

DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

IL 'CROCEVIA' DELLA GIURISDIZIONE. BREVI SPUNTI RICOSTRUTTIVI A MARGINE DI CASS. SS.UU., ORD. 18 SETTEMBRE 2020, N. 19598/2020

Posted on Dicembre 22, 2020 by [Michele Francaviglia](#)

Con l'ordinanza in commento le Sezioni Unite della Corte di cassazione (rel. Lamorgese) hanno sollevato dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea tre complesse questioni pregiudiziali, nell'ambito delle quali si chiede, in estrema sintesi, di verificare la compatibilità con il diritto europeo di quella 'prassi interpretativa' – sancita dalla Corte costituzionale con la sent. n. 6/2018 – che esclude il rimedio del ricorso per cassazione ex art. 111, ult. co., cost., avverso le sentenze del Consiglio di Stato che, non solo, confliggano con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea, ma omettano immotivatamente, in relazione alle controversie sorte sui predetti settori, di effettuare il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

A ben vedere, il provvedimento si inserisce da ultimo in un risalente e travagliato solco giurisprudenziale di legittimità, nell'ambito del quale la Corte di Cassazione – a partire dai noti precedenti sulla c.d. pregiudizialità amministrativa; cfr. per tutti Cass. SS.UU., n. 13659/2006) – ha progressivamente esteso il concetto di

giurisdizione (e, pertanto, il proprio sindacato *ex art. 111, ult. co., cost.*), arrivando a elaborarne, come si vedrà a breve, una nozione 'dinamica', tale da sovrapporre unità funzionale e unità organica dei diversi plessi giurisdizionali presenti nell'ordinamento costituzionale italiano.

Nel caso di specie, la vicenda processuale sulla quale la Suprema Corte ha edificato siffatto rinvio al giudice europeo trae origine dalla, ormai classica (ma inesausta), questione della c.d. efficacia paralizzante del ricorso incidentale escludente, nell'ambito del contenzioso amministrativo in materia di appalti pubblici.

Al riguardo, converrà riassumere brevemente i fatti: l'odierno ricorrente per cassazione partecipava a una procedura di gara, da aggiudicare in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; nel corso di quest'ultima esso veniva escluso, giacché il punteggio conseguito dalla propria offerta tecnica non superava una soglia di sbarramento fissata *ad hoc* dalla Stazione appaltante. L'operatore economico impugnava dinanzi al TAR per la Valle d'Aosta la propria esclusione nonché, con motivi aggiunti, gli altri atti di gara e la stessa aggiudicazione.

L'aggiudicatario si costituiva in giudizio ed eccepiva, in via preliminare, l'inammissibilità delle censure di controparte dirette a travolgere l'intera gara, in quanto il ricorrente era stato (in tesi) legittimamente escluso dalla gara e pertanto era privo di legittimazione a proporle.

Il Tribunale valdostano rigettava tale eccezione ed esaminava nel merito – rigettandoli anch'essi – tutti i motivi di ricorso presentati dall'operatore escluso: quest'ultimo, infatti, era fuoriuscito dalla procedura, non per carenza di un requisito di ammissione alla medesima, ma in virtù di un meccanismo di gara connesso al punteggio attribuito all'offerta tecnica.

L'operatore impugnava, in via principale, la sentenza di primo grado dinanzi al Consiglio di Stato, riproponendo le medesime doglianze – attinenti sia alla propria esclusione, che all'aggiudicazione finale –, mentre l'aggiudicatario censurava, in via incidentale, il medesimo

provvedimento nella parte in cui il TAR aveva esaminato nel merito anche le censure avversarie dirette a travolgere l'intera gara, in quanto proposte da soggetto escluso e pertanto privo della relativa legittimazione processuale; la *ratio* del mezzo è evidente: una volta esclusa la fondatezza del motivo attinente all'esclusione dell'avversario, il restante gravame presentato da quest'ultimo sarebbe risultato inammissibile.

Il Consiglio di Stato, sulla scorta delle due Adunanze plenarie che sul punto si erano espresse (sentt. nn. 4 del 2011 e 9 del 2014), accede a tale ultima ricostruzione e, per l'effetto, da un lato confermava la legittimità dell'esclusione dell'appellante principale, e dall'altro, in accoglimento del gravame incidentale ('paralizzante'), riformava parzialmente la sentenza di primo grado, dichiarando inammissibili le altre censure rivolte dall'impresa esclusa agli atti di gara, in quanto soggetto equiparabile a qualunque altro operatore economico che non aveva partecipato alla gara, titolare di un interesse di mero fatto (e pertanto privo di idonea legittimazione sostanziale a proporre quelle censure).

Avverso la pronuncia del Consiglio di Stato, l'operatore escluso impugnava, infine, la sentenza del Consiglio di Stato con ricorso per cassazione ex art. 111, ult. co., cost., deducendone, da un lato, la violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, di cui all'art. 1, par. 1, co. 3, Dir. CEE n. 665/1989 (e della conferente giurisprudenza europea in tema di appalti pubblici, a partire dalle note sentenze *Fastweb*, *Puligienica* e *Lombardi* che hanno escluso la compatibilità con il diritto europeo dei cc.dd. ricorsi incidentali o eccezioni con effetti 'paralizzanti'), e dall'altro un diniego di accesso alla medesima tutela, configurabile in questo caso come peculiare questione inerente alla giurisdizione e pertanto censurabile con il mezzo proposto.

Sino alla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018, quest'ultimo argomento avrebbe trovato sicuro accoglimento presso la Corte di cassazione la quale, attraverso la fabbricazione di una nozione 'evolutiva' del concetto di giurisdizione - per la quale il

giudizio sui limiti esterni di quest'ultima si estende sino alla verifica che la tutela giurisdizionale sia effettivamente erogata -, era giunta da ultimo ad affermare il proprio sindacato di legittimità ex art. 111, ult. co., cost., anche nei confronti di quelle sentenze del Consiglio di Stato affette da un 'radicale stravolgimento' delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tale da ridondare in denegata giustizia; secondo questo orientamento, l'esame prioritario (e l'accoglimento) del ricorso incidentale 'paralizzante' presentato dall'aggiudicatario - e la conseguente declaratoria di improcedibilità di tutte le altre censure dell'operatore escluso - avrebbe rappresentato *error in procedendo* e, al contempo, violazione dei limiti esterni della giurisdizione, in quanto applicazione di una "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" (così Cass. SS.UU. n. 31226/2017, cfr. anche *Id.* n. 2242/2015).

Com'è noto la Corte costituzionale, con la sent. n.6/2018 (rel. Coraggio), ha recisamente escluso la compatibilità di tale concezione di giurisdizione "con la lettera e lo spirito" dell'art. 111, ult. co., cost.; tra i vari argomenti - tutti spesi con rara franchezza - vi è quello per cui una simile concezione, oltre a determinare "una più o meno completa assimilazione dei due tipi di ricorso" previsti dagli ultimi due commi dell'art. 111 cost., poggia su "considerazioni che sono o prive di fondamento o estranee ad una questione qualificabile come propriamente di giurisdizione, e cioè richiamando principi fondamentali quali la primazia del diritto comunitario, l'effettività della tutela, il giusto processo e l'unità funzionale della giurisdizione"; questi principi, infatti, vanno senz'altro garantiti, "ma a cura degli organi giurisdizionali a ciò deputati dalla Costituzione e non in sede di controllo sulla giurisdizione".

A fronte di questa pronuncia - e sebbene le stesse Sezioni Unite vi abbiano dato un certo seguito (cfr. da ultimo sent. n. 6460/2020) - la Corte di cassazione non si è lasciata sfuggire l'occasione offerta dal caso di specie per innescare un conflitto, potenzialmente senza

precedenti, nei confronti della Corte costituzionale, invocando peraltro l'intervento della Corte di giustizia.

I termini dell'ordinanza sono più o meno espliciti: la pronuncia della Corte costituzionale (ridotta a 'prassi interpretativa') rappresenta un ostacolo all'applicazione - e, prima ancora, alla corretta interpretazione - del diritto dell'Unione europea, nella misura in cui, da un lato, "determina il consolidamento della violazione di tale diritto", e dall'altro consente *de facto* al giudice amministrativo di esercitare un potere di produzione normativa preclusa allo stesso legislatore nazionale, in quanto riservata al legislatore europeo e alla Corte di Giustizia (configurando così un'ipotesi di difetto assoluto o eccesso di potere giurisdizionale). Di qui il rinvio pregiudiziale a quest'ultima con riferimento, tra gli altri, agli artt. 4, par. 3, 19 par. 1, TUE e 267 TFUE, "letti anche alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea".

L'ordinanza in commento risulta di notevole interesse poiché in essa si affacciano e si intrecciano distinte questioni giuridiche, sia di diritto europeo (con riferimento ai limiti dell'obbligo di esperire il rinvio *ex art.* 267 TFUE), che di diritto costituzionale (con riferimento all'evidente conflitto tra la Corte di cassazione e la Corte costituzionale in ordine all'interpretazione dell'art. 111, ult. co., cost.) e di diritto processuale amministrativo (con riferimento al noto dilemma, nell'evoluzione del processo amministrativo, tra giurisdizione soggettiva e oggettiva).

Questa intrinseca complessità trova probabilmente la sua ragion d'essere nel 'bifrontismo' del concetto stesso di 'giurisdizione' - tale da riflettersi direttamente tanto sul piano della tutela dei diritti (e degli interessi legittimi), che su quello dell'organizzazione dei poteri (e in particolare dei plessi giurisdizionali previsti dalla costituzione) - e si sviluppa ulteriormente allorché la definizione dei suoi 'limiti esterni' impinga sul concreto funzionamento del sistema multilivello di tutela delle situazioni giuridiche di rilevanza europea, nel quale l'ordinamento italiano è inserito.

Questa problematicità, non è un caso, trova riscontro nella pluralità

di piani di lettura che il provvedimento in esame offre e che sarebbe errato prendere in considerazione isolatamente, come in alcuni commenti si sta cominciando a fare. In esso, al contrario, i diversi temi e i problemi sono tra loro legati sul piano logico-sistematico di modo che, per esempio, una determinata opzione sul piano del diritto europeo ne implicherà altre, altrettanto specifiche, su quelli costituzionale e processuale amministrativo.

In conclusione, la delicatezza (e la profondità) dei dilemmi giuridici che nel provvedimento si affastellano – e con cui la Corte di Giustizia, suo malgrado, sarà chiamata a confrontarsi – fa sorgere il sospetto che ci si trovi al cospetto del ‘primo atto’ di una nuova, e forse più complessa, ‘saga’ dopo quella relativa al ben noto ‘caso Taricco’.