GIUSTIZIA INSIEME

Europa e Corti Internazionali*

Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia

Violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?

di Bruno NascimbenePaolo Piva

24 novembre 2020

Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?[1]

di Bruno Nascimbene* e Paolo Piva**

Sommario: 1. Considerazioni introduttive – 2. Il rinvio per presunta "incompatibilità comunitaria": la questione all'origine e il diritto ad un ricorso effettivo in materia di appalti pubblici – 3. Il difetto di giurisdizione *ex* art. 111 Cost. con riferimento alle pronunce del Consiglio di Stato – 4. La sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e le sue conseguenze – 5. Autonomia procedurale, equivalenza ed effettività della tutela giurisdizionale – 6. L'obbligo di rinvio pregiudiziale e l'effettività della tutela. Il possibile rimedio "alla *Köbler*" - 7. Considerazioni conclusive e prospettive.

1. Considerazioni introduttive

Con ordinanza del 18 settembre 2020, n. 19598 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione chiedono alla Corte di giustizia di pronunciarsi su un tema cruciale di effettività e primato del diritto dell'Unione europea nel contesto del corretto dialogo fra Corti "superiori" nazionali e Corte di giustizia[2].

La problematica, peraltro, è stata ben illustrata da una recente pronuncia della Corte di giustizia, *Commissione c. Polonia*, C-619/18, che richiama non solo la necessità della coerenza fra ordinamenti nazionali e ordinamento dell'Unione, nonché il principio dello Stato di diritto, ma soprattutto lo stretto collegamento con il principio della tutela giurisdizionale, garantito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, oltre che dall'art. 6 CEDU: un "principio generale [...] che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri [...] sancito dagli articoli 6 e 13" della CEDU e "attualmente affermato dall'art. 47 della Carta"**[3]** .

Il primo dei tre quesiti dell'ordinanza si incentra su un tema su cui si erano a più riprese confrontate le supreme Corti italiane, con esito sino ad oggi per lo più negativo in termini di tutela del c.d. *droit au juge*, per usare un'espressione cara alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Vale la pena riprendere le parole delle Sezione Unite nel porre il quesito alla Corte di giustizia: "Se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, del TUE e 2, paragrafi 1 e 2, e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli articoli 111, ottavo comma, della Costituzione, 360, primo comma, n. 1, e 362, primo comma, del codice di procedura civile e 110 del codice del processo amministrativo – nella parte in cui tali disposizioni ammettono il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per «motivi inerenti alla giurisdizione» – quale si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione sotto il profilo del cosiddetto «difetto di potere giurisdizionale», non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea (nella specie. in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) nei quali gli Stati membri hanno rinunciato ad esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto, con l'effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere corrette tramite il predetto rimedio e di pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, in contrasto con l'esigenza che tale diritto riceva piena e sollecita attuazione da parte di ogni giudice, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione da parte della Corte di giustizia, tenuto conto dei limiti alla «autonomia procedurale» degli Stati membri nella conformazione degli istituti processuali"**[4]** .

Il primo quesito, come qui riprodotto, rappresenta icasticamente e realisticamente il *punctum dolens* di una prassi avallata in passato dalla stessa Corte di cassazione[5], oggi rafforzata da una pronuncia della Corte costituzionale, la n. 6 del 18 gennaio 2018[6], volta ad impedire -in omaggio al principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri[7]- l'impugnazione *ex* art. 111 Cost. delle decisioni del Consiglio di Stato confliggenti in modo grave e manifesto con il prevalente diritto dell'Unione europea, nella specie con pronunce della Corte di giustizia fondate sul principio della tutela giurisdizionale effettiva.

Si può sin d'ora osservare che, nonostante le Sezioni Unite segnalino una sorta di "*revirement* necessitato" della giurisprudenza di Cassazione in virtù dell'intervento del Giudice delle leggi (in particolare, la pronuncia Cass. S.U. del 29 dicembre 2017, n. 31226), a ben vedere, l'ammissibilità di azioni volte a contestare presunti straripamenti del giudice amministrativo in ragione di violazioni del diritto dell'Unione europea è sempre stato un fatto eccezionale, se non già un vero e proprio *hàpax legòmenon*, stante il richiamo, anche da parte della Cassazione, delle sole pronunce S.U. del 6 febbraio 2015, n. 2242 e n. 31226.

È invece vero che, almeno teoricamente, si potesse in precedenza ammettere che uno stravolgimento della norma in modo del tutto arbitrario da parte del giudice amministrativo di ultima istanza fosse possibile anche in riferimento a fattispecie aventi *causa petendi* comunitaria e non solo a fattispecie di "travisamento di norma interna". L'aspetto, come si osserverà, è significativo, rilevando immediatamente per il diritto dell'Unione che il giudice nazionale, nel tutelare le situazioni giuridiche soggettive azionate alla stregua di norme comunitarie, debba sempre rispettare, oltre che il principio dell'effettività, anche il connesso principio dell'equivalenza. Due principi, questi, strettamente connessi nella valutazione della Corte di giustizia[8].

Gli altri due quesiti, infine, si incentrano, il secondo[9] (par. 60 dell'ordinanza), sul dubbio relativo al se un'applicazione combinata degli artt. 4.3 TUE, 267 TFUE e 47 della Carta dei diritti fondamentali impongano alla Corte di nomofilachia il superamento della nozione restrittiva di difetto di giurisdizione quale ricavabile dalla pronuncia della Corte costituzionale, allorquando in particolare il Consiglio di Stato abbia omesso -quale giudice di ultima istanza- il rinvio nelle condizioni processuali così come illustrate in *CILFIT*[10] (cioè sussistenza di un dubbio interpretativo rilevante); il terzo, infine, sulla specifica fattispecie *sub judice*, ovvero sul dubbio che sia compatibile con il prevalente diritto dell'Unione la prassi interpretativa del Consiglio di Stato secondo cui il concorrente escluso da una gara d'appalto non sia legittimato ad impugnare l'aggiudicazione finale, alla stregua della linea giurisprudenziale della Corte in *Fastweb*[11]-

Puligienica[12]-*BTG*[13]-*Lombardi*[14].

In questa prima "delibazione", si può certamente affermare che il diritto dell'Unione è a favore di un'interpretazione che, pur nel rispetto del principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, garantisce una più effettiva tutela giurisdizionale. Tuttavia, se il diritto dell'Unione europea e la giurisprudenza della Corte non impongono sicuramente un "terzo grado di giudizio" (mancante, quanto meno *pleno jure*, rispetto alle pronunce del giudice amministrativo), non si può negare, come già anticipato, che l'ordinamento dell'Unione europea non tolleri prassi differenziate rispetto ad identiche o analoghe violazioni di legge, l'una per il diritto interno e l'altra per il diritto dell'Unione. Se si può, altrettanto ragionevolmente, ammettere che il diritto dell'Unione non imponga un intervento riparatore (nel caso di specie, dalla Corte della nomofilachia) in qualunque caso di violazione del diritto dell'Unione, non si può nemmeno negare che la violazione grave e manifesta del diritto dell'Unione -suscettibile di condanna al risarcimento del danno- possa e debba integrare il caso dello stravolgimento grave del diritto idoneo ad abilitare la parte al ricorso *ex* art. 111 Cost e/o art. 360, n. 1 c.p.c.

Da ultimo, il che rileva anche per il terzo quesito, si deve segnalare che l'aver omesso un rinvio in una fattispecie che palesemente lo imponeva integra una violazione grave e manifesta del diritto dell'Unione, in virtù della giurisprudenza *Köbler*[15]-*Traghetti del Mediterraneo*[16] e della legge sulla responsabilità dei magistrati (legge 117/88), così come novellata dalla legge 18/2015[17].

In altre parole, anche ammettendo che la pronuncia del Consiglio di Stato in punto di legittimazione non fosse del tutto distonica rispetto alla giurisprudenza (non sempre così lineare) della Corte, non c'è dubbio che il caso meritasse quanto meno una "rilettura" autorevole da parte della Corte stessa e, quindi, onerasse il massimo organo di giustizia amministrativa al rinvio *ex* art. 267, n. 3, TFUE.

2. Il rinvio per presunta "incompatibilità comunitaria": la questione all'origine e il diritto ad un ricorso effettivo in materia di appalti pubblici

La questione in concreto riproposta alla Corte di Cassazione in sede di ricorso *ex* art. 111 Cost. per difetto di giurisdizione riguardava la nota problematica di ricorsi incrociati, in sede giurisdizionale amministrativa, volti ciascuno -rispettivamente, ricorso principale ed incidentale-

a negare il diritto dell'altro candidato per le più diverse ragioni di partecipare alla gara, con la conseguenza che l'aggiudicazione, secondo la prassi avallata dalle pronunce dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 7 aprile 2011 e n. 9 del 25 febbraio 2014, rimarrebbe sostanzialmente priva di contestazione.

Secondo i giudici amministrativi, in effetti, vi sarebbe una sorta di poziorità logico-processuale nell'esame del ricorso incidentale che, se fondato, farebbe venir meno l'interesse alla decisione del ricorso principale, con la naturale conseguenza di lasciare inalterato il provvedimento amministrativo di aggiudicazione.

Questo tipo di situazione processuale (ovvero, ricorsi incrociati egualmente paralizzanti) è stato oggetto di plurimi interventi *ex* art. 267 TFUE dalla Corte di giustizia**[18]**.

In una prima causa austriaca, *Hackermüller*, piuttosto risalente e comunque precedente alla Direttiva 66/2007, in un contesto in cui un offerente aveva indicato il proprio nome violando il principio di segretezza dell'offerta, la Corte ha affermato che la prima Direttiva ricorsi (la n. 665/1989/CE, art. 1, n. 3) "non obbliga gli Stati membri a rendere dette procedure di ricorso accessibili a chiunque voglia ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico, ma che essa consente loro di esigere, inoltre, che la persona interessata sia stata o rischi di essere lesa dalla violazione da essa denunciata" **[19]**.

In sostanza, a fronte di un motivo di esclusione del candidato ma in assenza di una decisione in tal senso dell'autorità amministrativa in sede procedimentale, per la Corte non si può negare al candidato il diritto di impugnare, in una con la contestazione del motivo di esclusione (rilevato peraltro solo dall'organo di decisione in sede di ricorso amministrativo) anche la decisione di aggiudicazione a favore di altro candidato.

Si deve tuttavia osservare che un *obiter dictum* della Corte aveva lasciato un profilo irrisolto: " *non si può escludere che, al termine di tale procedura, l'autorità adita pervenga alla conclusione che detta offerta avrebbe dovuto effettivamente essere esclusa in via preliminare e che il ricorso dell'offerente debba essere respinto in quanto, tenuto conto di tale circostanza, egli non è stato o non rischia di essere leso dalla violazione da lui denunciata*"**[20]**.

Vi è da osservare poi che l'introduzione, da parte della II Direttiva ricorsi, della nozione di "offerente interessato" (art. 1, par. 3 novellato), ha dato alla Corte la possibilità di affinare il proprio punto di vista, osservando, nella nota pronuncia *Fastweb*, che "tale insegnamento è applicabile, in linea di principio, anche qualora l'eccezione di inammissibilità non sia sollevata d'ufficio dall'autorità investita del ricorso, ma in un ricorso incidentale proposto da una parte nel

procedimento di ricorso, come l'aggiudicatario regolarmente intervenuto nello stesso", con la conseguenza che, ove " l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla compatibilità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale"**[21]**.

Nel successivo caso *BTG*, la Corte ha avuto modo di distinguere la fattispecie in *Fastweb* (e nell'analoga *Puligienica*) dalla situazione procedurale in cui vi fossero solo due offerenti e il concorrente escluso dalla gara d'appalto con provvedimento divenuto definitivo ambisse, in qualche modo, a riazzerare la gara (c.d. interesse strumentale), contestando la decisione di aggiudicazione in favore del suo unico concorrente.

La Corte, valorizzando la nozione di "offerente interessato", e dunque di interesse ad agire dell'offerente, ha disconosciuto la *legitimatio ad causam* del concorrente escluso precisando che è consentito "a qualsiasi offerente escluso di impugnare non solo la decisione di esclusione, ma anche**, fino a quando tale impugnazione non è stata risolta**, le decisioni successive che la danneggerebbero se la sua esclusione fosse annullata" (grassetto aggiunto) **[22]**.

In *Lombardi* , più recentemente, la Corte di giustizia ha avuto modo di ribadire il proprio orientamento anche in una fattispecie caratterizzata dall'impugnativa del concorrente, risultato terzo nella gara d'appalto, che contesti la propria esclusione in vista ed in funzione dell'esclusione dell'aggiudicatario e del secondo in graduatoria, "in quanto non si può escludere che, anche se la sua offerta fosse giudicata irregolare, l'amministrazione aggiudicatrice sia indotta a constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare e proceda di conseguenza all'organizzazione di una nuova procedura di gara" **[23]** .

In quest'ultima pronuncia (val la pena sottolinearlo) la Corte interpreta l'art. 1, par. 1, terzo comma, e par. 3 della Direttiva n. 89/665/CEE, come modificata dalla Direttiva 2007/66/CE affermando che osta che un ricorso *eiusdem generis* "venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi"

[24].

E pur tuttavia, alcuna dottrina amministrativistica ha evidenziato che "profonda e irriducibile appare la contraddizione tra le sentenze *BTG* e *Archus*", nella misura in cui quest'ultima, surrettiziamente, "sulla scia di *Fastweb*, determina l'impropria soppressione, ai fini dell'accesso alle procedure di ricorso, della qualità di soggetto leso o che rischia di esserlo a causa dell'illegittimità denunciata (art. 1, par. 3, dir. 92/13/CEE), qualifica confermata dall'introduzione, con la dir. 2007/66/CE, della nozione normativa di «offerenti interessati»**[25]**.

A prescindere dal fatto che in *Archus* il requisito soggettivo non pare propriamente mancare**[26]**, il discrimine fra *BTG* e *Fastweb-Archus* sembra, piuttosto, rinvenibile nel carattere definitivo, o non, dell'esclusione, definitività per inoppugnabilità della decisione amministrativa e/o giurisdizionale.

Nel caso analizzato dal Consiglio di Stato, dunque, anche richiamando la pronuncia dell'Adunanza n. 4/2011, sembra potersi affermare che la ragione dell'esclusione (cioè il mancato superamento della soglia di sbarramento) non sia diversa da altre forme di esclusione. Secondo la Sezione, infatti, "per poter delibare la carenza di legittimazione, rileva ogni forma di estromissione dalla gara, anche se disposta in fasi successive all'atto iniziale di ammissione, ma comunque deputate (anche solo in senso logico) all'accertamento della regolare partecipazione del concorrente, anche sotto il profilo dei requisiti oggettivi dell'offerta (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 9/2014)"**[27]**.

Tale pronuncia di difetto della legittimazione in capo al ricorrente ad impugnare l'esclusione e/o l'aggiudicazione altrui sembra in effetti emessa per le stesse ragioni che avevano dato origine a suo tempo a *Fastweb***[28]**: di qui il ricorso per Cassazione e la reazione di quest'ultima Corte tendente a ravvisare un caso eclatante di "disobbedienza" ai *dicta* della Corte di giustizia.

In effetti, anche ammesso che si possa distinguere la situazione da quella occorrente in *Fastweb-Puligienica* o che queste ultime pronunce contrastino con i precedenti *Hackermüller-Archus*, non può revocarsi in dubbio che il Consiglio di Stato avrebbe fatto certamente meglio a chiedere lumi alla Corte *ex* art. 267 TFUE affinché chiarisse il significato dei propri precedenti, talora per vero non così perspicui anche per la discutibile abitudine della Corte a non ammettere le parti alla discussone orale, con ogni naturale conseguenza sulla migliore comprensione dei fatti di causa.

Ad ogni buon conto, non sembra proprio che si possa concludere nel senso che le Sezioni Unite sarebbero incorse in una sorta di *freie Rechtsschöpfung*, mentre il giudice amministrativo avrebbe applicato nitidamente la giurisprudenza della Corte o, comunque, la "preferibile"

giurisprudenza in materia.

A fronte di un contrasto (quanto meno apparente) fra il pronunciamento del Consiglio di Stato e la giurisprudenza (o qualche precedente) della Corte di giustizia, bene ha fatto la Corte di cassazione a ritenere che la prospettiva di negare accesso al ricorso *ex* art. 111 Cost. o 360, n. 1 c.p.c. "avrebbe l'effetto di fare consolidare una grave violazione del diritto dell'Unione in un momento in cui essa è ancora rimediabile".

In effetti, sembra evidente la volontà del Consiglio di Stato di imporre il proprio punto di vista tradizionale su quello della Corte di giustizia, nonostante la norma da interpretarsi per risolvere il dubbio interpretativo sul punto della legittimazione fosse, e sia, una norma dell'Unione e le pronunce della Corte di giustizia notoriamente abbiano effetto *erga omnes* (così Corte Cost., 23 aprile 1985, n. 113). Sembra quasi di essere di fronte ai modi con cui il *Conseil d'Etat* francese invocava la propria teoria dell'*acte clair* al fine di sottrarsi al doveroso rinvio, prassi che ha poi provocato la forte risposta della Corte nella ricordata sentenza *CILFIT* **[29]**.

Come ebbe modo di precisare la Corte in quell'ultima occasione, è possibile, in effetti, un'attenuazione dell'obbligo del rinvio a carico dei Giudici nazionali di ultima istanza, laddove "la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata. Prima di giungere a tale conclusione, il giudice nazionale deve maturare il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe anche ai giudici degli altri Stati membri ed alla Corte di giustizia. Solo in presenza di tali condizioni il giudice nazionale può astenersi dal sottoporre la questione alla Corte risolvendola sotto la propria responsabilità"**[30]**.

Né si tratta, a ben vedere, di una "dequotazione" dell'autonomia procedurale degli Stati membri: il tema vero è quello del primato della *lex communis* e dell'effettività della tutela giurisdizionale che i Giudici nazionali (*juges communautaires de droit commun*) devono garantire (artt. 19, par.2 TUE).

Il problema, sotto questo profilo, va ben oltre il problema specifico della soluzione processuale ai ricorsi reciprocamente escludentisi e alla poziorità dell'esame dell'uno rispetto all'altro, riguardando piuttosto l'uso della nomofilachia della Corte di cassazione in un senso idoneo a valorizzare, nel massimo grado, l'effettività del diritto comprensivo anche del diritto dell'Unione che si integra in quello degli Stati membri e alla cui osservanza è posta, al vertice, la Corte di giustizia.

3. Il difetto di giurisdizione ex art. 111 Cost. con riferimento alle pronunce del Consiglio di Stato

Tradizionalmente, la prassi della Corte di cassazione è sempre stata piuttosto rigorosa, per ovvie ragioni, nell'interpretare la categoria di "difetto di giurisdizione" idonea a dare origine ad un ricorso avanti alla Corte di cassazione *ex* art. 360, n. 1 ovvero art. 111, n. 8, Cost. avverso le pronunce del Consiglio di Stato, *in thesi,* abnormi.

Era piuttosto ricorrente, in effetti, l'affermazione giurisprudenziale secondo cui, in tema di limiti al sindacato delle Sezioni Unite della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato, l'eccesso di potere giurisdizionale per "invasione" della sfera di attribuzioni riservata al legislatore non ricorre quando il giudice amministrativo si sia limitato ad interpretare la legge oggetto delle opzioni contrastanti da parte dei contendenti. Si osservava tuttavia che "la figura dell'eccesso di potere giurisdizionale per invasione nelle attribuzioni di spettanza del legislatore può verificarsi solamente quando il giudice applichi non già una norma esistente bensì una norma da lui creata, a condizione che si possa distinguere tra un'attività di formale produzione normativa – inammissibilmente esercitata dal giudice – da un'attività interpretativa che si sostanzia invece in un'opera creativa della volontà di legge nel caso concreto"**[31]**.

In una prospettiva storica, tuttavia, ha segnato una sorta di "rivoluzione copernicana" la pronuncia del 23 dicembre 2008, n. 30254 con cui la Corte di Cassazione è giunta ad una "lettura" più evoluta e rispondente alle odierne esigenze dell'ordinamento della nozione di "giurisdizione" **[32]**.

In questa pronuncia, in effetti, la Corte ha elaborato "nuovi" presupposti per apprezzare i limiti esterni della giurisdizione amministrativa.

In quel caso, peraltro e notoriamente, si discettava di pregiudizialità amministrativa, ma si può senz'altro affermare che i *dicta* espressi dalla Corte nella pronuncia possano avere una portata generale come una sorta di *guideline* per il futuro.

Si legge, infatti, in essa: "ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, che tradizionalmente delimitano il sindacato consentito alle sez. un. sulle decisioni del Consiglio di Stato che quei limiti travalichino, si deve tenere conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione – dovuta a molteplici fattori: il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto comunitario; il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale; il principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del

sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina, tenuto conto dell'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo, ecc. – e della conseguente mutazione del giudizio sulla giurisdizione rimesso alle sez. un., non più riconducibile ad un giudizio di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta [...] ma nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende, dunque, le diverse tutele che l'ordinamento assegna a quei giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento. rispettandone il contenuto essenziale, così esercitando il sindacato per violazione di legge che la S.C. può compiere anche sulle sentenze del giudice amministrativo"**[33]**.

Si aggiunga che, su questa linea giurisprudenziale, le S.U. avevano già accolto un analogo ricorso a quello oggetto del ricorso in Corte di cassazione in questi termini: "è affetta da vizio di difetto di giurisdizione e per questo motivo va cassata la sentenza del Consiglio di Stato che, in sede di decisione su ricorso per cassazione, è riscontrata essere fondata su interpretazione delle norme incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo; accesso affermato con l'interpretazione della pertinente disposizione comunitaria elaborata dalla Corte di giustizia"**[34]** .

Ancora, va ricordata una successiva pronuncia secondo cui "non costituiscono diniego di giurisdizione, da parte del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti), gli errori in procedendo o in giudicando, ancorché riguardanti il diritto dell'Unione europea, salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tali da ridondare in denegata giustizia, e in particolare il caso, tra questi, di errore in procedendo costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia" **[35]**.

Dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 6/2018 (vera e propria *pierre d'achoppement*), tuttavia, la Corte di Cassazione è ritornata a formule "ante-2008", ribadendo che "non sussiste eccesso giurisdizionale quando il giudice svolge attività interpretativa delle norme; il sindacato delle Sezioni Unite della Cassazione sulle decisioni del giudice amministrativo è, infatti, circoscritto ai motivi inerenti alla giurisdizione, ossia ai vizi concernenti l'ambito della giurisdizione in generale o il mancato rispetto dei limiti esterni della giurisdizione, con esclusione di ogni sindacato sul modo di esercizio della funzione giurisdizionale, cui attengono invece gli errori «*in iudicando*», o anche «*in procedendo*» [...] quale che sia la gravità della violazione, anche ove essa attinga alla soglia del c.d. stravolgimento delle norme di riferimento,

sostanziali o processuali, applicate; infatti, in linea di principio, l'interpretazione della legge (e perfino la sua disapplicazione) non trasmoda di per sé in eccesso di potere giurisdizionale, perché essa rappresenta il *proprium* della funzione giurisdizionale e non può, dunque, integrare di per sé sola la violazione dei limiti esterni della giurisdizione da parte del giudice amministrativo, così da giustificare il ricorso previsto dall'**art. 111**, comma 8, Cost."**[36]**.

Sulla scorta di queste considerazioni, pare proprio che la scelta della Corte di cassazione di consentire, sia pure eccezionalmente, un sindacato sull'esercizio concreto della giurisdizione da parte del G.A. sia non soltanto da accogliere favorevolmente, ma sia in linea con i dettami della Costituzione che "deve fare i conti" con l'essere, l'ordinamento italiano, parte integrante di un ordinamento sovranazionale (art. 11 Cost.), alla cui fedeltà e primato la Carta fondamentale ha riaffermato la propria adesione (art. 117 Cost. novellato).

In questa prospettiva, dunque, appare condivisibile che il sindacato della Corte di cassazione sulla giurisdizione amministrativa debba essere inteso come uno scrutinio sull'effettività della stessa, così che laddove il giudice amministrativo, nell'erogare in concreto la propria giurisdizione, non risponda a *standard* di effettività della tutela (anche imposti dal diritto dell'Unione), il suo operato sia suscettibile di censura in sede di ricorso *ex* art. 111 Cost.

Ma, per l'appunto, vi era (vi è) la "pietra d'inciampo" di Corte cost. n. 6 del 2018.

4. La sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e le sue conseguenze

La pronuncia del Giudice delle leggi che ha condotto ad una "rilettura" della nozione di giurisdizione e dei suoi limiti veniva pronunciata, su rinvio delle S.U., con riferimento ad una questione di legittimità avente ad oggetto l'art. 69, comma 7, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), "nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30.06.98 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000".

La Cassazione deduceva in particolar modo la violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione ai parametri interposti dell'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e dell'art. 1 del primo

Protocollo addizionale alla Convenzione stessa.

Il Giudice rimettente, peraltro, aggiungeva che si era affermata recentemente nella sua giurisprudenza una interpretazione “evolutiva” e “dinamica” del concetto di giurisdizione, che consentirebbe di sindacare non solo le norme che individuano “i presupposti dell’attribuzione del potere giurisdizionale”, ma anche quelle che stabiliscono “le forme di tutela” attraverso cui la giurisdizione si estrinseca.

Si precisava, altresì, che tanto aveva consentito la cassazione di una sentenza del Consiglio di Stato che aveva interpretato le norme di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell’Unione europea, così come acclarato da una pronuncia della Corte di giustizia successivamente intervenuta.

Dopo aver ricordato la propria sentenza del 6 luglio 2004, n. 204, che si esprime in termini di unità funzionale e non già organica delle giurisdizioni, e dopo aver ricordato i lavori dell’Assemblea Costituente escludenti la “soggezione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti al controllo di legittimità della Corte di cassazione”, salvo il solo “eccesso di potere giudiziario”, in virtù di “una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé (così Mortati, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947)”, la Corte giunge alla conclusione che l’intervento delle S.U. “nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell’Unione o della CEDU, non essendo peraltro chiaro, nell’ordinanza di rimessione e nella stessa giurisprudenza ivi richiamata, se ciò valga sempre ovvero solo in presenza di una sentenza sopravvenuta della Corte di giustizia o della Corte di Strasburgo”**[37]**.

Secondo la Corte costituzionale, insomma, “L’«eccesso di potere giudiziario», denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l’avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all’amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull’erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione”, rispetto ad altri giudici.

Ma quel che preme segnalare, in questo contesto, è come la pronuncia abbia, per così dire, fatto strame non solo della nozione evolutiva di giurisdizione di cui alla pronuncia delle Sezioni Unite n. 30254/2008 già ricordata, ma anche di alcune acquisizioni giurisprudenziali divenute sin qui

jus receptum, in virtù delle quali, allorquando lo stravolgimento della norma sia tale da comportare, sostanzialmente, l'applicazione di una norma inesistente o esistente solo, per così dire, *in mente dei,* si possa dar adito ad un ricorso *ex* art. 111 Cost.**[38]**.

Sottolinea, invero, la sentenza che "il concetto di controllo di giurisdizione, così delineato nei termini puntuali che ad esso sono propri, non ammette soluzioni intermedie, come quella pure proposta nell'ordinanza di rimessione, secondo cui la lettura estensiva dovrebbe essere limitata ai casi in cui si sia in presenza di sentenze «abnormi» o «anomale» ovvero di uno «stravolgimento», a volte definito radicale, delle «norme di riferimento». Attribuire rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio è, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive"**[39]**.

Non attribuire rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio posto in essere dallo Stato-Giudice, d'altra parte, si pone in netto contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo cui "al fine di stabilire un'eventuale responsabilità dello Stato per una decisione di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, occorre tener conto della specificità della funzione giurisdizionale nonché delle legittime esigenze della certezza del diritto [...]. La responsabilità dello Stato a causa della violazione del diritto comunitario in una tale decisione può sussistere solo nel caso eccezionale in cui il giudice abbia violato in maniera manifesta il diritto vigente" **[40]**.

In proposito, non si può non dar ragione alla dottrina processualcivilistica secondo cui "è singolare che la pronuncia dei giudici costituzionali, pur riconoscendo che l'eventuale contrasto fra le sentenze del Consiglio di Stato e il diritto dell'Unione o la giurisprudenza della Corte di giustizia pone un problema di effettività della tutela, continui a declinare il principio di effettività e il problema della sua garanzia in termini esclusivamente «domestici» e non in confronto all'impianto normativo sovranazionale. Infatti, sostenere che – come si legge nella motivazione della sentenza n. 6 del 2018 – «quanto all'effettività della tutela e al giusto processo, non c'è dubbio che essi vadano garantiti, ma a cura degli organi giurisdizionali a ciò deputati dalla Costituzione e non in sede di controllo sulla giurisdizione», significa sottrarsi al necessario confronto fra la soluzione che sembrerebbe emergere dal dettato costituzionale per come interpretato dai giudici costituzionali e gli standards di effettività imposti dall'ordinamento sovranazionale"**[41]**. Anche la migliore dottrina del passato aveva correttamente rilevato, dando per scontato l'impugnabilità per eccesso di potere giurisdizionale delle pronunce dei giudici speciali, che "l'art. 111 Cost. ha tendenzialmente ampliato e non limitato le attribuzioni della

Cassazione vuoi perché l'eccesso di potere giurisdizionale si risolve nella violazione delle norme costituzionali, che presiedono alla suddivisione dei poteri tra gli organi dello Stato, cui sono commesse la funzione legislativa, esecutiva e giurisdizionale".

Con la conseguenza che, anche alla luce della novella dell'art. 111 Cost. con l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, "va rigettata in radice, perché incompatibile con il sistema, l'idea secondo la quale qualsiasi estensione dei motivi di ricorso per cassazione oltre l'ambito tradizionalmente assegnato al ricorso ex art. 362, comma 1, c.p.c. e/o coincidente con le questioni di giurisdizione di cui all'art. 37 c.p.c. comporti una indebita parificazione tra i rimedi contemplati nei commi 7° e 8° dell'art.111 Cost."**[42]**.

In definitiva, anche a tacere dalle (invero) non perspicue considerazioni ricavabili da Corte cost. n. 6/2018 in tema di effettività della tutela giurisdizionale e/o di mancato apprezzamento delle pronunce n. 348 e n. 349 del 2007 della stessa Corte in tema di differenze fra norme CEDU e norme UE, la pronuncia della Corte (pur essendo a rigore irrilevante per qualunque giudice nazionale -e dunque anche per la Cassazione- che si muova sulla via indicata dalla Corte di giustizia in termini di disapplicazione e interpretazione comunitariamente conforme)**[43]**, potrebbe ragionevolmente dare origine ad una "remora" o "disagio" che la Corte di giustizia dovrebbe comunque essere in grado di affrontare e risolvere**[44]**.

5. Autonomia procedurale, equivalenza ed effettività della tutela giurisdizionale

La soluzione della Corte di cassazione, peraltro, così come prospettata nell'ordinanza oggetto di esame, appare coerente con la giurisprudenza anche risalente della Corte di giustizia, essendo pacifico che "secondo il principio di collaborazione, enunciato dall'art. 5 del Trattato [poi art. 4.3, TUE], è ai giudici nazionali che è affidato il compito di garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi diretta efficacia"**[45]**.

Si può, del resto, ricordare che, con le sentenze "gemelle" *Rewe-Comet,* si sono introdotti, per la prima volta, dei precisi e rigorosi limiti all'autonomia procedurale degli Stati membri. Con riguardo alla concreta questione dei termini processuali di decadenza e prescrizione, ad esempio, si precisa che "allo stato attuale del diritto comunitario, questo non vieta di opporre, a coloro che impugnano dinanzi ai giudici nazionali, per incompatibilità col diritto comunitario, il mancato rispetto di un termine contemplato dalle norme interne, a condizione che le modalità

procedurali dell'azione giudiziale non siano meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale" **[46]**.

Il punto della sollevabilità di eccezioni di prescrizione e decadenza *ex parte publica* è stato con il tempo affinato dalla Corte, avendo la stessa precisato, fra l'altro, che la Direttiva n. 665/89 dev'essere interpretata nel senso che essa (una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità che lo esclude da una gara d'appalto) impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di un ricorso proposto contro la detta decisione: avvalendosi, se del caso, della possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare tale incompatibilità"**[47]**.

Il che, evidentemente, non potrebbe non rilevare anche *ex* art. 111 Cost., laddove ignorato dal Consiglio di Stato.

Più precisamente, come si desume dall'*iter* argomentativo della Corte, i limiti posti all'operatività delle norme processuali interne sono, sostanzialmente, tre.

a) Non deve esistere una specifica disciplina dell'Unione. Ciò significa che, qualora siano previste norme procedurali per l'esercizio concreto dei diritti derivanti da norme comunitarie, sono queste ultime ad applicarsi con conseguente prevalenza sulle norme processuali interne di contenuto contrastante. Anche questo aspetto non è irrilevante nel caso *sub judice*, posto che, com'è stato correttamente osservato, con l'adozione delle direttive ricorsi (n. 665/89 e 66/2007) "l'autonomia dei singoli Stati membri, nella definizione delle controversie concernenti l'affidamento dei contratti pubblici, è stata limitata in alcuni punti significativi, avviando un percorso di avvicinamento tra tradizione processuali, dei diversi Stati membri, in origine sensibilmente differenti"**[48]**.

b) Le modalità procedurali delle azioni giudiziali miranti a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme UE non possono essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale (c.d. criterio dell'equivalenza o dell'assimilazione). In tal senso, ad esempio, qualora al diritto dei privati al risarcimento dei danni causati da violazione di norme comunitarie *ex parte publica* fosse riservato un trattamento processuale più sfavorevole rispetto ad un diritto analogo basato sulla normativa interna

(richiedendosi, in ipotesi, un ulteriore onere probatorio), si dovrebbe concludere per l'illegittimità delle norme del foro che sanciscono una tale "discriminazione".

Come ricorda anche la Cassazione nell'ordinanza in esame, "la Corte ha precisato che «per quanto riguarda il principio di equivalenza, si deve ricordare che esso richiede che la complessiva disciplina dei ricorsi si applichi indistintamente ai ricorsi fondati sulla violazione del diritto dell'Unione e a quelli simili fondati sulla violazione del diritto interno" (fra le tante, Corte di giustizia 15 marzo 2017, C-3/16, *Lucio Cesare Asquino*, punto 50)".

La conseguenza è che "non sembra conforme al principio di equivalenza la prassi giurisprudenziale di cui si discute, la quale, nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto nazionale, ammette il ricorso per cassazione per difetto di potere giurisdizionale avverso le sentenze del Consiglio di Stato, cui si imputi di aver svolto attività di produzione normativa invasiva delle attribuzioni del legislatore, mentre, nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto dell'Unione, dichiara pregiudizialmente inammissibili i ricorsi per cassazione"**[49]**. È tuttavia evidente che il principio dell'equivalenza o dell'assimilazione, che qui rileva in modo particolare, possa portare a conseguenze aberranti se non interpretato congiuntamente al principio dell'effettività**[50]**. Ciò è apparso manifesto (ad esempio) in casi relativi a rimborsi in materia di tasse societarie, in cui la Corte di giustizia ha avallato l'opposizione a termini di decadenza previsti per azioni analoghe di diritto interno che non potevano che apparire, a rigore, insoddisfacenti, specie se introdotti retroattivamente**[51]**.

Per quel che qui interessa, comunque, è stato recentemente osservato che "il diritto dell'Unione, in particolare la direttiva 89/665 e la direttiva 92/13 nonché i principi di equivalenza e di effettività, deve essere interpretato nel senso che esso non osta alla normativa di uno Stato membro che non autorizza il riesame di una sentenza, passata in giudicato, di un giudice di detto Stato membro che si è pronunciato su un ricorso di annullamento avverso un atto di un'amministrazione aggiudicatrice senza affrontare una questione il cui esame era previsto in una sentenza precedente della Corte pronunciata in risposta a una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta nell'ambito del procedimento relativo a tale ricorso di annullamento. Tuttavia, qualora le norme processuali interne applicabili prevedano la possibilità per il giudice nazionale di ritornare su una sentenza passata in giudicato, per rendere la situazione derivante da tale pronuncia compatibile con una decisione giudiziaria definitiva nazionale precedente, di cui il giudice che ha emesso tale sentenza e le parti della causa che l'ha originata erano a conoscenza, tale possibilità deve prevalere, conformemente ai principi di equivalenza e di effettività, alle stesse condizioni, per ripristinare la conformità di tale situazione alla normativa

dell'Unione, come interpretata da una precedente sentenza della Corte"**[52]**.

c) Infine, modalità e termini previsti dal sistema processuale interno non devono essere tali da rendere, in pratica, impossibile o comunque molto difficile l'esercizio dei diritti con *causa petendi* nel diritto dell'Unione che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare (c.d. principio dell'effettività della tutela).

Si era ritenuto, in passato,**[53]** che quest'ultima clausola limitatrice dell'autonomia fosse pleonastica rispetto alle prime due e che fosse stata aggiunta soltanto per una qualche forma di cautela. In realtà, si può affermare, anche alla luce della copiosa giurisprudenza successiva, che questo limite all'autonomia istituzionale degli Stati membri giochi un ruolo non solo distinto ma, di regola, maggiore rispetto a quello di "equivalenza".

Si osservi (il che pare significativo nel caso in esame) che il tema della competenza-giurisdizione interna può pacificamente concretarsi in un problema di effettività della tutela di "seconda generazione"**[54]**: come si è espresso puntualmente l'avvocato generale Kokott, "non sussiste alcuna differenza sostanziale fra le norme relative alla competenza e quelle relative alle regole procedurali: una cattiva gestione del procedimento, infatti, può rendere molto gravoso l'accesso del singolo alle giurisdizioni nazionali quanto una cattiva normativa sulla competenza"**[55]** .

Nella specificità della tutela imposta dal prevalente diritto dell'Unione e dalla Corte di giustizia, si possono elaborare dei punti fermi, coerenti con la giurisprudenza dei giudici lussemburghesi.

Il diritto dell'Unione europea di per sé non esige che vi siano tre gradi di giudizio, né che agli ordinari errori nell'interpretazione ed applicazione di quel diritto sia posto rimedio ad ogni costo dalla giurisdizione individuata come competente o da un'altra che ne sia in qualche modo superiore.

In tal senso, appare corretto affermare, senza forzature, che "il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione non include anche una funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea"**[56]**.

Ciò vale tuttavia solo e nella misura in cui questa forma di controllo venga riservata anche ad analoghe cause interne, aventi *causa petendi* nella norma nazionale. Qualora, invece, ai ricorsi interni fosse riservato un rimedio ulteriore, nelle forme dell'eccesso di potere giurisdizionale latamente inteso, cioè anche come ineffettività della giurisdizione in concreto erogata, questo genere di rimedio dovrà ineludibilmente estendersi anche ai ricorsi con base giuridica in norma di diritto dell'Unione.

Ed invero, il principio dell'equivalenza della tutela**[57]** che opera su un piano diverso ma è comunque strumentale al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, impone che ogniqualvolta l'ordinamento interno garantisca una qualche forma di tutela ad un'azione o ricorso con *causa petendi* basata sul diritto nazionale, identica tutela debba essere garantita ad un'azione o ricorso *eiusdem generis* avente *causa petendi* nel diritto dell'Unione europea.

In definitiva, se lo stravolgimento della norma di diritto interno può garantire all'interessato un ricorso *ex* art. 360, n. 1 c.p.c. e art. 111 Cost., n. 8, analogo ricorso dev'essere garantito anche a chi abbia subito un'applicazione del diritto dell'Unione stravolto nei suoi connotati propri. Il che può essere anche tradotto in termini di ricorribilità *ex* art. 111, n. 8, Cost. di ogni violazione grave e manifesta del diritto dell'Unione, così come declinata dalla Corte di giustizia nella propria giurisprudenza relativa all'obbligo di risarcimento del danno a carico dello Stato membro che in essa incorra.

6. L'obbligo di rinvio pregiudiziale e l'effettività della tutela. Il possibile rimedio "alla Köbler"

Il Consiglio di Stato ha violato, già si è detto in modo grave e manifesto gli obblighi derivanti dal Trattato e in particolare dall'art. 267, par. 3 TFUE.

A tal riguardo, la Corte di cassazione, dopo aver richiamato la giurisprudenza più recente in tema di rinvio pregiudiziale, ha osservato nell'ordinanza che "dubbia è la compatibilità con il diritto dell'Unione dell'orientamento interpretativo di cui si è dato conto (sub paragrafo 50) che in radice esclude la possibilità per le Sezioni Unite della Corte di cassazione, investite da un mezzo di impugnativa ordinaria, qual è il ricorso per cassazione, di esaminarlo nel merito quando sia denunciata la immotivata violazione dell'obbligo di rinvio da parte del Consiglio di Stato e di effettuare direttamente il rinvio pregiudiziale, al fine di accertare l'esatta interpretazione del diritto dell'Unione e, di conseguenza, la compatibilità della sentenza con il diritto dell'Unione"**[58]**.

A proposito dell'importanza che riveste il comportamento del Giudice nazionale nel contesto del rinvio pregiudiziale, si può ricordare quanto già affermava l'avvocato generale Léger in *Traghetti del Mediterraneo*: "l'inadempimento dell'obbligo di rinvio pregiudiziale costituisce uno dei criteri da prendere in considerazione per stabilire se sussista una violazione sufficientemente caratterizzata del diritto comunitario, imputabile ad un organo giurisdizionale

supremo, che si aggiunge a quelli che la Corte aveva già formulato nella citata sentenza *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, e nella successiva giurisprudenza, riguardo alla responsabilità dello Stato per fatto del legislatore o dell'amministrazione. Benché la Corte si sia astenuta dallo stabilire una gerarchia tra tali diversi criteri, nei confronti di alcuni dei quali nutro riserve circa la pertinenza, considero che quello riguardante l'obbligo di rinvio pregiudiziale rivesta un'importanza particolare.

Per stabilire, infatti, se l'errore di diritto di cui trattasi sia scusabile o inescusabile (permanendo, a mio avviso, tale elemento il criterio centrale attorno al quale si dispongono gli altri criteri), occorre prestare particolare attenzione all'atteggiamento tenuto dall'organo giurisdizionale supremo considerato rispetto all'obbligo di rinvio ad esso incombente"**[59]**.

L'orientamento del Consiglio di Stato, in quanto giudice del rinvio, non ha rispettato i propri obblighi. Si potrebbe intravvedere una qualche volontà di sottrarsi ai precisi *dicta* della Corte: attraverso la via della violazione manifesta degli obblighi incombenti sul Consiglio di Stato, ai sensi e agli effetti dell'art. 267 TFUE, si potrebbe, invero, giungere alla conclusione che debba ammettersi il ricorso *ex* art. 111 Cost., anche al fine di consentire alla Corte di cassazione di apprezzare fino in fondo la gravità della violazione e di richiedere l'intervento chiarificatore della Corte di giustizia.

Nell'ordinanza in esame si osserva, precisamente, che "La tesi secondo cui l'unico rimedio praticabile in caso di violazione del diritto dell'Unione sarebbe quello del risarcimento del danno per responsabilità dello Stato (v. sub paragrafo 31) non sembra condivisibile, trattandosi di un rimedio indiretto e succedaneo, nonché sottoposto a rigide condizioni (Corte di giustizia, 30 settembre 2003, C-224/01, *Köbler*; 13 giugno 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo spa*; 24 novembre 2011, C-379/10, *Commissione c. Repubblica Italiana*)"**[60]**.

In altre parole, all'argomento invocato in senso opposto, ovvero che vi sarebbe comunque l'ulteriore rimedio risarcitorio modellato sulle soluzioni adottate nei casi *Köbler e Traghetti del Mediterraneo-Commissione c. Italia*, si dovrà giocoforza rispondere che il rimedio risarcitorio per fatto dello Stato-Giudice (a prescindere dalla sua difficile azionabilità) comporterebbe comunque un *vulnus* al principio dell'effettività che richiede, in linea di massima (e se possibile) il soddisfacimento dell'interesse specifico azionato, ovvero il riconoscimento a favore della parte vittoriosa cui essa aspira.

Come osserva la Corte di giustizia, "il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è inerente al sistema del

Trattato”**[61]**. All’obbligo posto a carico dello Stato, corrisponde, invero, il diritto del singolo, secondo la nota impostazione espressa nella sentenza *Van Gend en Loos*, che ben sottolinea la natura di soggetto *optimo jure* del cittadino dell’Unione e l’esistenza di diritti in suo favore anche in assenza di espressa previsione normativa, come contropartita di obblighi imposti ad altri soggetti (singoli, Stati membri, istituzioni comunitarie)**[62]**.

Il secondo aspetto, nel ragionamento della Corte, non poteva che essere quello dell’effettività della tutela di tali diritti che dev’essere garantita dai giudici nazionali. In questa prospettiva, il richiamo alla giurisprudenza *Simmenthal* **[63]** e *Factortame* **[64]** è necessario e sufficiente alla Corte per ritenere che “sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro”**[65]**.

La tutela completa ed effettiva di una posizione giuridica soggettiva, insomma, presuppone sempre la risarcibilità del danno ingiusto. La capacità di reintegrare, quanto meno in via subordinata per equivalente, la posizione giuridica lesa da un comportamento illecito è propria di ogni ordinamento giuridico che possa o voglia dirsi effettivo. E posto che la garanzia della piena efficacia delle norme comunitarie spetta ai giudici nazionali, a loro incombe pure, in virtù dell’art. 4.3 TUE sul principio di leale cooperazione, l’obbligo di eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario. Come osserva, precisamente, la Corte di Cassazione, il rimedio del risarcimento del danno è subordinato a condizioni e presupposti particolarmente rigorosi, di difficile azionabilità, risultando in ultima analisi “succedaneo”.

Nelle materie coperte dal diritto dell’Unione, invero, è difficile negare che vi sia una sorta di sconvolgimento nei rapporti interni fra poteri, delineati tradizionalmente in termini di separazione e di indipendenza, a favore dei giudici. Questi ultimi, infatti, in virtù del primato del diritto dell’Unione e del principio dell’effettività della tutela delle posizioni giuridiche soggettive create dallo stesso, sono legittimati a sindacare atti del legislatore e dell’amministrazione rispetto ai quali, prima, non avevano alcuna competenza e potere**[66]**.

In quanto giudici dell’Unione di diritto comune, poi, sono investiti (conformemente a quanto previsto dall’art. 19 TUE) della fondamentale funzione di garantire la piena effettività dell’ordinamento comunitario e possono persino creare nuovi rimedi processuali o adattare quelli esistenti al soddisfacimento delle nuove esigenze imposte dal diritto UE.

L'inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale *ex* art. 267, comma 3, TFUE, se di per sé non è sempre indicativa di una violazione grave e manifesta**[67]**, può in talune circostanze essere espressione di siffatta violazione, specie nel caso in cui la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia sia (manifestamente) ignorata.

D'altro canto, lo stesso "storico" precedente *CILFIT* (sentenza già ricordata, resa proprio su rinvio della Cassazione) insegna che qualunque dottrina sull'*acte clair* non è idonea a fondare il mancato rinvio *ex* art. 267 TFUE in assenza di chiare indicazioni provenienti dalla stessa Corte di giustizia**[68]**.

In determinate circostanze (assenza di adeguata motivazione alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia), il mancato rinvio assurge da solo a violazione grave e manifesta del diritto dell'Unione europea ed è suscettibile di idonea censura *ex* art. 111 Cost. Non è un caso, ad esempio, se la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia contestato all'Italia l'inosservanza, senza motivazione alcuna, dell'obbligo di rinvio *ex* art. 267 TFUE**[69]**.

La violazione, da parte del giudice nazionale, dell'obbligo di adeguarsi e di recepire *in toto* i principi affermati dalla Corte di giustizia a seguito di rinvio *ex* art. 267 TFUE costituisce una violazione grave e manifesta del diritto dell'Unione europea ed è in grado di mettere a repentaglio le stesse basi su cui si fonda l'ordinamento comunitario, ovvero la diretta efficacia e il primato.

Come ricorda la Corte "una violazione del diritto dell'Unione è sufficientemente qualificata allorché è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in materia (sentenze del 30 settembre 2003, *Köbler*, C-224/01, EU:C:2003:513, punto 56; del 25 novembre 2010, *Fuß,* C-429/09, EU:C:2010:717, punto 52, e del 28 luglio 2016, *Tomášová,* C-168/15, EU:C:2016:602, punto 26)" **[70]**.

In conclusione, la violazione grave e manifesta del diritto dell'UE compiuta dal Consiglio di Stato in relazione alla giurisprudenza comunitaria e all'obbligo di rinvio non può considerarsi entro i c.d. limiti interni della giurisdizione del giudice amministrativo. Oltre ad involgere la responsabilità dello Stato di fronte all'Unione e agli altri Stati membri, non può non essere sindacabile *ex* art. 111 Cost. sotto il profilo del diritto ad una tutela effettiva e del giusto processo.

Poiché "risulta da una giurisprudenza costante che la sentenza con la quale la Corte si pronunzia in via pregiudiziale vincola il giudice nazionale, per quanto concerne l'interpretazione o la validità degli atti delle istituzioni dell'Unione in questione, per la definizione della lite principale"**[71]**, il Consiglio di Stato ha posto in essere una violazione grave e manifesta del

diritto dell'Unione europea.

Basterebbe solo ricordare che, secondo la Corte di giustizia, "In ogni caso, una violazione del diritto comunitario è manifesta e grave quando continua nonostante la pronuncia di una sentenza che ha accertato l'inadempimento contestato, di una sentenza pregiudiziale o di una giurisprudenza consolidata della Corte in materia, dalle quali risulti l'illegittimità del comportamento in questione"**[72]**. Ricorda, ancora, la Corte che "una violazione manifesta del diritto comunitario vigente viene commessa, appunto, nell'esercizio di una tale attività interpretativa, se, per esempio, il giudice dà a una norma di diritto sostanziale o procedurale comunitario una portata manifestamente erronea, in particolare alla luce della pertinente giurisprudenza della Corte in tale materia"**[73]**. Il che, sotto altro profilo, e più propriamente sulla scorta dell'ammissibilità del ricorso *ex* art. 111, c. 8, Cost., dà anche la misura di quanto la decisione del Consiglio di Stato sia frutto di uno stravolgimento delle norme di riferimento e degli obblighi derivanti da quel fondamentale meccanismo di cooperazione fra giudice nazionale e Corte di giustizia, rappresentato dall'art. 267 TFUE, vera "chiave di volta" dell'intero sistema **[74]**.

7. Considerazioni conclusive e prospettive

L'ordinanza delle Sezioni Unite di rinvio alla Corte di giustizia, senz'altro animata da un apprezzabile *souci d'éfficacité* in favore dell'effettività del diritto dell'Unione, è del tutto coerente e conforme agli obblighi derivanti al giudice nazionale dal Trattato (art. 19, par. 2, TUE).

L'individuazione delle ragioni in virtù delle quali deve ammettersi il ricorso *ex* art. 111, comma 8, Cost. per violazione grave e manifesta del diritto dell'Unione europea da parte del Consiglio di Stato è perfettamente in linea con la giurisprudenza della Corte, nella quale il principio di autonomia procedurale degli Stati membri non trova applicazione nel caso in cui la norma procedurale renda impossibile o anche solo particolarmente difficile l'esercizio del diritto di derivazione UE, né tanto meno laddove la norma processuale interna riservi un diverso trattamento (sfavorevole) alla situazione giuridica con *causa petendi* comunitaria in violazione, come già si è ricordato, del principio dell'equivalenza.

Questo avverrebbe nel caso di una prassi giurisprudenziale in virtù della quale, nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto nazionale, si ammettesse il ricorso per cassazione per difetto di potere giurisdizionale avverso le sentenze del Consiglio di Stato,

responsabile di aver invaso le attribuzioni del legislatore, mentre, nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto dell'Unione, tale straripamento sarebbe pregiudizialmente irrilevante, con violazione, pure, del diritto al giudice di cui all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali della UE.

Questa conclusione, invero, non può essere rimessa in discussione dal tradizionale principio di autonomia procedurale degli Stati membri, particolarmente in un settore in cui una specifica disciplina di diritto dell'Unione (direttive n. 665/89 e 66/77) ha inteso uniformare le condizioni processuali di tutela.

Il disconoscimento, da parte del giudice amministrativo, degli obblighi derivanti dalla giurisprudenza comunitaria e dalla sua vincolatività, estrinsecantesi nell'immotivata elusione dell'obbligo di rinvio (come nel caso di specie) costituisce una violazione grave e manifesta del diritto dell'Unione europea suscettibile di un rimedio risarcitorio "alla *Köbler*".

Ciò, tuttavia, non impedisce alla Corte regolatrice, in omaggio al principio dell'effetto utile dell'effetto diretto, di fare tutto il possibile per garantire ai privati interessati il c.d. bene specifico della vita cui ambiscono, se del caso preservando l'accesso al Giudice della nomofilachia in nome del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Non resta che attendere e confidare nell'intervento chiarificatore della Corte di giustizia e seguirne il prosieguo avanti al giudice nazionale.

Il presente contributo è frutto della condivisione di opinioni dei due autori, in particolare, la premessa e le considerazioni conclusive; i paragrafi da 2 a 4 sono da attribuire a Paolo Piva, mentre i paragrafi 5 e 6 a Bruno Nascimbene (una precedente versione è stata pubblicata in *Jus*, n. 5/2020, qui aggiornata e modificata).

[1] Nel presente scritto l'aggettivo "comunitario" viene usato come equivalente di "dell'Unione" (secondo una prassi in uso nella dottrina).

* Già professore ordinario di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea.

** Professore associato di diritto dell'Unione europea.

[2] Sul tema, oltre al recente contributo di B. Nascimbene, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in *Eurojus*, 2020, cfr. nella manualistica recente, L. Daniele, *Diritto*

dell'Unione europea, 7° ed., Milano, 2020, pp. 326 ss.; G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, a cura di P. De Pasquale e F. Ferraro, II ed., Napoli, 2020,, pp. 231 ss.; U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, 6° ed., Bari, 2020, pp. 109, 450 ss.; R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, III ed., Torino, 2020, pp. 921 ss., nonché K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *Eu Procedural Law*, Oxford, 2014, pp. 48 ss. Molto appropriate, in prospettiva storica, anche le considerazioni di F. Jacobs, *The Role of National Courts and of the European Court of Justice in Ensuring the Uniform Application of Community Law*, in *Studi in onore di Francesco Capotorti*, II Tomo, Milano, 1999, pp. 175 ss. Per i commenti all'ordinanza si vedano P. Baratta, *E' censurabile per Cassazione la violazione del diritto sovranazionale imputabile al giudice amministrativo*?, in **www.apertacontrada.it**; S. Barbareschi, L.A. Caruso, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Federalismi.it*, 2020; R.Bin, *E' scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *Federalismi.it*, 2020; M. Clarich, *Giurisdizione: "Partita a poker" tra Cassazione e Consulta sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Civile NTplus.ilsole24ore.com* del 14 ottobre 2020; **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*, 2020; F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in questa *Rivista*, 2020; Ginevra Greco, *La violazione del diritto dell'Unione europea come possibile difetto di giurisdizione ?*, in *Eurojus*, 2020; G. Tropea, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in questa *Rivista.* Si vedano inoltre le relazioni di E. Cannizzaro, M. Luciani, A. Carratta, G. Ruffini, A. Travi, F. Francario tenute al *webinar* del 6 novembre 2020 "Limiti esterni di giustizia e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE (a proposito di Cass. S.U. n. 19598/2020)": la registrazione delle relazioni e interventi è in questa *Rivista*, 2020; le relazioni, in particolare quella di C. Curti Gialdino, al *webinar* del 13 novembre 2020 "Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni" : la registrazione delle relazioni e interventi è in *Federalismi.it,* 2020); le relazioni di L. Daniele, B. Sassani, A. Police al *webinar* del 18 novembre 2020 "La «querelle» sulla definizione dei «motivi inerenti la giurisdizione» ai sensi dell'art. 111, comma 8 Cost. davanti alla Corte UE (sull'ordinanza Cass., S.U. n. 19598/2020): la registrazione delle relazioni e interventi è in **https://uniroma2.sharepoint.com/sites/FormazionePostLaureamJuris/Documenti%20condivisi/Gene**

.

[3] Sentenza del 24 giugno 2019, spec. punto 49, in ECLI:EU:C:2019:531.

[4] Cfr. il par. 46 dell'ordinanza.

[5] Anche se non sempre, come si illustrerà oltre.

[6] Sulla sentenza della Corte cost. si veda oltre, par. 4.

[7] Sul tema, si veda, fra gli altri, R. Medhi, *L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif*, in J.-B. Auby, J. Dutheil De La Rochère (sous la direction de), *Droit Administratif Européen*, Bruxelles, 2007, pp. 685 ss ; per rilievi di carattere generale A.M. Romito, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea: tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015, pp. 127 ss.

[8] Per un interessante caso di applicazione del principio di equivalenza, si vedano le sentenze del 26 gennaio 2010, *Transportes Urbanos*, C-118/08, ECLI:EU:C:2010:39 e del 22 giugno 2010, *Aziz Melki* (C-188/10) *e Sélim Abdeli* (C-189/10), ECLI:EU:C:2010:363. Sul tema si permette di ricordare, fra gli altri, P. Piva, *Il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale nel Diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2012, in particolare, pp. 47 ss. Sul principio di equivalenza, si veda, fra gli altri, E. Cannizzaro, *Effettività del Diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Il Dir.Un.Eur.*, 3/2013, pp. 671 ss. Sul tema della leale cooperazione, si vedano, fra gli altri, P. Mori, *Quelques réflections sur la confiance réciproque entre Etats membres: un principe essentiel de l'Union européenne*, in Liber Amicorum *Antonio Tizzano,* Torino, 2018, pp. 651 ss.; U. Villani, *Istituzioni* cit., pp. 108 ss.

[9] Cfr. il par. 60 dell'ordinanza.

[10] Sentenza del 6 ottobre 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335.

[11] Sentenza del 4 luglio 2013, C-100/12, ECLI:EU:C:2013:448.

[12] Sentenza del 5 aprile 2016, C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199.

[13] Sentenza del 21 dicembre 2016, C- 355/15, ECLI:EU:C:2016:988.

[14] Sentenza del 5 settembre 2019, C-333/18, ECLI:EU:C.2019:675.

[15] Sentenza del 30 settembre 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513.

[16] Sentenza del 13 giugno 2006, C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391.

[17] Per la quale, si rinvia a F. Auletta, S. Boccagna, N. Rascio (a cura di), *La responsabilità civile dei magistrati. Commentario alle leggi 13 aprile 1988, n. 117 e 27 febbraio 2015, n. 18*, Bologna,

2017.

[18] Sul tema, cfr. **M. Rainey**, **C. Dwyer** , A. Rose, ***European Union***, in J. Davey, A. Gatenby (eds.), *The Government Procurement Law*, 8th ed., London, 2020, pp. 74 ss. Si veda altresì C. Benetazzo, *Ricorso incidentale, ordine delle questioni e principio di effettività*, Torino, 2016, pp. 129 ss. Si devono segnalare anche le forti critiche della dottrina processualamministrativistica rinvenibile, fra gli altri, in R. Villata, *Osservazioni in tema di incidenza del diritto comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, pp. 1217 ss.

[19] Sentenza del 19 giugno 2003, C-249/01, ECLI:EU:C:2003:359, punto 18.

[20] Sentenza *Hackermüller* cit., punto 27.

[21] Sentenza del 4 luglio 2013, C-100/12, ECLI:C:2013:448, punti 30-34.

[22] Sentenza *BTG* cit., punto 34.

[23] Sentenza *Lombardi* cit., punto 27.

[24] Sentenza *Lombardi* cit., punto 34.

[25] Così G. Tropea, *Il Golem europeo* cit., *loc. cit.* che richiama in tal senso L. Bertonazzi, *La giurisprudenza europea in tema di ricorso incidentale escludente*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 543.

[26] Sentenza dell'11 maggio 2017, C-131/16, *Archus*, ECLI:EU:C:2017:358, punto 50 ove si afferma che " gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo le modalità che spetta agli Stati membri determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione".

[27] Cons. Stato, III, sentenza del 7 agosto 2019, n. 5606.

[28] Come si è osservato puntualmente, "il caso di specie s'inscrive a pieno titolo in questo filone, in quanto il Consiglio di Stato nega la possibilità di ravvisare un interesse legittimo se l'interesse è soltanto strumentale alla ripetizione della gara e ritiene che in tal caso si sia in presenza di un interesse di mero fatto": in questi termini F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto* cit., *loc. cit.*

[29] Cfr. i rifer. alla nota 10.

[30] Punto 17 della sentenza *CILFIT* cit.

[31] Cfr. *ex multis*, Cass. S.U., sentenza del 15 luglio 2003, n. 11091.

[32] Si veda l'Introduzione di M. A. Sandulli, *La Corte di Cassazione. Sentenza n. 30254/2008, le Sezioni Unite in tema di pregiudiziale amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2009. Sul tema, si veda pure F. Cortese, *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e processuale*, Padova, 2007, *passim*.

[33]Cfr. la pronuncia S.U. n. 30254/08 cit.

[34] Cfr. la pronuncia S.U. n. 2242/2015 cit.

[35] Cfr. la pronuncia S.U. n. 31226/2017 cit.

[36] Cfr. fra le altre Cass. S.U., 23 aprile 2020, n. 8096, nonché S.U. 16 maggio 2019, n. 13243 in cui, analogamente, un ricorso *ex* art. 111 Cost. avverso la pronuncia del Consiglio di Stato che aveva accolto il ricorso incidentale escludente contro l'insegnamento della Corte di giustizia era stato respinto. Sulla tematica si veda anche G. Greco, *La violazione* cit., *loc. cit.*

[37] Cfr. il punto 12 del "Considerato in diritto"; per le citazioni successive si vedano i punti 13-17.

[38] Cfr. fra le altre Cass. S.U., 15 luglio 2003, n. 11091; S.U. 4 febbraio 2014, n. 2403 che richiama molti precedenti in materia.

[39] Cfr. il punto 16 del "Considerato in diritto".

[40] Cfr. la sentenza *Köbler* cit. Si vedano pure la sentenza *Traghetti del Mediterraneo* cit., nonché 24 novembre 2011, C- 379/10, *Commissione c. Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:2011:775.

[41] Cfr. **G. Costantino, A. Carratta,** G. Ruffini, *Limiti esterni* cit., *loc. cit.*

[42] In questi termini V. Andrioli, *Commento al Codice di procedura civile*, Vol. II, III ed. riveduta, Napoli, 1956, p. 362.

[43] Di questo profilo, peraltro, la Corte di Cassazione è perfettamente consapevole: cfr. punto 45 dell'ordinanza. Anche il tema della revocazione *ex* art. 395 c.p.c. viene sollevato dalla sentenza n. 6/18 in modo poco persuasivo: cfr. la stessa ordinanza, par. 37.

[44] Su una pretesa irriducibilità del contrasto, si veda F. Deodato, *Nota a Corte costituzionale – Sentenza 24 giugno 2018, n. 6 e Corte di Cassazione – Sezioni Unite Civili, Sentenza 29 dicembre 2019, n. 31226*, in *Il diritto amministrativo, Rivista giuridica online;* più recentemente R. Bin, *E' scoppiata* cit., *loc. cit*.; B. Caravita, *La Cassazione* cit., *loc. cit*.; M. Clarich, *Giurisdizione* cit., *loc. cit.* (che si esprime in termini di "arbitraggio" rispetto all'invocato intervento della Corte). Sembra utile ricordare, peraltro, che già nel passato la Corte di giustizia si occupò di "effettività" della

giurisdizione interna (precisamente di quella italiana, come nel caso in esame), ovvero di "tutela diretta e immediata", venendo in rilievo la distinzione, nel diritto italiano, appunto, fra diritti soggettivi e interessi legittimi, e quindi la diversa competenza del giudice interno, civile o amministrativo. La Corte di giustizia, 19 dicembre 1968, 13-68, *Salgoil*, ECLI:EU:C:1968:54, osserva, precisamente, che le norme comunitarie "obbligano le autorità e in particolare i giudici competenti degli Stati membri a proteggere gli interessi dei singoli contro eventuali violazioni di dette disposizioni, garantendo loro la tutela diretta e immediata dei loro interessi, e ciò indipendentemente dal rapporto intercorrente, secondo il diritto nazionale, fra detti interessi e l'interesse pubblico a cui si riferisce la questione", sottolineando quindi che "Spetta all'ordinamento giuridico nazionale lo stabilire quale sia il giudice competente a garantire detta tutela e, a tale effetto, il decidere come debba qualificarsi la posizione individuale in tal modo tutelata".

[45] Cfr. il punto 5 della sentenza *Rewe* del 16 dicembre 1976, cit. *infra*.

[46]Sentenze del 16 dicembre 1976, rispettivamente 33-76, ECLI:EU:C:1976:188 e 45-76, ECLI:EU:C:1976:191.

[47] Sentenza del 27 febbraio 2003, C-327/00, *Santex SpA e Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, ECLI:EU:C:2003:109, punto 66, nonché più recentemente, a proposito della "saga" delle specializzazioni mediche, 19 maggio 2011, *Iaia e altri*, C-452/09, ECLI: EU: C: 2011: 323.

[48] In questi termini, S. Fantini, H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, 2° ed., Milano,2019, pp. 153-154.

[49] Cfr. il punto 41.1 dell'ordinanza in esame.

[50] Nella giurisprudenza successiva, il principio di effettività è emerso come il limite preponderante, idoneo sia a sindacare efficacemente termini eccessivamente brevi (sentenza *Grundig Italiana Spa* di cui poco oltre), sia a creare veri e propri nuovi rimedi processuali (sentenze del 19 giugno 1990, *Factortame,* C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257 e del 19 settembre 1996, *Commissione c. Repubblica ellenica*, C-236/95, ECLI:EU:C:1996:341).

[51] Sentenza del 24 settembre 2002, C-255/00, *Grundig Italiana S.p.A.* ECLI:EU:C:2002:525**,**punto 42, in cui la Corte ha osservato che "il diritto comunitario osta all'applicazione retroattiva di un termine di decadenza più breve e, eventualmente, più restrittivo per l'attore del termine di ricorso precedentemente applicabile alle domande di rimborso di imposte nazionali incompatibili con il diritto comunitario, quando non è garantito un periodo transitorio sufficiente durante il quale le domande vertenti su importi versati prima dell'entrata in vigore

del testo che introduce questo nuovo termine possono ancora essere presentate in osservanza del vecchio termine. Nell'ipotesi di sostituzione di un termine di decadenza triennale a un termine di prescrizione quinquennale, un periodo transitorio di 90 giorni dev'essere considerato insufficiente e il periodo transitorio minimo tale da non rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto a un siffatto rimborso dev'essere valutato pari a sei mesi".

[52] Sentenza del 29 luglio 2019, *Hochtief Solutions*, C-620/17, ECLI:EU:C:2019:630,punto 49.

[53] Cfr. J. Mertens De Wilmars, *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, *Cah. Dr. Eur*. ,1982, pp. 401 ss.

[54] Questa particolare espressione, "problèmes de la seconde géneration", è di J. Mertens de Wilmars (già giudice e presidente della Corte di giustizia), come ricorda Th. Koopmans, *Problemen van de tweede generatie*, in Liber Amicorum *J. Mertens de Wilmars*, Antwerpen, 1982, pp. 121 ss.

[55] Conclusioni dell'avvocato generale Kokott del 9 gennaio 2008, C-268/06, *Impact*, ECLI:EU:C:2008:2,punto 50. Cfr. anche la sentenza della Corte del 15 aprile 2008, *Impact*, C-268/06, ECLI:EU:C:2008:223. È significativo, tra l'altro, come nella medesima pronuncia, con riguardo alle norme interne sulla competenza, si precisi altresì che "tali esigenze di equivalenza e di effettività, espresse attraverso l'obbligo generale per gli Stati membri di garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza del diritto comunitario, valgono anche quanto alla designazione dei giudici competenti a conoscere delle azioni fondate su tale diritto. Infatti, il mancato rispetto delle suddette esigenze sotto tale profilo è, al pari di un inadempimento delle medesime sotto il profilo della definizione delle modalità procedurali, tale da ledere il principio di tutela giurisdizionale effettiva" (punti 47-48).

[56] In questi termini, fra le altre, Cass. S.U., 21 marzo 2017, n. 7157.

[57] Cfr., fra le altre, le sentenze *Transportes Urbanos* cit., nonchè *Hochtief Solutions* cit., e del 6 ottobre 2015, *Orizzonte Salute*, C- 61/14, ECLI:EU:C:2015:655.

[58] Cfr. il par. 58 dell'ordinanza.

[59] Cfr. i punti 69-71 delle conclusioni dell'11 ottobre 2005, ECLI:EU:C:2005:602.

[60] Cfr. il par. 52 dell'ordinanza.

[61] Cfr. il punto 35 della sentenza *Köbler* cit.

[62] Sentenza del 5 febbraio 1963, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

[63] Sentenza del 9 marzo 1978, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49.

[64] Sentenza del 19 giugno 1190 cit.

[65] Punto 33 della sentenza *Köbler* cit.

[66] Per alcuni rilievi sul principio primato, ed effetti, cfr. G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea* cit., pp. 231 ss., nonché pp. 263 ss.; R. Adam, A. Tizzano, *Manuale* cit., pp. 370 ss.

[67] Cfr. sentenza *Köbler* cit., punto 55. Precisa la Corte che si deve prendere in considerazione, in particolare, " il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità o l'inescusabilità dell'errore di diritto, la posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria nonché la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE".

[68] Cfr. i rifer. alla nota 10.

[69] Cfr. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 luglio 2015, *Schipani e altri c. Italia.* Sul tema si veda, recentemente, F. Ferraro, *Le conseguenze derivanti dalla violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale,* in F. Ferraro , C. Iannone (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale,* Torino, 2020, pp. 139 ss. Sulla giurisprudenza della Corte EDU in argomento, con particolare riferimento al nostro Paese, cfr. B. Nascimbene, *Le renvoi préjudiciel de l'article 267 TFUE et le renvoi prévu par la protocole no. 16 à la CEDH*, in *Annuaire de droit de l'Union Européenne*, 2019, pp. 127 ss.

[70] Sentenza *Hochtief Solutions* cit., punto 43.

[71] Cfr. la sentenza del 5 ottobre 2010, *Elchinov,* C-173/09, EU:C:2010:581, punto 29.

[72] In questi termini la sentenza del 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, C-46/93 e C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, punto 57.

[73] Si veda la sentenza *Traghetti del Mediterraneo* cit., punto 35.

[74] Cfr. l'ordinanza in esame, par. 55, con i riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia.