, impone oggi di riflettere in modo nuovo tanto sul tema del

---

<sup>71</sup> Sul punto cfr. F. FRANCIARI, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustiziainsieme.it*, 11 novembre 2020.

<sup>72</sup> L. cost. 23 novembre 1999, n. 2.

riparto di giurisdizione quanto, eventualmente, anche sull’opportunità di mantenere di una giurisdizione speciale nel nostro ordinamento; siffatta dottrina, difatti, ritiene superabile la ripartizione tra giudice amministrativo e ordinario perché ritenuta non più rispondente ad esigenze attuali<sup>73</sup>. In ogni caso, una simile problematica – che richiede certamente una rapida ed efficace soluzione, viste le diverse criticità che dalla stessa inevitabilmente, sempre più spesso, si originano – va superata utilizzando forme opportune e corrette, anche – se del caso – con una procedura di revisione costituzionale, ma non attraverso un’interpretazione evolutiva dell’art. 111, ottavo comma, Cost., né, tantomeno, richiedendo l’intervento della Corte di giustizia su questioni che rischiano concretamente di esulare dall’ambito di competenza che le è attribuito.

A sostegno della non necessità dell’ausilio del giudice del Kirchberg militano poi ulteriori considerazioni. Gran parte della dottrina amministrativista ha sostenuto che il rinvio pregiudiziale avrebbe potuto essere agevolmente evitato dalla Suprema Corte, in considerazione del fatto che la stessa avrebbe potuto pronunciarsi sull’impugnata sentenza del Consiglio di Stato facendo ricorso alla classica categoria del cosiddetto rifiuto di giurisdizione<sup>74</sup>; categoria, questa, che avrebbe evitato di dover ricorrere a nuove interpretazioni di norme costituzionali e avrebbe altresì consentito di statuire in conformità alle norme dell’Unione europea come interpretate dalla Corte di giustizia che – si ricorda – è rivolta ad accordare tutela a chi abbia o abbia avuto interesse a ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto e lamenti l’impossibilità, per l’amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un’offerta regolare<sup>75</sup>. Altri, nella stessa direzione, ma ipotizzando soluzioni diverse, hanno sostenuto che la Cassazione avrebbe potuto (*rectius*, dovuto) pronunciarsi disapplicando l’interpretazione dell’art. 111, ottavo comma, Cost. fornita dalla Consulta nella sentenza 6/2018, in quanto in contrasto – per i motivi di cui sopra – con il diritto dell’Unione europea<sup>76</sup>. Anche alla luce di tali considerazioni appare discutibile, ad avviso di chi

---

<sup>73</sup> Cfr. A. TRAVI, intervento al convegno *Motivi di giurisdizione e pregiudiziale comunitaria (atti del convegno di RomaTre del 6 11 2020)*, Università Roma Tre, 6 novembre 2020, disponibile a questo indirizzo internet; sul punto anche R. BIN, *cit.*, 18 novembre 2020, p. 9.

<sup>74</sup> Sul tema dei motivi di “cassazione” delle pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti previsto dall’art. 111, ottavo comma, Cost. cfr., per tutti, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1973.

<sup>75</sup> 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. 103 ss.; M. A. SANDULLI, *cit.*, 30 novembre 2020, p. 23.

<sup>76</sup> Così G. TESAURO, *cit.*, 16 dicembre 2020, p. 248.



scrive, la scelta delle Sezioni Unite rispetto dell'opportunità (e, ancor prima, della necessità) di effettuare il rinvio pregiudiziale in esame.

La decisione della Cassazione risulta poi – *a fortiori* – ancor meno condivisibile nel momento in cui si riflette in merito alle eventuali più ampie conseguenze che potrebbero prodursi nel caso in cui la Corte di giustizia decidesse di pronunciarsi in senso favorevole ai rilievi della Suprema Corte. Qualora, infatti – ritenuta innanzitutto ricevibile la domanda pregiudiziale – i giudici di Lussemburgo dovessero decidere di orientarsi in tal senso, sorge spontaneo domandarsi se, eventualmente, potrebbe aprirsi uno spiraglio per una nuova stagione di controlimiti, nel momento in cui la questione dovesse in futuro ritornare al vaglio del giudice delle leggi. La soluzione a tale interrogativo va ricercata nella possibilità, o meno, di considerare il menzionato assetto pluralistico delle giurisdizioni come principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale. Un simile scenario non pare di difficile concretizzazione; non sarebbe infatti inverosimile immaginare che i giudici della Consulta, nuovamente investiti di una questione di legittimità costituzionale, possano concludere di essere in presenza di un controlimite, anche, e soprattutto, alla luce di quanto già stabilito nella menzionata sentenza n. 6/2018 (*supra*, § 2)<sup>77</sup>.

Quanto invece alla seconda questione pregiudiziale, si ribadisce, sulla base delle argomentazioni già esposte (*supra*, § 4), che la disposizione di cui all'art. 267, comma 3, TFUE ben potrebbe essere considerata quale norma che, *latu sensu*, disciplina il riparto di giurisdizione e – di conseguenza – l'omissione del rinvio pregiudiziale potrebbe essere qualificata quale violazione della giurisdizione della Corte di giustizia. Così considerato e qualificato l'art. 267, comma 3, TFUE, la Corte di Cassazione avrebbe legittimamente potuto, nel caso di specie, pronunciarsi sul punto, reinvestendo il Consiglio di Stato dell'obbligo di effettuare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi delle disposizioni del Trattato; pertanto, anche in relazione a ciò che concerne la seconda questione, ad avviso di chi scrive, mancano in concreto i profili di necessità del rinvio<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> In tal senso si esprime P. L. TOMAIUOLI, *cit.*, 11 dicembre 2020, p. 692, che afferma: “la citata norma costituzionale – della cui compatibilità con il diritto dell'Unione l'ordinanza di rinvio pregiudiziale dubita – è dunque norma *fondante e fondamentale* nel sistema italiano, perché “regola i confini e l'assetto complessivo dei plessi giurisdizionali” (sentenza n. 6 del 2018) chiamati a somministrare la giustizia ai cittadini: essa, cioè, caratterizza l'*identità nazionale* insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE)”.

<sup>78</sup> È opportuno segnalare che la questione relativa al tema della giurisdizione violata dal mancato rinvio pregiudiziale non si è posta oggi per la prima volta nel nostro ordinamento ma era già emersa nella giurisprudenza italiana a partire dal 1984 (cfr. Sentenza della Corte Cass., SS. UU., 25 maggio 1984, n. 3223) e la Cassazione lo aveva risolto già allora negativamente,

Ciò premesso, il secondo quesito che la Cassazione sottopone all’attenzione della Corte di giustizia pone in luce un’ulteriore rilevante criticità esistente nel nostro ordinamento, che riguarda la mancanza di un rimedio specifico per garantire l’obbligatorietà del rinvio pregiudiziale<sup>79</sup>.

A partire dalla vicenda in esame, in primo luogo, pare infatti necessaria l’introduzione di un rimedio *ad hoc* che permetta di superare le perplessità sollevate in dottrina circa lo strumento da utilizzare quando a violare l’obbligo di rinvio pregiudiziale sia la stessa Cassazione nella veste di giudice di ultima istanza<sup>80</sup>. È necessario, dunque, un rimedio che consenta di andare oltre la qualificazione dell’art. 267, comma 3, TFUE quale norma sulla giurisdizione e che eviti, altresì, il ricorso a nuove ed elastiche interpretazioni di norme costituzionali quali l’art. 111, ottavo comma, della Costituzione.

In secondo luogo, dall’ordinanza delle Sezioni Unite in esame appare opportuna la previsione di uno strumento che possa intervenire in maniera tempestiva a favore del singolo danneggiato dalla violazione dell’obbligo di rinvio, a differenza di quanto invece accade con i già esistenti rimedi della

---

escludendo la denunciabilità mediante ricorso per cassazione «per motivi inerenti alla giurisdizione» dell’omissione del rinvio pregiudiziale obbligatorio da parte del Consiglio di Stato «atteso che la relativa questione non pone in discussione la giurisdizione del Consiglio di Stato medesimo, ma l’inosservanza di una regola processuale, sul presupposto della sussistenza di tale giurisdizione». Paiono questi essere motivi sostanzialmente analoghi a quelli utilizzati dalla Corte costituzionale nella sentenza 6/2018 e che sono stati poi ulteriormente sviluppati nella recente ordinanza delle SS.UU. del 20 ottobre 2020 (ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 20 ottobre 2020, n. 228119, che ha negato che ci fosse violazione della giurisdizione da parte del Consiglio di Stato che non effettuava rinvio pregiudiziale).

<sup>79</sup> Per un approfondimento sul tema della violazione dell’obbligo di rinvio cfr. C. FASONE, *Violazione dell’obbligo di rinvio pregiudiziale e ricorso per inadempimento: verso un sistema di giustizia costituzionale “composito” nell’Unione? (Prime riflessioni a partire dalla sentenza Commissione c. Francia, C-416/17)*, in *Diritti Comparati*, 3 dicembre 2018; F. PANI, *L’obbligo (flessibile) di rinvio pregiudiziale e i possibili fattori di un suo irrigidimento. Riflessioni in margine alla sentenza Association France Nature Environnement*, in *European Papers*, 29 marzo 2017; G. ZAMPETTI, *Rinvio pregiudiziale di interpretazione obbligatorio e giudice amministrativo: natura giuridica, portata dell’obbligo ex art. 267, par. 3, Tfu 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 *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2014.

<sup>80</sup> In sintesi: chi controllerebbe il controllore? Sul punto cfr. 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*, 2021, p. 217; cfr., anche, L. DANIELE, intervento al convegno *La “querelle” sulla definizione dei “motivi inerenti alla giurisdizione” ai sensi dell’art. 111, comma 8, cost. davanti alla Corte UE (sull’ordinanza Cass., S.U. n. 18592/2020)*, Università degli Studi di Roma Tor Vergata, 18 novembre 2020.

responsabilità extracontrattuale dello Stato per violazione del diritto dell'Unione e della procedura di infrazione (di cui si dirà meglio *infra*, § 6) che, ponendosi come “indiretti e succedanei”, presentano evidenti mancanze in termini di efficacia della tutela<sup>81</sup>.

Come sottolineato da autorevole dottrina<sup>82</sup>, in ordinamenti di altri Stati membri sono già previsti sistemi specifici che consentono di garantire ai singoli una tutela tempestiva in caso di violazione dell'obbligo di effettuare rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale di ultima istanza.

In particolare, un esempio rilevante in tal senso è quello proveniente dall'ordinamento tedesco. Nel 1986 la Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*) pronunciava una sentenza<sup>83</sup> fondamentale sul tema della violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, recepita subito dopo dal parlamento tedesco con l'elaborazione di uno specifico istituto processuale. Nel caso di specie, il giudice costituzionale tedesco era giunto, in tale contesto, per la prima volta, a qualificare la Corte di giustizia – in quanto chiamata ad assicurare l'uniformità del diritto dell'Unione – quale giudice naturale precostituito per legge ai sensi dell'art. 101, comma 1, periodo 2, LF<sup>84</sup>. In conseguenza a tale rivoluzionaria qualificazione, il *Bundesverfassungsgericht* aveva ritenuto che la violazione dell'obbligo di rinvio potesse comportare l'ammissione della *Verfassungsbeschwerde* (di una contestazione costituzionale) per lamentare la violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte della giurisdizione di ultima istanza<sup>85</sup>.

Una soluzione simile esiste anche nell'ordinamento spagnolo, nel quale – in casi limitati e ben circoscritti – può essere azionato il *Recurso de amparo* di fronte al *Tribunal Constitucional*, con riferimento al diritto fondamentale

<sup>81</sup> Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, n. 19598, *cit.*, punto 31.

<sup>82</sup> Cfr. E. CANNIZZARO, intervento al convegno *Motivi di giurisdizione e pregiudiziale comunitaria (atti del convegno di RomaTre del 6 11 2020)*, Università Roma Tre, 6 novembre 2020, disponibile a questo indirizzo internet.

<sup>83</sup> Cfr. BVerfGE 73, 399 (366 ss.), 22 ottobre 1986.

<sup>84</sup> Per un approfondimento sul punto cfr. P. PASSAGLIA, *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, aprile 2010, disponibile a questo indirizzo internet.

<sup>85</sup> La contestazione costituzionale è ammessa in presenza di determinate e specifiche circostanze. Sul punto G. ZAMPETTI, *cit.*, 2014, che afferma: “i parametri individuati dal *Bundesverfassungsgericht* con riferimento al sindacato sulla mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale sono piuttosto rigorosi e permettono di configurare la violazione del principio costituzionale in oggetto soltanto laddove la decisione del giudice che omette di effettuare il rinvio pregiudiziale si riveli incomprensibile da un punto di vista “esteriore” e manifestamente insostenibile e inspiegabile sia la correlata interpretazione del diritto dell'Unione”; cfr. anche E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, 2012, p. 356 ss.

ad una tutela giurisdizionale effettiva<sup>86</sup> e nell’ordinamento austriaco, dove il giudice costituzionale ha affermato che l’ingiustificata omissione del rinvio pregiudiziale può, in determinate circostanze, costituire una violazione del diritto al giudice legale e legittimo, pertanto, la proposizione di una questione di costituzionalità.

Tutto ciò premesso, in conclusione, come appare evidente dalla rilevanza nazionale che le problematiche evidenziate assumono, qualsiasi soluzione volesse essere prospettata, dovrebbe necessariamente essere individuata all’interno del nostro ordinamento, auspicabilmente tramite un intervento deciso del legislatore (anche, eventualmente, costituente) e non certamente scomodando il giudice di Lussemburgo.

6. La vicenda in esame è emblematica di come, pur gravando su ogni Stato membro l’obbligo di garantire l’efficacia del diritto dell’Unione, adempiere a tale precetto risulti talvolta molto difficoltoso, soprattutto nel momento in cui il sistema giurisdizionale in questione riveli alcune difficoltà, in concreto, a fornire uno strumento pienamente idoneo a “rimediare” a un’eventuale violazione del diritto “comunitario”, così che quest’ultima sembri indebolirne la piena efficacia. Prescindendo in questa sede da valutazioni di merito circa la sussistenza o meno di una tale violazione, è indubbio che la Corte di cassazione abbia concepito l’interpretazione cosiddetta “evolutiva” del concetto di giurisdizione proprio quale argine a quelle situazioni in cui, per suo stesso dire, “il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo ed efficace, [avrebbe esplicato] i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, con grave nocimento per l’ordinamento europeo e nazionale”<sup>87</sup>. In altre parole, secondo la Suprema Corte, in assenza di rimedi fisiologici del sistema, qualora sia in ultimo il Consiglio di Stato a porre in essere una violazione del diritto dell’Unione, non sarebbe possibile, “se non in via indiretta e succedanea”<sup>88</sup>, evitare il consolidarsi dei suoi effetti, salvo non ricorrere all’interpretazione evolutiva non appena richiamata.

In effetti, posta una tale situazione, gli unici rimedi in grado di poter ovviare all’intervenuta violazione del diritto “comunitario” parrebbero essere l’azione di responsabilità dello Stato (per fatto del suo giudice) per violazione del diritto dell’Unione, da un lato, e la procedura d’infrazione *ex* articoli 258

---

<sup>86</sup> Cfr. M. CONTIERI, *Il ricorso de amparo come strumento di controllo indiretto sulla corretta applicazione del diritto dell’Unione europea*, in *federalismi.it*, 19 febbraio 2020.

<sup>87</sup> Ordinanza della Corte Cass. SS. UU., 18 settembre 2020, *cit.*, punto 27.

<sup>88</sup> *Ivi* punto 31.

e 259 TFUE, dall'altro lato<sup>89</sup>. Se entrambi sono senza dubbio rimedi “indiretti e succedanei”, si deve sin da subito notare, tuttavia, come i due siano differenti sotto vari profili, in particolare per natura, presupposti e conseguenze<sup>90</sup>. Solo l'azione di risarcimento del danno, in quanto inerente il profilo “privatistico” della responsabilità dello Stato membro nei confronti dei singoli, è esperibile a opera di questi ultimi, nonché in grado di venire incontro alle esigenze dei medesimi, qualora si siano visti danneggiati da un violazione del diritto “comunitario”<sup>91</sup>. Tale azione ha, infatti, quale finalità principale quella di assistere il privato che ritiene di essere stato leso e, solo in via secondaria e residuale, quella di fungere da “deterrente” a ulteriori violazioni del diritto dell'Unione da parte dello Stato membro<sup>92</sup>. Pur non comportando alcun genere di tutela reale, l'azione di risarcimento potrebbe perfino essere più vantaggiosa per i privati, in termini di *chances* di successo, rispetto al ricorso per motivi di giurisdizione *ex art. 111*, ottavo comma, Cost.: in effetti, la prima avrebbe il pregio di permettere al singolo danneggiato di confrontarsi con un nuovo giudice, del tutto estraneo al contesto conflittuale che si creerebbe (e si è spesso creato) dinanzi alla Corte di cassazione; inoltre, ciò significherebbe poter intraprendere *ex novo* l'intero *iter* giudiziario, così che il singolo avrebbe a disposizione tutti i gradi di giudizio per ottenere il riconoscimento della violazione del diritto dell'Unione e il conseguente risarcimento dei danni nei suoi confronti, non rimettendo le sue ultime speranze unicamente nelle mani

---

<sup>89</sup> Un ulteriore rimedio potrebbe essere quello del ricorso individuale alla Corte europea dei diritti dell'uomo *ex art. 34 CEDU*, in particolare, per violazione del diritto a un equo processo. Se è vero che questo ricorso potrebbe supplire alla mancanza di tutela nei confronti del singolo, si deve anche considerare la sua collocazione esterna rispetto al sistema dell'Unione: per tale motivo, pur dando conto della sua esistenza nel panorama giurisdizionale, non verrà preso in considerazione ai fini del presente contributo.

<sup>90</sup> Sul rapporto tra i due strumenti di tutela cfr. *inter alia* A. DI MARCO, *La responsabilità extracontrattuale dello Stato per violazioni del diritto dell'Ue*, Napoli, 2017; F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008; G. DI FEDERICO, *Risarcimento del singolo per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali: il cerchio si chiude?*, in *Riv. dir. intern. priv. e proc.*, 2004, p. 133 ss.

<sup>91</sup> È ormai pacifico il diritto del singolo a ottenere il risarcimento del danno anche qualora la violazione del diritto dell'Unione sia imputabile a una giurisdizione suprema di uno Stato membro, sul punto cfr. sentenza del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*.

<sup>92</sup> Una limitata funzione deterrente dell'azione di risarcimento del danno si potrebbe individuare nel momento in cui si considera che quest'ultima rappresenta, ad ogni modo, una reazione più immediata e diretta alle violazioni del diritto “comunitario” rispetto al sistema sanzionatorio della procedura d'infrazione. Tale procedura prevede infatti un *iter* piuttosto lungo, spesso condizionato da opportunità politiche e, sempre, caratterizzato da una marcata discrezionalità nell'agire da parte della Commissione.

della Suprema Corte<sup>93</sup>. D'altra parte, com'è evidente, una pronuncia sfavorevole da parte di quest'ultima non impedirebbe al privato di intraprendere, successivamente, la via dell'azione di risarcimento, il quale, per contro, prevede requisiti molto stringenti al fine del suo riconoscimento (*in primis* la violazione del diritto dell'Unione deve essere sufficientemente caratterizzata, ovvero “grave e manifesta”), circostanza che spesso ne ha disincentivato la proposizione.

D'altro canto, è indubbio che, ai fini della garanzia dell'efficacia del diritto dell'Unione in termini di coerenza dell'ordinamento nazionale con il sistema “comunitario” e di ripristino della legalità del medesimo, la procedura di infrazione appare lo strumento più idoneo. Quest'ultima, tuttavia, è caratterizzata da un approccio più “internazionalistico”, nonché “pubblicistico-sanzionatorio”: essa si fonda infatti, essenzialmente, sull'accertamento dell'inadempimento al diritto dell'Unione da parte dello Stato membro, prescindendo invece dall'esistenza di un qualsiasi danno da ciò derivante; la sua attivazione è, inoltre, essenzialmente rimessa alla discrezionalità della Commissione (o, tutt'al più, a quella degli Stati membri), senza che i singoli soggetti danneggiati possano in alcun modo figurare tra i legittimati attivi<sup>94</sup>. Per di più, anche nel caso in cui la Commissione decidesse di avviare una tale procedura, tramite la quale venisse accertata la violazione del diritto dell'Unione da parte dello Stato membro (per fatto del giudice), essa non recherebbe alcun beneficio diretto al singolo danneggiato, se non quello di fornire, nel caso in cui intervenga entro il termine di prescrizione, una solida base ai fini dell'azione di risarcimento del danno sopra citata, risultando di fatto già provata la menzionata condizione della violazione “grave e manifesta” (notoriamente la più complessa da dimostrare)<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Sul punto cfr. G. TESAURO, *cit.*, 16 dicembre 2020, p. 248, il quale afferma che, ad ogni modo, “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”.

<sup>94</sup> I singoli, anche qualora non abbiano subito direttamente un pregiudizio, se ritengano sussistente una violazione del diritto dell'Unione da parte di uno Stato membro, possono tutt'al più indirizzare un esposto alla Commissione, con il quale richiedono a quest'ultima l'avvio della procedura d'infrazione. Tale esposto viene effettuato tramite la compilazione di un “modulo di denuncia”, predisposto dalla Commissione e disponibile a questo indirizzo internet. Sull'assenza del requisito del danno in capo ai singoli ai fini del reclamo cfr. sentenza del 22 aprile 2010, causa C-423/07, *Commissione c. Spagna*.

<sup>95</sup> Il risarcimento del danno non è mai subordinato a una previa constatazione da parte della Corte di giustizia dell'inadempimento dello Stato membro; nel caso in cui intervenisse una

Così descritti, entrambi i rimedi presentati parrebbero essere effettivamente insoddisfacenti.

In realtà, tuttavia, al di là delle possibilità “indirette e succedanee” non appena enunciate, esiste un apposito strumento all’interno del sistema dell’Unione, atto a intervenire preliminarmente, ovvero prima e proprio allo scopo di evitare che la violazione del diritto “comunitario” venga effettivamente posta in essere (anche) da parte del giudice, così da garantire sia la piena efficacia del diritto dell’Unione, sia la tutela dei singoli soggetti che si sono con esso interfacciati<sup>96</sup>. Come noto, lo strumento in questione è il rinvio pregiudiziale di interpretazione. Il nocciolo dell’intera discussione può essere ricondotto, pertanto, proprio alla circostanza in cui il giudice di ultima istanza, come nel caso in esame, abbia deciso di non rinviare alla Corte di giustizia, così da vanificare la possibile utilità di tale meccanismo. Sempre astruendo da considerazioni di merito sulla vicenda, l’eventualità che il Consiglio di Stato possa aver violato il diritto “comunitario”, pronunciandosi nel senso di escludere la legittimazione ad agire dei ricorrenti di primo grado, deve essere in conclusione ricondotta all’eventualità che il Consiglio di Stato possa aver violato il medesimo diritto non effettuando un rinvio interpretativo alla Corte di giustizia. Tale rinvio gli avrebbe consentito infatti di “agire d’anticipo”, assicurandosi di applicare correttamente il diritto dell’Unione e, in questo modo, evitando che se ne perpetrasse una violazione.

D’altra parte, il rinvio pregiudiziale è anch’esso uno strumento che esula dalla disponibilità dei privati, la cui operatività è, in fin dei conti, rimessa alla discrezionalità del giudice nazionale<sup>97</sup>: oltre alla nota giurisprudenza *CILFIT*<sup>98</sup>, infatti, altri sono gli *escamotages* con i quali il giudice potrebbe “temperare” il suo obbligo di rinvio, così da decidere di per sé la risoluzione della controversia. Alcune di queste si rifanno alla stessa interpretazione dell’art. 267 TFUE (in particolare, alla definizione di “organo giurisdizionale” o di “questione pregiudiziale” ai fini del rinvio pregiudiziale); altre si fondano su una strumentalizzazione del principio di sovranità dello Stato membro, perlomeno per quanto concerne il “rispetto dei principi fondamentali

---

sentenza della Corte in sede di infrazione, tuttavia, ciò sarebbe utile al ricorrente per dimostrare l’esistenza dei presupposti per condannare lo Stato responsabile al risarcimento dei danni. In tal senso cfr. sentenza del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler, cit.*, punto 56, in cui si afferma che “una violazione del diritto comunitario è sufficientemente caratterizzata allorché la decisione di cui trattasi [ovvero, la decisione dell’organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado che si sostiene aver violato il diritto dell’Unione] è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in [...] materia”.

<sup>96</sup> Sul punto cfr. G. GRECO, *cit.*, 2020, p. 81.

<sup>97</sup> G. ZAMPETTI, *cit.*, 2014, p. 6.

<sup>98</sup> Sentenza del 6 ottobre 1982, causa C-283/81, *CILFIT c. Ministero della Sanità*.

dell’[.]ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana” (cd. “teoria dei controlimiti”)<sup>99</sup>; altre ancora, invece, approfittano del disordine che, ancor oggi, sembra sussistere in merito alla definizione dei rapporti tra ordinamento “comunitario” e ordinamento nazionale. In particolare – come anche già notato *supra*, § 4, in relazione al caso di specie – queste ultime traggono le loro ragioni dalla spesso labile linea di confine tra competenze dell’Unione e competenze dello Stato membro (il rinvio pregiudiziale opera infatti solo nelle materia di competenze dell’Unione) e dall’incertezza nell’individuazione del giudice a cui rivolgersi nel caso in cui venga in rilievo l’eventuale violazione dei diritti fondamentali (problema della cosiddetta “doppia pregiudiziale”), la quale, astrattamente, legittimerebbe una sorta di *forum shopping* del giudice *a quo*, che si troverebbe nelle condizioni di poter scegliere a quale giudice apicale, tra Corte di giustizia e Corte costituzionale, volersi rivolgere. D’altronde, come affermato nel paragrafo precedente, non esiste un rimedio *ad hoc* all’interno del nostro ordinamento nazionale per verificare, ed eventualmente sanzionare, l’operato del giudice di ultima istanza in tema di rinvio pregiudiziale, il cui obbligo rimane pertanto essenzialmente formale<sup>100</sup>. In effetti, tale operato potrà dare adito tutt’al più, e come ricordato, ad una procedura *ex art. 258 TFUE* da parte della Commissione – come per altro avvenuto nel caso *Commissione c. Francia*<sup>101</sup> – o a un’azione di risarcimento del danno, rimedi rispetto ai quali si ripropongono, tuttavia, le considerazioni poc’anzi svolte in tema di idoneità in termini di garanzia dell’efficacia del diritto dell’Unione e di tutela dei singoli soggetti danneggiati.

Lo strumento del rinvio pregiudiziale, inoltre, proprio poiché consta in una procedura instaurata “da giudice a giudice”, senza parti e di natura non contenziosa, richiede la collaborazione fra Corti, non solo nella fase di dialogo ascendente, ma anche in quella discendente: in altri termini, affinché venga garantita l’efficacia del diritto dell’Unione, non è sufficiente che il giudice

---

<sup>99</sup> Corte Cost., sent. 27 dicembre 1973, n. 183, punto 9. Peraltro, com’è noto, il termine “controlimiti” è stato coniato per la prima volta, proprio agli inizi degli anni Settanta, da Paolo Barile, maestro costituzionalista fiorentino, per indicare le *limitazioni* (erette a tutela dei principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana) *alle limitazioni* di sovranità a cui lo Stato ha acconsentito *ex art. 11* della Costituzione.

<sup>100</sup> Sul punto cfr., anche, L. COUTRON (sous la direction de), *L’obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice: une obligation sanctionnée?*, Bruxelles, 2014.

<sup>101</sup> Sentenza del 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione c. Francia*. Ad ogni modo, non si può che osservare come tale eventualità rimanga del tutto marginale, considerando che tale caso è l’unico in cui la Corte di giustizia abbia mai sanzionato uno Stato membro per violazione dell’obbligo di rinvio.



nazionale effettui il rinvio alla Corte di Giustizia, ma è anche necessario che le sentenze pregiudiziali adottate da quest'ultima siano poi effettivamente rispettate da parte del giudice del rinvio. Diversamente, lo Stato membro incorrerebbe in una violazione del diritto "comunitario", nei confronti della quale, tuttavia, nel caso in cui quest'ultima venga posta in essere da un organo giurisdizionale di ultima istanza, saranno esperibili ancora una volta esclusivamente i rimedi succedanei precedentemente citati<sup>102</sup>.

In conclusione, ad avviso di chi scrive, non sembra potersi rinvenire alcuna soluzione pienamente soddisfacente. E ciò, soprattutto se si considera che, anche il rimedio alla violazione del diritto dell'Unione introdotto dalla Corte di cassazione tramite l'estensione della nozione di "motivi inerenti alla giurisdizione" pare fallace, dimostrando la sua vulnerabilità nel momento stesso in cui dovesse essere la medesima Corte Suprema, non solo il Consiglio di Stato, a operare in contrasto con il diritto "comunitario" e a non effettuare alcun rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia<sup>103</sup>, riemergendo pertanto i già espressi dubbi sul quesito circa "chi controlla il controllore".

Alla luce dell'intera vicenda e di quanto argomentato nel presente contributo, non rimane che constatare che la violazione del diritto dell'Unione deve essere considerata come un'evenienza (purtroppo) possibile. Per far fronte a tale eventualità ogni ordinamento nazionale, come anche quello italiano, appresta determinati rimedi processuali, esauriti i quali, al singolo non può che rimanere la sola tutela "succedanea e indiretta", ovvero la via dell'azione risarcitoria.

---

<sup>102</sup> Nel presente contesto s'inserisce la recente ordinanza del Consiglio di Stato, sez. VI, 18 marzo 2021, n. 2327, con cui quest'ultimo rinvia pregiudizialmente alla Corte di giustizia chiedendo, alla lett. c) del quesito, se il diritto dell'Unione osti o meno ad un sistema, come quello nazionale italiano, che "non consente di usare il rimedio del ricorso per revocazione per impugnare sentenze del Consiglio di Stato confliggenti con sentenze della Corte di Giustizia, ed in particolare con i principi di diritto affermati dalla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale". La vicenda che ha dato origine a tale ordinanza verte, infatti, proprio sul supposto mancato rispetto da parte del giudice del rinvio, nel caso in esame il Consiglio di Stato, di quanto affermato nel giudizio di rinvio da parte del giudice "comunitario": ampliare la portata del rimedio della revocazione significherebbe, in effetti, evitare il consolidamento della violazione di diritto dell'Unione, offrendo ai singoli un ulteriore strumento per ottenere una tutela effettiva delle proprie posizioni giuridiche, non invece meramente succedanea e risarcitoria.

<sup>103</sup> Sul punto, v. *supra*, § 5.

## ABSTRACT

*Il rinvio pregiudiziale nel “caso Randstad”: riflessioni critiche sul fragile primato del diritto dell’Unione europea*

Nell’ordinamento dell’Unione europea, il principio del primato del diritto “comunitario” è oggetto di una costante opera di ridefinizione, aggiustamento e adattamento al caso concreto, nell’ambito del fitto dialogo tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali. L’ordinanza 2020/19598 della Corte di cassazione ha rappresentato un episodio dirompente di questo dialogo che, almeno in questa fattispecie, ha coinvolto tutti i massimi giudici del nostro ordinamento: la stessa Corte di cassazione, il Consiglio di Stato e la Corte Costituzionale. Tale ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia si pone come (temporaneo) punto d’arrivo di una lunga diatriba sui limiti del controllo giurisdizionale che la Corte di cassazione può legittimamente esercitare sulle pronunce del massimo giudice amministrativo, a norma dell’art. 111, ottavo comma, della Costituzione. Proprio nel cercare di espandere questi limiti, le Sezioni Unite hanno riferito ai giudici di Lussemburgo una complessa controversia in materia di appalti, il cui fulcro è rappresentato da una prassi (invalsa da lungo tempo e da altrettanto lungo tempo contestata) del Consiglio di Stato relativa all’ordine di esame dei ricorsi principale e incidentale. Siffatto rinvio pregiudiziale pone la Corte di giustizia nella scomoda situazione di dover assicurare il rispetto del primato del diritto dell’Unione, rischiando però di intromettersi in una questione - quella dei limiti di giurisdizione - tutta interna all’ordinamento italiano. Il presente lavoro propone una ricostruzione attenta e puntuale delle vicende pregresse al c.d. caso *Randstad*, per poi volgersi a un esame critico dell’ordinanza di rinvio della Corte di cassazione e delle conseguenze che questa potrebbe produrre dal punto di vista dell’Unione europea. L’occasione consente, infatti, di avanzare alcune considerazioni sulle difficoltà, ormai piuttosto frequenti, che il giudice di Lussemburgo incontra nell’assicurare la preminenza del diritto “comunitario” di fronte ad attori nazionali dotati, talvolta, di scarsa sensibilità per il coordinamento tra ordinamento interno e ordinamento dell’Unione.

*The Preliminary Reference Within the “Randstad Case”: Some Questioning Considerations on the Insecure Primacy of European Union Law*

In the European Union system, the principle of primacy of EU law is constantly crafted through restless redefinition, adjustment and adaptation to the single case, within a dense dialogue between the European Court of justice and national judges. The order 2020/19598 of the Italian Court of Cassation has come as a groundbreaking episode in this dialogue, joined (at least this time) by all the highest judges of the Italian system: the Court of Cassation itself, the State Council and the Constitutional Court. This order of preliminary reference to the ECJ shows itself as a (temporary) fixed point in a long-lasting controversy about the limits of the judicial control exerted by the Court of Cassation over the decisions of the State Council, by means of article 111, para 8, of the Italian Constitution. In its attempt to partially overcome these limits, the Court of Cassation has referred to the Luxembourg judges a complex contract case, mainly leaning on a (as well established as disputed) practice of the State Council in the examination of both the principal and the incidental appeals. This kind of a preliminary reference puts the ECJ in the quite difficult position where it is expected to ensure the primacy of EU law, while risking (in doing so) an intrusion in all internal controversy over the jurisdictional limits. This article offers a complete reconstruction of the events that led to the so-called “*Randstad case*”, aiming at a questioning analysis of the order of the Court of Cassation and of the consequences that it might produce in the European Union system. The Authors believe this is an opportunity to advance some considerations over the issues met (more and more frequently) by the ECJ in its duty to ensure the primacy of EU law, with regard to national authorities who sometimes show to be quite poorly sensitive about the coordination between national and European systems.