

Eccesso di potere e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio della Corte UE

La Corte di cassazione pone alla CGUE una serie di questioni che attengono al rapporto tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale (SS.UU. ordinanza 19598/2020).

Pubblicato il 14/03/2021



Con ordinanza n. 19598 del 2020 (testo in calce) la Corte Suprema di Cassazione - sezioni unite civili in virtù dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea ha chiesto alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea di pronunciarsi in via pregiudiziale su tre questioni cruciali per l'intero ordinamento nazionale.

Ed in particolare la Corte ha adito la Corte di giustizia al fine di verificare se le norme Europee ostino ad una prassi interpretativa secondo cui è ammesso il ricorso per Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato solo per motivi di giurisdizione e non già per motivi attinenti alla violazione delle norme Europee ovvero per contrasto con sentenze della Corte di giustizia.

Sommario

- [Il caso](#)
- [L'origine dell'acronica risposta della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale all'eccesso di potere giurisdizionale](#)
- [Dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione alla Corte Costituzionale](#)
- [Dalla Corte Costituzionale all'ordinanza della Corte di Cassazione di rimessione alla Corte di Giustizia](#)

Il caso

Il caso sotteso all'ordinanza di rimessione della Corte attiene ad una procedura di gara indetta da Pubblica Amministrazione volta ad individuare un'agenzia per la collocazione di lavoro somministrato da aggiudicare in base al criterio dell'offerta più vantaggiosa.

Nel bando di gara era prevista una "soglia di sbarramento" alle offerte tecniche, il cui superamento era necessario per partecipare al prosieguo della gara.

La ricorrente, esclusa per il mancato superamento della "soglia di sbarramento", impugnava dinanzi al competente T.A.R. la propria esclusione, deducendo una serie di vizi (tra cui, l'irragionevolezza dei punteggi tecnici, l'inadeguata determinazione dei criteri e l'illegittima nomina della commissione di gara).

Il T.A.R. adito, pur rigettando le eccezioni preliminari sollevate dall'Amministrazione e dall'aggiudicataria in ordine alla legittimazione della ricorrente a proporre i motivi di ricorso, dato che quest'ultima era stata esclusa dalla gara per insufficienza della propria offerta tecnica, respingeva il ricorso nel merito.

La ricorrente quindi proponeva appello e l'aggiudicataria interponeva appello incidentale, censurando quest'ultima in particolare la sentenza nella parte in cui aveva ritenuto ammissibili le censure volte ad ottenere il travolgimento della gara, laddove invece avrebbero dovuto essere ritenute inammissibili poiché proposte da un soggetto che era stato escluso dalla procedura.

Il Consiglio di Stato, sez. III, con sentenza del 7 agosto 2019, rigettava il motivo di ricorso principale con cui la società appellante contestava l'attribuzione alla propria offerta tecnica di un punteggio insufficiente per il superamento della soglia di sbarramento, ed in accoglimento dell'appello incidentale, stabiliva che la ricorrente non era legittimata a proporre motivi di ricorso volti ad ottenere il travolgimento della gara, in quanto ne era stata esclusa ed essendo per tale ragione *"portatrice di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico del settore che non ha partecipato alla gara"*.

Avverso tale Sentenza la ricorrente proponeva ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione sotto i profili della violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale e del diniego di accesso alla tutela medesima.

Ed in particolare la società ricorrente ha dedotto un unico motivo di ricorso per Cassazione la violazione degli [articoli 362, comma 1, c.p.c. e 110 cod. proc. amm.vo](#), per aver il Consiglio di Stato negato ad un soggetto escluso dalla gara la legittimazione e l'interesse a proporre le censure volte al travolgimento della gara ( quali la inadeguatezza dei criteri di valutazione delle offerte, il difetto di motivazione dei punteggi assegnati alle offerte, le modalità di nomina della commissione etc.), con conseguenziale violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale previsto dall'art. 1, par.1, terzo comma, della Direttiva CEE del 21 dicembre 1989, n. 665.

La società ricorrente ha quindi dedotto che nel caso in esame vi sarebbe un diniego di accesso alla tutela giurisdizionale censurabile per Cassazione dinanzi alle sezioni Unite della Corte di Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, ai sensi dell'[art. 111, ottavo comma, della Costituzione](#).

Di seguito la Corte di Cassazione emette l'ordinanza di rimessione innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che si pone in netto contrasto con la sentenza della Corte Costituzionale n. 6 del 2018 (testo in calce).

L'origine dell'acronica risposta della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale all'eccesso di potere giurisdizionale

Le questioni sottese al sindacato della Corte di cassazione sulle sentenze dei Giudici speciali (Consiglio di Stato e Corte dei Conti) per superamento dei limiti esterni alla giurisdizione è particolarmente complesso in quanto si imputa al Corte di Cassazione di sindacare anche gli *errores in procedendo ed in iudicando* delle sentenze amministrative estendendo in tal modo una cognizione su errori che tradizionalmente attengono ai limiti interni alle singole giurisdizioni.

Ed in particolare con l'espressione eccesso di potere giurisdizionale oggi si fa riferimento oltre ai casi cd. storici di difetto giurisdizione del Giudice amministrativo adito per sconfinamento di quest'ultimo nell'esercizio di poteri che la legge riserva agli Organi amministrativi ovvero di esercizio della giurisdizione di merito in situazioni in cui sarebbe ravvisabile solo una giurisdizione di legittimità o esclusiva, e a sentenze amministrative viziate da incompetenza (difetto di giurisdizione) perché invadono la sfera giurisdizionale di altri organi giurisdizionali, anche ai casi in cui il Giudice amministrativo adito ritiene di non riconoscere una determinata forma di tutela invocata dal ricorrente ( cd. diniego di giustizia o rifiuto di giurisdizione), o ai casi di radicale stravolgimento delle regole processuali tali da sconfinare in negazione di giustizia.

Tale teorizzazione trova oggi una conferma nell'art. 111, ottavo comma, della Costituzione, nonché negli [articoli 91 e 110 del cod. proc. amm.](#) e 207 cod. giustizia contabile ove è espressamente prescritto che contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti è ammissibile il ricorso per Cassazione per motivi "inerenti alla giurisdizione".

*È stato al riguardo osservato che "...emerge che il sindacato sulla giurisdizione, riservato alla Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, ha ad oggetto non solo la verifica della spettanza della potestas iudicandi nella materia o nella singola controversia, in quanto in tesi appartenente ad altro giudice (o a nessun giudice), ma anche il controllo delle modalità di esercizio della potestas iudicandi, seppure limitatamente al riscontro di elementi sintomatici dello sconfinamento nella sfera della discrezionalità amministrativa e legislativa o .... del radicale stravolgimento delle regole di diritto processuale, tale da implicare un evidente diniego di giustizia (Cass., s.u. n. 27847/2015; s.u., n. 24468/2016; s.u.n.15428/2012)." ( cit., Antonio Lamorgese, in atti incontro di studio tenutosi presso la Corte di Cassazione in data 21.9.2017 dal titolo "Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione").*

La nozione di giurisdizione è quindi evoluta nel tempo passando da ambito attributivo della "potestas iudicandi" a "somministrazione della tutela giurisdizionale" ( v. Lamorgese in atti incontro di studio prima citato), con consequenziale sindacabilità per motivi inerenti alla giurisdizione del rifiuto di tutela riconosciuto dall'Ordinamento in violazione dell'art. 111, ottavo comma della Cost..

La Corte di Cassazione quindi ha assunto nel tempo una nozione elastica di giurisdizione che spetta all'interprete coniugare.

In tal senso la Corte di cassazione, sez. unite, con la sentenza n. 30254 del 2008 ha precisato che "*... il giudizio sulla giurisdizione rimesso alle S.U., non è più riconducibile ad un giudizio di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, né rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma va inteso 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. Infatti è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Pertanto, rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., la eroghi concretamente e nel vincolarlo ad esercitare la giurisdizione rispettandone il contenuto essenziale, così esercitando il sindacato per violazione di legge che la S.C. può compiere anche sulle sentenze del giudice amministrativo".*

Conseguentemente gli *errores in procedendo* ed in *iudicando* delle sentenze dei Giudici amministrativi possono assurgere a sintomi di eccesso di potere giurisdizionale censurabili in Cassazione tramite il rimedio dell'art. 111, ottavo comma, della Cost.

Dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione alla Corte Costituzionale

Le sezioni unite della Corte di cassazione già con le ordinanze n.13559 e 13660 del 13.06.2006 hanno dichiarato "rifiuto di giurisdizione" l'orientamento del giudice amministrativo che subordinava l'ammissibilità dell'azione risarcitoria alla cd. pregiudiziale di annullamento affermando con ordinanza n.13911 del 2006 che "... c) il giudice amministrativo rifiuta di esercitare la giurisdizione e la sua decisione, a norma dell'art. 362 c.p.c., comma 1, si presta a cassazione da parte delle sezioni unite quale giudice del riparto della giurisdizione, se l'esame del merito della domanda autonoma di risarcimento del danno è rifiutato per la ragione che nel termine per ciò stabilito non sono stati chiesti l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei suoi effetti...)", tesi confermata poi in seguito con la sentenza n. 30254 del 2008 (prima citata).

Con tale ultima sentenza i Giudici della Suprema Corte hanno inquadrato il "rifiuto di giurisdizione" nell'ambito di un "errore interpretativo", ovvero un vizio della sentenza impugnabile tramite una evoluzione dell'art.111, ottavo comma, della Cost. innanzi alla Corte di Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione.

In continuità con questo orientamento si è espressa di nuovo la Corte di Cassazione Sez. U, con [Sentenza n. 2242 del 2015](#), in forza della quale " la particolarità della vicenda in trattazione impone la cassazione della sentenza impugnata ed il rinvio al giudice amministrativo perché la riesamini alla luce dell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia alla normativa di riferimento. A questa conclusione inducono una serie di considerazioni. Quello del quale si discute è proprio uno di quei "casi estremi" ai quali fa riferimento la più volte citata Cass. SU n. 2403 del 2014, in cui l'eccesso giurisdizionale va individuato nell'errore del GA tradottosi in un radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento, così come interpretate dalla Corte di giustizia."

Di seguito con ordinanza n. 107 del 2016 le Sezioni Unite hanno rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità Costituzionale dell'art. 69, comma 7, d.lgs. nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30.6.1998 restano attribuite alla giurisdizione

esclusiva del giudice amministrativo solo qualora sono state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000, deducendo la violazione dell'[art. 117, primo comma, della Costituzione](#), in relazione ai parametri interposti dall'[art. 6, paragrafo I, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali \(CEDU\)](#).

Tale rimessione si fonda sul presupposto secondo cui le Sezioni Unite ritengono sussistenti i presupposti che giustificano il ricorso per motivi di giurisdizione alle sentenze del Consiglio di Stato.

Ed in particolare la Corte di Cassazione in tema di rilevanza della questione afferma che *" il sindacato esercitato dalla Corte di cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 362, primo comma, cod. proc. civ. e dell'art. 110 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), è consentito ove si richieda l'accertamento dell'eventuale sconfinamento del secondo dai limiti esterni della giurisdizione, per il riscontro di vizi che riguardano l'essenza della funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio, restando, per converso, escluso ogni sindacato sui limiti interni, cui attengono gli errores in iudicando o in procedendo.*

*A tale stregua, il rimedio in questione sarebbe esperibile nell'ipotesi in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia violato l'ambito della giurisdizione in generale - esercitandola nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, oppure, al contrario, negandola sull'erroneo presupposto che la domanda non possa formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale - ovvero nell'ipotesi in cui abbia violato i cosiddetti limiti esterni della giurisdizione, allorquando, cioè, si pronunci su materia attribuita al giudice ordinario o ad altro giudice speciale, oppure neghi la sua giurisdizione nell'erroneo convincimento che appartenga ad altro giudice.*

Secondo le Sezioni Unite si sarebbe andata affermando una nozione di limite esterno «collegato all'evoluzione del concetto di giurisdizione», «da intendersi in senso dinamico, nel senso dell'effettività della tutela giurisdizionale».

Secondo la Corte rimettente *"In quest'ottica, il giudizio sulla giurisdizione non sarebbe più uno strumento di «accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato», ma costituirebbe uno strumento per affermare il diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi: sarebbe norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. ( ...)."*

Ad avviso delle Sezioni Unite, dunque, la situazione *de quibus* rientrerebbe in uno di quei casi estremi in cui il giudice amministrativo adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per *errores in iudicando* o in procedendo che danno luogo al superamento del limite esterno.

La tesi seguita dalla Sezioni Unite viene smentita dalla Corte Costituzionale, la quale con la sentenza n. 6 del 2018 dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 7, del [decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165](#).

Ed in particolare la Corte Costituzionale afferma che la questione posta dalla Corte di Cassazione non attiene alla giurisdizione ma all'interpretazione dell'art. 111 della Costituzione.

La Corte Costituzionale ritiene in particolare che non possa essere seguita la linea della Corte di Cassazione in quanto l'interpretazione dell'ottavo comma dell'art. 111 della Costituzione non può comportare la rimessione innanzi alla Corte di Cassazione, per motivi inerenti la giurisdizione, delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti per gli errori in procedendo ed in iudicando, ribadendo al contempo l'impostazione tradizionale secondo cui *"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, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici.*

*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.*

*Alla stregua del così precisato ambito di controllo sui "limiti esterni" alla giurisdizione non è consentita la censura di sentenze con le quali il giudice amministrativo o contabile adotti una interpretazione di una norma processuale o sostanziale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda.*

*Ne consegue, nel caso di specie, l'inammissibilità della questione sollevata per difetto di rilevanza, in ragione della mancanza di legittimazione del giudice a quo."*

Dalla Corte Costituzionale all'ordinanza della Corte di Cassazione di rimessione alla Corte di Giustizia

Il rigetto dell'interpretazione evolutiva del ricorso per Cassazione per motivi inerenti la giurisdizione per *errore in procedendo ed errores in iudicando* delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti da parte della Corte Costituzionale, ha spinto la Corte di Cassazione ad alzare il tiro, investendo la Corte di Giustizia della problematica in esame.

In particolare la Corte di Cassazione con tale rimessione rivendica il ruolo di essere il Giudice di garanzia del rispetto del diritto dell'Unione Europea nell'Ordinamento interno.

Peraltro va detto che nove giorni prima dell'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia la Corte di Cassazione con la sentenza 18592 del 2020 ha operato un vero e proprio *self restraint* formando una interpretazione molto restrittiva dell'eccesso di potere giurisdizionale sindacabile sotto forma di ricorso per motivi di giurisdizione.

Le problematiche poste dalla ordinanza di rimessione alla CGUE attengono quindi al rapporto tra Ordinamento europeo e Ordinamento nazionale.

I criteri stabiliti dall'Ordinamento europeo per risolvere contrasti tra l'Ordinamento europeo e gli Ordinamenti dei vari Stati membri si basano sui principi di attribuzione, sussidiarietà e proporzionalità.

Ma nonostante tali criteri ordinatori nella realtà materiale si creano dei veri e propri conflitti tra norme applicabili.

La Corte di Giustizia dell'unione europea ha sempre sostenuto che il principio cardine dell'Unione si fonda sull'esigenza di assicurare la produzione di effetti diretti delle fonti europee ed il loro primato sul diritto nazionale.

Ed infatti se una norma interna ai singoli Stati dovesse prevalere sulla normativa Europea i diritti attribuiti ai singoli dall'Ordinamento dell'Unione non troverebbero alcuna tutela.

Per evitare tali contrasti la giurisprudenza Comunitaria ha stabilito il principio giurisprudenziale di primazia del diritto dell'Unione Europea.

Detto principio è stato affermato per la prima volta dalla Corte di giustizia nella sentenza n. 6 del 1964 nel giudizio Costa/ Enel, con la quale l'Alta Corte ha statuito che con l'Istituzione della Comunità Europea gli Stati membri hanno limitato i loro poteri sovrani e creato un complesso di diritti vincolanti per i loro cittadini e ciò comporta come corollario l'impossibilità per i singoli stati di far prevalere contro il diritto dell'Unione Europea un provvedimento unilaterale ulteriore.

Di seguito il principio in esame è stato ulteriormente sviluppato dalla Corte di Giustizia con la sentenza n. 106 del 1977, ove la Corte ha affermato che " *in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli stati membri, non solo di rendere ipso iure inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche - in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore, rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli stati membri - di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie.... Il Giudice nazionale ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale*".

Accanto a questa chiara presa di posizione da parte della Corte di Giustizia l'orientamento della giurisprudenza Costituzionale italiana è inizialmente in senso contrario.

Solo a seguito di un lungo percorso giurisprudenziale la Corte Costituzionale ha riconosciuto la prevalenza delle norme Europee su quelle interne.

Ed in particolare la Corte Costituzionale ha riconosciuto alle norme Europee una posizione di subordinazione rispetto alle norme Costituzionali ma di sovraordinazione rispetto alla legge ordinaria.

Specificamente il conflitto tra Corte Costituzionale e Corte di Giustizia è stato superato solo con la sentenza della Corte Costituzionale n. 170 del 1984, con la quale la Corte ha aderito alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, affermando che spetta al Giudice Nazionale verificare se la normativa europea regola il caso sottoposto al suo esame e ove il regolamento fissi la disciplina del caso concreto la norma interna deve essere disapplicata; per cui al di fuori dell'ambito operativo del regolamento comunitario la norma nazionale continua ad operare e a produrre effetti, restando quindi sottoposta al regime tipico dell'atto legislativo ordinario.

Per cui il giudice nazionale è tenuto a disapplicare la normativa nazionale posteriore confliggente con disposizioni europee senza sollevare un preventivo giudizio di legittimità Costituzionale.

Conseguentemente si può oggi affermare che nel caso di contrasto tra la normativa Europea e quella interna occorre distinguere il caso in cui il diritto europeo è direttamente applicabile dal caso in cui la normativa europea non è direttamente applicabile.

Nel primo caso, ovvero applicazione diretta della normativa europea, il Giudice investito della controversia disapplica la norma interna sia in caso di violazione immediata della normativa interna che nel caso di violazione mediata che ricorre qualora la norma interna riproduce nell'Ordinamento interno la normativa europea senza che ce ne fosse bisogno.

Nel caso invece in cui la normativa europea non fosse direttamente applicabile nello stato membro in quanto necessita di un atto normativo interno al singolo stato, nel caso di conflitto il Giudice nazionale deve rimettere la questione innanzi alla Corte

Costituzionale (in tal senso [C. Cost. n. 207 del 2013](#); [C. Cost. n. 75 del 2012](#); [C. Cost. 227 del 2010](#); [n. 28 del 2010](#) e [n. 284 del 2007](#)).

Inoltre ai sensi dell'art. 267, primo comma, del TFUE " *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle Istituzioni, dagli Organi e dagli Organismi dell'Unione.*".

Per cui nel caso in cui sorga un dubbio sulla validità o interpretazione di una disposizione di diritto dell'Unione Europea in un processo nazionale, Il giudice investito della controversia può, ove lo ritenga necessario, sospendere il giudizio e rimettere gli atti alla Corte di giustizia (art. 267, secondo comma, TFUE) .

Mentre nel caso in cui la questione è sollevata in un giudizio avverso la cui decisione non possa proporsi altro ricorso giurisdizionale (cd. giudice di ultima istanza), il giudice investito della controversia è tenuto a rivolgersi alla Corte (art. 267, terzo comma, TFUE).

In tal contesto si inserisce la problematica in commento ove la Corte di Cassazione imputa al Consiglio di Stato la violazione di legge per la omessa rimessione degli atti alla Corte di Giustizia qualora vi sia da risolvere una questione sulla interpretazione o validità di atti dell'Unione.

[CASSAZIONE, SS.UU. CIVILI, ORDINANZA N. 19598/2020](#)>> [SCARICA IL PDF](#)

[CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA N. 6/2018](#)>> [SCARICA IL PDF](#)

( da [www.altalex.com](http://www.altalex.com) )

## **CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**

### **SEZIONI UNITE CIVILI**

**Ordinanza 18 settembre 2020, n. 19598**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MAMMONE Giovanni - Primo Presidente -

Dott. DI IASI Camilla - Presidente di sez. -

Dott. TRAVAGLINO Giacomo - Presidente di sez. -

Dott. TRIA Lucia - Presidente di sez. -

Dott. GIUSTI Alberto - Consigliere -

Dott. SCRIMA Antonietta - Consigliere -

Dott. CIRILLO Francesco M. - Consigliere -

Dott. LAMORGESE Antonio Pietro - rel. Consigliere -

Dott. CRUCITTI Roberta - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

#### **ORDINANZA INTERLOCUTORIA**

sul ricorso 30174-2019 proposto da:

RANDSTAD ITALIA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA A. BERTOLONI 26-B, presso lo studio dell'avvocato MASSIMILIANO BRUGNOLETTI, che la rappresenta e difende;

- ricorrente -

contro

UMANA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentata e difesa dall'avvocato FEDERICO BERTOLDI; AZIENDA USL VALLE D'AOSTA, IN. VA S.P.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliate in ROMA, VIA LUIGI CECI 21, presso lo studio dell'avvocato PAOLO BORIONI, che le rappresenta e difende unitamente all'avvocato FRANCESCO DAL PIAZ;

SYNERGIE ITALIA AGENZIA PER IL LAVORO S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA BERNARDO

BUONTALENTI 39/41, presso lo studio del rag. PAOLA FRUSONE, rappresentata e difesa dall'avvocato ADOLFO MARIO BALESTRERI;

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 5606/2019 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 07/08/2019;

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 07/07/2020 dal Consigliere Dott. ANTONIO PIETRO LAMORGESE;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CELENTANO CARMELO, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso;

uditi gli avvocati Santi Dario Tomaselli, per delega dell'avvocato Massimiliano Brugnoletti, Adolfo Balestreri, Francesco Dal Piaz e Federico Bertoldi.

#### Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Oggetto del procedimento principale e fatti pertinenti.

1.- L'Azienda Usi Valle d'Aosta aveva indetto una procedura di gara per un valore di oltre dodici milioni di Euro, da aggiudicare in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di individuare una Agenzia per il lavoro, cui affidare per tre anni la somministrazione temporanea di personale a tempo determinato.

2.- La Stazione appaltante aveva previsto negli atti di gara una "soglia di sbarramento" alle offerte tecniche, fissata a 48 punti, onde non sarebbero stati ammessi al prosieguo della gara i concorrenti il cui progetto fosse stato valutato con un punteggio inferiore. Alla procedura avevano partecipato otto concorrenti, tra i quali la Randstad Italia Spa, il raggruppamento formato da Synergie Italia Agenzia per il Lavoro Spa (mandataria) e Umana Spa (mandante) e la Gi Group Spa.

3.- La commissione di gara, valutate le offerte tecniche, aveva ammesso alla fase successiva della valutazione economica delle offerte soltanto il RTI Synergie-Umana e la Gi Group; aveva escluso la Randstad per mancato superamento della "soglia di sbarramento", avendo ottenuto un punteggio inferiore a quello richiesto.

4.- All'esito della graduatoria finale, la Stazione appaltante aveva aggiudicato la gara al RTI Synergie-Umana.

5.- La Randstad impugnava, dinanzi al Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta, la propria esclusione per il mancato superamento della "soglia di sbarramento" e, con motivi aggiunti, l'aggiudicazione della gara al RTI Synergie-Umana. Deduceva, al fine di ottenere la riammissione alla gara, l'irragionevolezza dei punteggi tecnici attribuiti alla propria offerta, nonostante l'evidente similarità della stessa con quella del RTI; la inadeguata determinazione dei criteri e sub-criteri di valutazione delle offerte indicati nel disciplinare di gara e il difetto di motivazione circa i voti numerici assegnati alle offerte; la illegittima nomina della commissione di

gara, avvenuta dopo l'apertura delle offerte tecniche; la illegittima composizione della commissione con una persona incompatibile; la mancata suddivisione della gara in lotti.

6.- L'Azienda Usl Valle d'Aosta e il RTI Synergie-Umana resistevano ed eccepivano l'inammissibilità dei motivi di ricorso della Randstad: assumevano che quest'ultima fosse priva di legittimazione a proporli, essendo stata comunque esclusa dalla gara. La In. Va Spa, stazione appaltante, non si costituiva nel giudizio.

7.- Il Tribunale amministrativo regionale rigettava le eccezioni relative alla legittimazione della ricorrente (ad avviso del Tribunale, la Randstad legittimamente aveva partecipato alla gara, essendo incontestatamente in possesso dei requisiti di ammissione, e ne era stata esclusa, a causa della valutazione negativa della sua offerta tecnica, dunque essa era legittimata a contestare l'esito della gara in ogni suo profilo) e, esaminando tutti i motivi di ricorso, li rigettava nel merito.

8.- La Randstad proponeva appello, in via principale, con il quale ribadiva le censure e gli argomenti difensivi svolti in primo grado.

9.- Le società Synergie e Umana proponevano appello in via incidentale e criticavano la sentenza del Tribunale amministrativo regionale nella parte in cui aveva ritenuto ammissibili ed esaminato nel merito le censure dirette al travolgimento della gara, in quanto impropriamente proposte da un soggetto non legittimato a proporle, come la Randstad, che era stata esclusa dalla competizione.

10.- Il Consiglio di Stato, sez. III, con sentenza del 7 agosto 2019, rigettava il motivo del ricorso principale con cui la Randstad contestava l'attribuzione alla propria offerta tecnica di un punteggio insufficiente per il superamento della "soglia di sbarramento", all'esito del cosiddetto confronto "a coppie"; in accoglimento dei ricorsi incidentali di Synergie e Umana, riformava parzialmente la sentenza impugnata nella parte in cui il Tribunale aveva esaminato nel merito gli altri motivi del ricorso principale che, ad avviso del Consiglio di Stato, non avrebbe dovuto esaminare perchè inammissibili, essendo la Randstad priva di legittimazione a proporli perchè esclusa dalla gara.

10.1.- Dunque, il Consiglio non esaminava nel merito gli altri motivi del ricorso principale proposti da Randstad - che contestavano i criteri generali di valutazione delle offerte, la nomina e composizione della commissione di gara e la mancata suddivisione della gara in lotti - diretti a contestare l'esito della gara e a determinarne il travolgimento. Osservava che, essendo stata esclusa, la Randstad era priva di legittimazione perchè "portatrice di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico del settore che non ha partecipato alla gara": in tal senso affermava di aderire alla giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio (sentenze n. 4 del 7 aprile 2011 e n. 9 del 25 febbraio 2014), secondo la quale, nel caso in cui l'Amministrazione abbia escluso dalla gara un concorrente - sia per difetto delle condizioni soggettive di partecipazione alla gara intese in senso ampio, sia per altre cause derivanti da carenze oggettive delle offerte e, dunque, anche per inidoneità dell'offerta tecnica o mancato superamento della soglia di punteggio minimo attribuibile all'offerta medesima -, esso non ha la legittimazione ad impugnare gli atti di gara, a meno che non ottenga una pronuncia di accertamento



della illegittimità della propria esclusione.

11.- Avverso questa sentenza la Randstad propone ricorso per cassazione; resistono con controricorsi la Synergie e l'Umana e, con unico controricorso, l'Azienda Usi Valle d'Aosta e la In. Va. Le parti hanno presentato memorie.

Argomenti essenziali delle parti nel procedimento principale.

12.- La ricorrente Randstad deduce, con un unico motivo, la violazione dell'art. 362 c.p.c., comma 1, e art. 110 cod. proc. amm., per avere il Consiglio di Stato negato ad un soggetto escluso dalla gara - con provvedimento la cui legittimità non era stata definitivamente accertata, essendo contestata nel giudizio - la legittimazione e l'interesse a proporre le censure volte al travolgimento della gara stessa, riguardanti la inadeguatezza dei criteri di valutazione delle offerte e il difetto di motivazione dei punteggi assegnati alle offerte, nonché le modalità di nomina e composizione della commissione di gara, ai fini dell'esclusione dell'aggiudicatario e comunque della ripetizione della gara; con consequenziale violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, codificato in materia nell'art. 1, par. 1, comma 3, della Direttiva Cee 21 dicembre 1989, n. 665, e diniego di accesso alla tutela stessa, censurabile con ricorso per cassazione dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, come statuito in precedenti specifici delle Sezioni Unite (sentenze 6 febbraio 2015, n. 2242 e 29 dicembre 2017, n. 31226).

12.1.- La ricorrente, a sostegno della denuncia di lesione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, secondo la Direttiva Cee n. 665 del 1989, invoca la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in materia, secondo la quale idonea a radicare l'interesse e il diritto alla tutela giurisdizionale è la mera probabilità di conseguire un vantaggio mediante la proposizione del ricorso, consistente in qualsiasi risultato, anche rappresentato dalla riedizione della procedura di gara. In particolare, richiama le sentenze 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi; 5 aprile 2016, C-689/13, Puligenica; 4 luglio 2013, C-100/12, Fastweb, le quali - tutte pronunciate su rinvii pregiudiziali disposti da giudici amministrativi italiani - ripetutamente hanno escluso la possibilità che l'eccezione (e il ricorso incidentale) dell'aggiudicatario di una gara di appalto, al fine di ottenere l'esclusione dalla gara, o la conferma dell'esclusione, di un altro partecipante alla gara, siano esaminati prioritariamente con effetti paralizzanti del ricorso principale, privando conseguentemente il concorrente escluso dell'interesse al ricorso (principale) e della legittimazione a contestare l'esito della gara per qualsiasi ragione, qualunque sia il numero dei concorrenti, anche al fine di ottenere il travolgimento e la ripetizione della gara stessa. Nella stessa direzione è un altro arresto delle Sezioni Unite che ha ritenuto non condivisibile il principio, espresso dal Consiglio di Stato, secondo il quale il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara di affidamento di appalti pubblici, deve essere esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura. Ed infatti, tale principio - il quale, al cospetto di due imprese che sollevano a vicenda la medesima questione, ne sanziona una con l'inammissibilità del ricorso e ne favorisce l'altra con il mantenimento di un'aggiudicazione (in tesi) illegittima - denota una crisi del sistema che, al contrario,

proclama di assicurare a tutti la possibilità di provocare l'intervento del giudice per ripristinare la legalità e dare alla vicenda un assetto conforme a quello voluto dalla normativa di riferimento, tanto più che l'aggiudicazione può dare vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo (Sez. Un., 21 giugno 2012, n. 10294).

13.- I resistenti Azienda Usl, In. Va, Synergie e Umana svolgono argomenti difensivi convergenti che possono essere illustrati congiuntamente.

13.1.- Essi eccepiscono l'inammissibilità del ricorso che ritengono diretto a denunciare un vizio della impugnata sentenza del Consiglio di Stato incensurabile dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione (e a qualunque altro organo giurisdizionale), perchè non riconducibile ad una ipotesi di violazione dei "limiti esterni" della giurisdizione amministrativa e, dunque, non integrante un motivo "inerente alla giurisdizione", che segna l'ambito delle attribuzioni proprie delle Sezioni Unite in sede di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato. Il motivo in esame riguarderebbe una ipotetica violazione di legge non rientrante tra i motivi di ricorso per cassazione e, dunque, non più rimediabile, come statuito in un caso simile in un più recente arresto delle Sezioni Unite (16 maggio 2019, n. 13243) che ha aderito ad un orientamento espresso da una sentenza della Corte costituzionale (n. 6 del 18 gennaio 2018) successiva ai sopraindicati arresti delle Sezioni Unite del 2015 e 2017 (sub 12).

13.2.- E comunque, ad avviso dei resistenti, il vizio denunciato sarebbe inesistente per le seguenti ragioni.

a) Essi condividono le argomentazioni esposte dal Consiglio di Stato nella sentenza impugnata e negano l'esistenza di un contrasto con la richiamata giurisprudenza della Corte di giustizia, che assumono non pertinente nella fattispecie in esame, in ragione del fatto che la Randstad era unica ricorrente in giudizio all'esito di una gara cui avevano partecipato anche altri operatori economici che non avevano proposto impugnazione, con la conseguenza che l'aggiudicazione a favore del RTI Synergie-Umana si sarebbe definitivamente consolidata.

b) I resistenti affermano che il Consiglio di Stato abbia fatto corretta applicazione della giurisprudenza amministrativa, desumibile dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 e n. 9 del 2014, secondo cui un operatore economico che sia stato escluso da una gara per ragioni oggettive (come nella specie, per il mancato raggiungimento del punteggio minimo nella valutazione dell'offerta tecnica o, ad esempio, per l'assenza di requisiti specifici minimi richiesti dal bando o per anomalia dell'offerta) o per ragioni soggettive (ad esempio, per mancanza dei requisiti di moralità, di idoneità professionale, di capacità economica e finanziaria o tecnica), si trova in una posizione assimilabile a quella dell'operatore che non ha mai partecipato alla gara e non ha titolo per proseguire nella stessa, con la conseguenza che non sarebbe legittimato a contestarne l'esito per altre ragioni nè a proporre motivi di censura diretti a fare caducare la gara stessa o a provocarne comunque la (possibilità della) riedizione. Ad avviso dei resistenti, si giustifica l'esame prioritario (e la valutazione del Consiglio di Stato di fondatezza) dell'eccezione e del ricorso incidentale dell'aggiudicatario, al fine di fare dichiarare inammissibili le ulteriori censure proposte dal concorrente escluso (ricorrente principale) per contestare

l'esito della gara, e dunque l'aggiudicazione stessa, per ragioni inerenti alla invalidità della procedura.

c) Essi affermano che la citate sentenze della Corte di giustizia (sub paragrafo 12.1) introducono una eccezione nel panorama giuridico nazionale perchè danno ingresso ad un concetto di interesse ad agire ipotetico ed astratto (del concorrente escluso ad ottenere l'aggiudicazione all'esito della riedizione della gara), atteso che, soprattutto in presenza di più di due concorrenti, nel caso in cui sia esaminato ed accolto anche il ricorso principale del concorrente escluso dalla gara, oltre che il ricorso incidentale dell'aggiudicatario diretto ad escludere (o a confermare l'esclusione) dell'altro concorrente, non è detto che la Stazione appaltante si determini a ripetere la gara, soprattutto in presenza di una valida offerta di un terzo partecipante alla gara.

Le disposizioni giuridiche pertinenti del diritto dell'Unione.

14.- Ai sensi dell'art. 1 della direttiva 89/665/CE (modificata dalla direttiva 2007/66/CE), rubricato "Ambito di applicazione e accessibilità delle procedure di ricorso":

"1. La presente direttiva si applica agli appalti di cui alla direttiva (2004/18), a meno che tali appalti siano esclusi a norma degli articoli da 10 a 18 di tale direttiva.

Gli appalti di cui alla presente direttiva comprendono gli appalti pubblici, gli accordi quadro, le concessioni di lavori pubblici e i sistemi dinamici di acquisizione.

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva (2004/18), le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli artt. da 2 a 2 septies della presente direttiva, sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono (...).

3. Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità dettagliate che gli Stati membri possono determinare, (per lo meno) 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 (...).

Ai sensi dell'art. 2 ("Requisiti per le procedure di ricorso"), paragrafo 1, della citata direttiva:

"Gli Stati membri provvedono affinché i provvedimenti presi in merito alle procedure di ricorso di cui all'art. 1 prevedano i poteri che consentono di: (...) b) annullare o far annullare le decisioni illegittime (...).

Il secondo e terzo considerando della direttiva 89/665 sono formulati come segue:

"(C)considerando che i meccanismi attualmente esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire (l'applicazione (effettiva delle direttive in materia di appalti pubblici) non sempre permettono di garantire il rispetto delle disposizioni

comunitarie, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette;

considerando che l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione e che occorre, affinché essa sia seguita da effetti concreti, che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscano tale diritto".

Il terzo considerando della direttiva 2007/66/CE è così formulato:

"(...) le garanzie di trasparenza e di non discriminazione che costituiscono l'obiettivo di tali direttive (in particolare della direttiva 89/665) dovrebbero essere rafforzate per garantire che la Comunità nel suo complesso benefici pienamente degli effetti positivi dovuti alla modernizzazione e alla semplificazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, operate dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE (...)".

Il diciassettesimo considerando della direttiva da ultimo citata recita:

"Una procedura di ricorso dovrebbe essere accessibile almeno 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".

Ai sensi dell'art. 2 ("Principi di aggiudicazione degli appalti") della direttiva 2004/18/CE ("relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi"):

"Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza".

Le disposizioni giuridiche pertinenti del diritto nazionale.

15.- L'art. 111 Cost., comma 8, recita:

"Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione", mentre contro le sentenze di tutti gli altri organi giurisdizionali il ricorso è ammesso anche per violazione di legge.

Il R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, art. 65, comma 1, sull'Ordinamento giudiziario, recita:

"La Corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge".

Analoghe disposizioni si ritrovano nei codici di procedura civile e penale e nel codice del processo amministrativo.

L'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1 recita:

"Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate con ricorso per cassazione: 1) per motivi attinenti alla giurisdizione (...)"  
l'art. 362 c.p.c., commi 1 e 2, recita:

"1. Possono essere impugnate con ricorso per cassazione, nel termine di cui all'art. 325, comma 2, le decisioni in grado d'appello o in unico grado di un giudice speciale, per motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso. 2. Possono essere denunciati in ogni tempo con ricorso per cassazione: 1) i conflitti positivi o negativi di giurisdizione tra giudici speciali, o tra questi e i giudici ordinari; 2) i conflitti negativi di attribuzione tra la pubblica amministrazione e il giudice ordinario";

l'art. 620 c.p.c., comma 1, lett. c), prevede tra i casi di annullamento della sentenza senza rinvio da parte della Corte di Cassazione quello in cui "il provvedimento impugnato contenga disposizioni che eccedano i poteri della giurisdizione, limitatamente alle medesime";

l'art. 110 cod. proc. amm. ("Motivi di ricorso") recita:

"Il ricorso per cassazione è ammesso contro le sentenze del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione";

l'art. 91 cod. proc. amm. ("Mezzi di impugnazione") stabilisce che "i mezzi di impugnazione delle sentenze (dei giudici amministrativi) sono l'appello, la revocazione, l'opposizione di terzo e il ricorso per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione".

A norma dell'art. 111 cod. proc. amm. ("Sospensione della sentenza"), pendendo il ricorso per cassazione, "Il Consiglio di Stato su istanza di parte, in caso di eccezionale gravità ed urgenza, può sospendere gli effetti della sentenza impugnata e disporre le altre opportune misure cautelari".

L'art. 395 ("Casi di revocazione") c.p.c. recita:

"Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione: 1) se sono l'effetto del dolo di una delle parti in danno dell'altra; 2) se si è giudicato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza; 3) se dopo la sentenza sono stati trovati uno o più documenti decisivi che la parte non aveva potuto produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario; 4) se la sentenza è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare; 5) se la sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, purchè non abbia pronunciato sulla relativa eccezione; 6) se la sentenza è effetto del

dolo del giudice, accertato con sentenza passata in giudicato".

16.- L'art. 1 ("Effettività") del codice del processo amministrativo dispone quanto segue:

"1. La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto Europeo";

L'art. 2 cod. proc. amm. ("Giusto processo") dispone, al comma 1, quanto segue:

"Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'art. 111 Cost., comma 1". L'art. 100 c.p.c. dispone quanto segue:

"Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse".

L'art. 102 cod. proc. amm. ("Legittimazione a proporre appello") dispone, al comma 1, quanto segue:

"1. Possono proporre appello le parti fra le quali è stata pronunciata la sentenza di primo grado".

L'art. 112 c.p.c. dispone quanto segue:

"Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti". L'art. 2697 c.c. recita:

"Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda".

L'art. 2909 c.c. ha il seguente tenore:

"L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa".

L'art. 35 codice del processo amministrativo ("Pronunce di rito") recita:

"1. Il giudice dichiara, anche d'ufficio, il ricorso: (...) b) inammissibile quando è carente l'interesse o sussistono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito". L'art. 42 cod. proc. amm. ("ricorso incidentale e domanda riconvenzionale"), al comma 1, recita:

"1. Le parti resistenti e i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale (...)".

Prima questione pregiudiziale. Premessa.

17.- Se fosse fondata l'eccezione, sollevata dai resistenti, di inammissibilità del ricorso per cassazione per le ragioni illustrate (sub paragrafo 13.1), la causa potrebbe definirsi in rito, in ragione della asserita estraneità del motivo di ricorso formulato da Randstad alla tipologia dei motivi di ricorso proponibili per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato. I resistenti sostengono che quello proposto non sarebbe configurabile come motivo "inerente alla giurisdizione" ma, in ipotesi, come una ordinaria ipotesi di violazione di legge non censurabile con ricorso per cassazione, a prescindere e indipendentemente dalla tipologia e gravità della violazione denunciata.

18.- In questa prospettiva, non sarebbe rilevante accertare l'esistenza del denunciato contrasto della sentenza impugnata con i precedenti della Corte di giustizia, nè acquisire preliminarmente l'esatta interpretazione delle norme del diritto dell'Unione pertinenti nella fattispecie mediante lo strumento del rinvio pregiudiziale, a norma dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, visto che comunque l'eventuale violazione del diritto dell'Unione imputabile al Consiglio di Stato non sarebbe censurabile con ricorso per cassazione.

19.- Questa prospettiva, che avrebbe l'effetto di fare consolidare una grave violazione del diritto dell'Unione in un momento in cui essa è ancora rimediabile, non è condivisibile. Ad avviso del Collegio, la violazione denunciata da Randstad è configurabile come questione inerente alla giurisdizione e, dunque, censurabile come motivo di ricorso per cassazione.

20.- Tuttavia, la possibilità di giudicare ammissibile il ricorso di Randstad e dare corso all'esame nel merito dello stesso è ostacolata da una prassi interpretativa nazionale, che ha preso le mosse da una sentenza della Corte costituzionale (n. 6 del 2018) la quale si è espressa in senso opposto. Seguendo tale sentenza, il ricorso in esame dovrebbe essere dichiarato inammissibile, a prescindere da ogni valutazione circa la esistenza del denunciato contrasto della sentenza impugnata con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea.

21.- La compatibilità del suddetto orientamento con il diritto dell'Unione, e dunque la sua vincolatività per le Sezioni Unite, è dubbia e ciò induce a chiedere, in via pregiudiziale, l'intervento interpretativo della Corte di giustizia.

Il sindacato delle Sezioni Unite sulle sentenze del Consiglio prima della sentenza della Corte costituzionale del 2018.

22.- Sebbene il Consiglio di Stato sia configurato nell'art. 6, comma 1 cod. proc. amm. come "organo di ultimo grado della giurisdizione amministrativa", avverso le relative sentenze l'ordinamento nazionale ammette il ricorso per cassazione alle Sezioni Unite (le cui radici risalgono alla L. 31 marzo 1877, n. 3761), ma lo limita ai soli motivi inerenti alla giurisdizione, diversamente da quanto previsto per le impugnazioni delle sentenze dei giudici ordinari e degli altri giudici speciali che sono ammesse per qualunque violazione di legge. Nel diritto nazionale le Sezioni Unite vigilano sul "rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni" (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, art. 65 sull'Ordinamento giudiziario).

23.- Nella giurisprudenza delle Sezioni Unite è da molto tempo acquisito e applicato il principio secondo cui i motivi inerenti alla giurisdizione corrispondono, non solo, alle ipotesi in cui il giudice amministrativo si sia pronunciato su una controversia o materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale (cosiddetto difetto relativo di giurisdizione), ovvero abbia negato di esercitare la giurisdizione sull'erroneo presupposto che essa appartenga ad altri giudici o non possa formare oggetto di cognizione giurisdizionale, ma anche alle ipotesi del cosiddetto difetto assoluto di giurisdizione che si verifica quando il giudice amministrativo, pur avendo la giurisdizione su una determinata controversia, emetta una decisione finale che invada le attribuzioni di altri organi giurisdizionali o del legislatore (quando eserciti un'attività di produzione normativa che non gli compete) o della pubblica amministrazione, quando compia valutazioni di opportunità e convenienza dell'atto amministrativo (tra le tante, Cass., Sez. Un., 19 settembre 2019, n. 22784; 12 dicembre 2012, n. 22784; 29 aprile 2005, n. 8882; 15 marzo 1999, n. 137; 18 maggio 1965, n. 964; 17 aprile 1963, n. 948; 14 marzo 1959, n. 760; 22 gennaio 1924, Sessi c. Malvezzi; 23 febbraio 1924, Mutua Marittima Naz. C. Ministero della Marina). Le sentenze del Consiglio di Stato sono sindacabili per difetto di giurisdizione anche nei casi più gravi di irregolare costituzione dell'organo giudicante (Cass., Sez. Un., 26 luglio 2011, n. 16246), sulla base di un orientamento risalente nel tempo (Cass., Sez. Un., 11 ottobre 1952, n. 3008).

23.1.- Alla luce di una nozione evolutiva del concetto di giurisdizione e della conseguente mutazione della nozione (e del giudizio) sulla giurisdizione - la cui interpretazione è riservata alle Sezioni Unite (art. 111 Cost., comma 8) - nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento, si è ritenuto che è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Rientra pertanto nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, la eroghi concretamente. Le Sezioni Unite, in fattispecie relative a domande di risarcimento del danno causato dall'esercizio illegittimo della funzione pubblica, hanno ritenuto che la tutela risarcitoria anche autonomamente proposta, a prescindere dal pregiudiziale annullamento del provvedimento amministrativo lesivo illegittimo, costituisce una misura minima e necessaria di tutela dell'interesse sostanziale dedotto dal privato, con la conseguenza che il giudice amministrativo rifiuta di esercitare la giurisdizione, e la sua decisione si presta a cassazione, se l'esame del merito della domanda autonoma di risarcimento del danno sia rifiutato dal Consiglio di Stato per la ragione che nel termine per ciò stabilito non siano stati chiesti l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei suoi effetti (Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254 e 13 giugno 2006, n. 13659). Si è ritenuto ammissibile il sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato, per motivi inerenti alla giurisdizione, nei casi di radicale stravolgimento delle norme di rito, tali da implicare un evidente diniego di giustizia e un eccesso di potere giurisdizionale (Cass., Sez. Un., 17 gennaio 2017, n. 964; 12 ottobre 2015, n. 20413; 30 ottobre 2013, n. 24468; 14 settembre 2012, n. 15428).

24.- Sulla base di queste coordinate, le Sezioni Unite hanno giudicato ammissibili e



accolto i ricorsi, in diverse materie, avverso sentenze con le quali il Consiglio di Stato, pur avendo la giurisdizione nella controversia, in concreto aveva esercitato poteri giurisdizionali di cui era sfornito, in tal modo superando i limiti esterni della propria giurisdizione. A titolo esemplificativo, possono menzionarsi, negli ultimi anni, precedenti relativi a controversie in materie concernenti sia il diritto dell'Unione Europea (Cass., Sez. Un., 6 febbraio 2015, n. 2242 e 29 dicembre 2017, n. 31226), sia il diritto nazionale, come nei casi di indebita invasione delle attribuzioni di organi di rilevanza costituzionale (Cass., Sez. Un., 9 novembre 2011, n. 23302 e 5 ottobre 2015, n. 19787), del giudice ordinario (Cass., Sez. Un., 27 dicembre 2011, n. 28812 e 14 dicembre 2016, n. 25625), di autorità amministrative (Cass., Sez. Un., 1 febbraio 2016, n. 1836 e 17 febbraio 2012, n. 2312, quest'ultima in tema di indebita sostituzione del giudice amministrativo nel compimento di valutazioni discrezionali proprie dell'autorità aggiudicatrice di appalti pubblici) e nei casi di esercizio da parte del Consiglio di Stato di poteri di cognizione estesa al merito anzichè limitata ai soli profili di legittimità (Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2001, n. 15978).

25.- Con riferimento alle controversie inerenti al diritto dell'Unione Europea, con la sentenza n. 2242 del 2015, le Sezioni Unite hanno cassato la sentenza impugnata del Consiglio di Stato che, avendo esaminato prioritariamente il ricorso incidentale dell'aggiudicatario deducendo la presenza di cause ostative alla partecipazione alla gara del concorrente escluso (ricorrente principale), aveva omesso di esaminare le censure di quest'ultimo dirette a contestare la propria esclusione e l'aggiudicazione all'impresa concorrente, in contrasto con i principi enunciati dalla Corte di giustizia UE 4 luglio 2013, C-100/12 (Fastweb). Analogamente, con la sentenza n. 31226 del 2017, le Sezioni Unite hanno cassato la sentenza del Consiglio di Stato che, in accoglimento del ricorso incidentale dell'aggiudicatario, aveva dichiarato improcedibili i motivi aggiunti al ricorso principale con cui il concorrente escluso contestava l'ammissione alla gara dell'aggiudicatario (secondo il Consiglio di Stato l'interesse finale alla ripetizione della gara per effetto dell'esclusione di entrambi i concorrenti non trovava corrispondenza in un dovere giuridico della stazione appaltante). Le Sezioni Unite, rilevando il contrasto del suddetto orientamento con la giurisprudenza della Corte di giustizia (anche con la sentenza 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica), hanno osservato che "basta la mera eventualità del rinnovo della gara a radicare l'interesse del ricorrente a contestare l'aggiudicazione".

26.- L'orientamento consolidato delle Sezioni Unite (sino alla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 di cui si dirà) era nel senso che, in sede di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo dei limiti esterni della giurisdizione - che l'art. 111 Cost., comma 8, affida alla vigilanza della Corte di cassazione - non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare meri errori "in iudicando" o "in procedendo", "salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tali da ridondare in denegata giustizia, ed in particolare, salvo 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" (in tal senso Sez. Un., n. 31226 del 2017 citata; in senso conforme, Sez. Un.; 18 dicembre 2017, n. 30301; 17 gennaio 2017, n. 953; 8 luglio 2016, n. 14042; 29 febbraio 2016, n. 3915; n. 2242 del 2015 citata).

27.- Anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (9 giugno 2016, n. 11) aveva evidenziato "come sia già (...) presente nel nostro ordinamento il principio che impone al giudice nazionale di adoperarsi per evitare la formazione (o la progressiva formazione) di un giudicato anticomunitario o, più in generale, contrastante con norme di rango sovranazionali cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione. Come, infatti, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno anche recentemente ribadito, l'interpretazione da parte del giudice amministrativo di una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione Europea, secondo quanto risultante da una pronuncia della Corte di giustizia successivamente intervenuta, dà luogo alla violazione di un "limite esterno" della giurisdizione, rientrando in uno di quei "casi estremi" in cui il giudice adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per "errores in iudicando" o "in procedendo" che danno luogo al superamento del limite esterno (...). In questi "casi estremi" (...) si impone la Cassazione della sentenza amministrativa "indispensabile per impedire che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo ed efficace, espliciti i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, con grave nocimento per l'ordinamento Europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi dello Stato deve conformarsi alla normativa comunitaria".

L'orientamento giurisprudenziale successivo alla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018.

28.- Tuttavia, come si è detto, in senso contrario all'orientamento giurisprudenziale fino ad allora seguito dalle Sezioni Unite, è intervenuta la sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018, la quale ha ritenuto che "l'intervento delle sezioni unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno (quindi non) può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della Cedu (...) (non potendo essere ricondotto) al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata) (come quella derivante dalla violazione del diritto dell'Unione Europea)". Ad avviso della sentenza da ultimo citata, la violazione da parte del Consiglio di Stato del diritto dell'Unione Europea, come interpretato dalla Corte di giustizia, integrerebbe una semplice violazione di legge, incensurabile con lo strumento del ricorso per cassazione, così come nei "casi estremi in cui il giudice amministrativo adotta una decisione anomala o abnorme".

29.- La suddetta presa di posizione della Corte costituzionale è stata ritenuta vincolante e recepita nella giurisprudenza successiva delle Sezioni Unite, nella quale non è più presente (anzi è espressamente escluso) il riferimento alla "ipotesi estrema" del contrasto con sentenze della Corte di giustizia come ipotesi di ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione (in tal senso, Cass., Sez. Un., 6 marzo 2020, n. 6460; 11 novembre 2019, n. 29085; 17 dicembre 2018, n. 32622; 19 dicembre 2018, n. 32773).

30.- Le Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 16 maggio 2019, n. 13243), in una fattispecie disciplinata dal diritto dell'Unione concernente l'aggiudicazione di una gara di appalto pubblico, hanno dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione del concorrente escluso avverso la sentenza con cui il Consiglio di Stato aveva confermato la

decisione di primo grado che aveva prioritariamente esaminato e accolto il ricorso incidentale (cosiddetto "escludente") con cui l'aggiudicatario deduceva profili di illegittimità dell'ammissione alla gara del ricorrente principale. In tal modo, le Sezioni Unite hanno affermato la necessità di "rimeditare la questione" e di superare i propri precedenti del 2015 (n. 2242) e 2017 (n. 31226), affermando che "non può dubitarsi della pregnanza e della vincolante rilevanza della richiamata sentenza della Corte costituzionale (n. 6 del 2018) che, identificando gli ambiti dei poteri attribuiti alle differenti giurisdizioni dalla Costituzione, nonché i presupposti e i limiti del ricorso ex art. 111 Cost., comma 8, ha pronunciato in merito a una questione che involge l'interpretazione di norme costituzionali e l'identificazione dei confini tra poteri da queste stabiliti, esercitando la funzione propria di interprete ultimo delle norme costituzionali. In considerazione di quanto sopra evidenziato, deve ritenersi che il vizio denunciato nella decisione del Consiglio di Stato non possa essere ricondotto ad una ipotesi di violazione dei limiti esterni della giurisdizione, con conseguente inammissibilità del ricorso".

31.- Di conseguenza, la violazione del diritto dell'Unione Europea da parte dei giudici amministrativi è (o si afferma essere) irrimediabile nell'ordinamento nazionale, se non in via indiretta e succedanea mediante il risarcimento del danno per responsabilità dello Stato, con la conseguenza che non vi sarebbero rimedi idonei ad evitare il consolidarsi degli effetti della violazione stessa e a dare attuazione diretta agli interessi giuridici tutelati dal diritto dell'Unione.

I dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione e le motivazioni del rinvio sulla prima questione pregiudiziale.

32.- L'orientamento sopra illustrato (sub paragrafi 24-27), in base al quale le Sezioni Unite ritenevano ammissibile il ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione avverso le sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con il diritto dell'Unione, era fondato sulla decisiva considerazione che il giudice nazionale che faccia applicazione di normative nazionali (sostanziali o processuali) o di interpretazioni elaborate in ambito nazionale che risultino incompatibili con disposizioni del diritto dell'Unione applicabili nella controversia, come interpretate dalla Corte di giustizia (nella specie, con le sentenze 5 settembre 2019, C-333/18; 5 aprile 2016, C-689/13; 4 luglio 2013, C- 100/12), esercita un potere giurisdizionale di cui è radicalmente privo, ravvisandosi un caso tipico di difetto assoluto di giurisdizione - per avere compiuto un'attività di diretta produzione normativa non consentita nemmeno al legislatore nazionale - censurabile per cassazione con motivo inerente alla giurisdizione, a prescindere dall'essere la sentenza della Corte di giustizia precedente o successiva alla sentenza amministrativa impugnata nel giudizio di cassazione. Diversamente dalla sentenza affetta da semplice violazione di legge in fattispecie regolate dal diritto nazionale, ove la erronea interpretazione o applicazione della legge è, di regola (tranne in casi eccezionali), pur sempre riferibile a un organo giurisdizionale che è emanazione della sovranità dello Stato, nelle controversie disciplinate dal diritto dell'Unione lo Stato ha rinunciato all'esercizio della sovranità, la quale è esercitata dall'Unione tramite i giudici nazionali, il cui potere giurisdizionale esiste esclusivamente in funzione dell'applicazione del diritto dell'Unione.

33.- Ed infatti, "il Trattato CEE, benchè sia stato concluso in forma d'accordo

internazionale, costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto. Come risulta dalla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, i Trattati comunitari hanno instaurato un ordinamento giuridico di nuovo genere, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, in settori sempre più ampi, ai loro poteri sovrani e che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini (v., in particolare, sentenza 5 febbraio 1963, Van Gend & Loos, C-26/62, Racc. pag. 1). Le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario così istituito sono, in particolare, la sua preminenza sui diritti degli Stati membri e l'efficacia diretta di tutta una serie di norme che si applicano ai cittadini di tali Stati nonché agli Stati stessi" (Corte di giustizia, 14 dicembre 1991, Parere n. 1/91, p. 21; 3 aprile 1968, C-28-67, Westfalen/Lippe GmbH; 15 luglio 1964, C-6/64, Costa; secondo quest'ultima "il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile con sistema della Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia").

34.- Il richiamato orientamento delle Sezioni Unite (sub paragrafi 24-27) - che aveva interpretato le pertinenti disposizioni processuali nazionali nel senso di ritenere inerenti alla giurisdizione e dunque ammissibili, come motivi di ricorso per cassazione, le censure proposte per porre rimedio alle violazioni del diritto dell'Unione imputabili a sentenze del Consiglio di Stato in contrasto con pronunce della Corte di giustizia interpretative del diritto dell'Unione - era determinato dalla necessità di dare attuazione alle "(...) statuizioni della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (che) hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni (sentenze n. 389 del 1989 e n. 113 del 1985)" (in tal senso, Corte costituzionale, 13 luglio 2007, n. 284) ed obbligano gli Stati membri ad adottare tutte le misure idonee ad adeguare il proprio ordinamento alle norme del diritto dell'Unione.

35.- A venire in rilievo è l'obbligo degli Stati di dare leale attuazione al principio secondo cui il giudice nazionale "è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione (...) fornita dalla Corte e deve eventualmente discostarsi dalle valutazioni dell'organo giudiziario di grado superiore qualora esso ritenga (...) che queste ultime non siano conformi al diritto dell'Unione" (Corte di giustizia, Grande Sezione, 5 ottobre 2010, C-173/09, Elchinov, p. 30; Grande Sezione, 5 luglio 2016, C-614/14, Atanas Ogniano, p. 28; 5 aprile 2016, Pulgienica, C-689/13, p. 38). Quest'ultima decisione ha precisato che "l'effetto utile dell'art. 267 TFUE sarebbe attenuato se al giudice nazionale fosse impedito di applicare, immediatamente, il diritto dell'Unione in modo conforme ad una pronuncia o alla giurisprudenza della Corte (v., in tal senso, sentenza Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49, punto 20)" (Corte di giustizia, 5 aprile 2016, Pulgienica, p. 39-40).

36.- L'esigenza di scongiurare il consolidamento di una violazione del diritto comunitario da parte del Consiglio di Stato tramite lo strumento del ricorso per cassazione è ineludibile fintanto che ciò sia possibile, come accade quando il giudicato non si sia ancora formato, essendo pendente il giudizio di impugnazione della sentenza amministrativa cui sia imputata quella violazione (le sentenze del Consiglio di Stato acquistano forza di giudicato dopo la scadenza dei termini di impugnazione fissati nell'art. 92 cod. proc. amm. o all'esito dell'infruttuoso

esperimento del ricorso per cassazione). Ed infatti, la direttiva 89/665 "è intesa a rafforzare i meccanismi esistenti sia sul piano nazionale sia sul piano dell'Unione, per garantire l'applicazione effettiva delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette (Corte di giustizia, 5 aprile 2017, Marina del Mediterraneo e a., C-391/15, p. 30)" (Corte di giustizia, 5 settembre 2019 cit., Lombardi, p. 21). Altrimenti verrebbe eluso l'obbligo, imposto agli Stati membri dall'art. 1, comma 3 stessa direttiva, di garantire che "le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile".

37.- Il ricorso per cassazione costituisce l'unico strumento per reagire a violazione del diritto dell'Unione imputabili a sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con sentenze della Corte di giustizia (precedenti o successive). La Corte costituzionale, nella sentenza n. 6 del 2018, riconosce che "specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, il problema indubbiamente esiste", ma osserva che "deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione (quindi, di quella amministrativa per le sentenze dei giudici amministrativi), eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 c.p.c.". Tale rimedio, tuttavia, non è previsto dal legislatore nazionale come strumento ordinario per porre rimedio alle violazioni del diritto dell'Unione che siano addebitate agli organi giurisdizionali. La stessa Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni normative pertinenti nella parte in cui non prevedono tra i casi di revocazione quello in cui essa si renda necessaria per consentire il riesame del merito della sentenza impugnata per la necessità di uniformarsi alle statuizioni vincolanti rese, in quel caso, dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo (Corte Cost. 27 aprile 2018, n. 93); in altra decisione, ha dichiarato inammissibile una analoga questione sollevata dai giudici amministrativi (Corte Cost. 2 febbraio 2018, n. 19). Tale rimedio, comunque, non sarebbe agevolmente praticabile per i limiti strutturali dell'istituto della revocazione (sub paragrafo 15, in relazione all'art. 395 c.p.c.) e, specialmente, quando le sentenze delle Corti sovranazionali siano precedenti alla sentenza impugnata. E' comunque dubbio che esso sia idoneo a paralizzare l'ammissibilità del ricorso per cassazione, non potendosi escludere che anche la sentenza emessa ipoteticamente in sede di revocazione possa incorrere in violazione dei limiti della giurisdizione.

38.- L'orientamento giurisprudenziale formatosi sulla scia della sentenza della Corte costituzionale del 2018, che preclude alle Sezioni Unite di esaminare nel merito i ricorsi denunciati il contrasto delle sentenze del Consiglio di Stato con il diritto dell'Unione, determina il consolidamento della violazione di tale diritto ed espone lo Stato (e gli organi giurisdizionali) a responsabilità. Ciò in contrasto con il principio secondo cui "Nel consentire agli Stati membri di trarre vantaggio dalla Comunità, il Trattato impone loro l'obbligo di osservarne le norme. Il fatto che uno Stato, in considerazione dei propri interessi nazionali, rompa unilateralmente l'equilibrio tra i vantaggi e gli oneri derivanti dalla sua appartenenza alla Comunità, lede l'uguaglianza degli Stati membri dinanzi al diritto comunitario e determina discriminazioni a carico dei loro cittadini, in primissimo luogo di quelli dello Stato che trasgredisce le norme comunitarie" (Corte di giustizia, 7 febbraio 1973, C-39/72, Commissione Europea c. Repubblica italiana, p. 24).

39.- Il riferimento al principio di "autonomia procedurale" degli Stati membri, in base

al quale è rimessa ai singoli Stati l'individuazione degli strumenti processuali per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall'Unione, lungi da fugare, in realtà, alimenta il dubbio di compatibilità con il diritto dell'Unione, che deve essere sciolto dalla Corte di giustizia.

40.- Ed infatti, se è vero che "conformemente alla giurisprudenza costante della Corte (di giustizia), in mancanza di norme dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità processuali dei ricorsi giurisdizionali destinati a garantire la salvaguardia dei diritti dei soggetti dell'ordinamento, in forza del principio di autonomia procedurale", ciò vale tuttavia alla duplice condizione "che (tali modalità) non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività) (sentenza del 17 marzo 2016, Bensada Benallal, C-161/15, punto 24 e giurisprudenza ivi citata). Ne consegue che le due condizioni cumulative, vale a dire il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, devono essere rispettate affinché uno Stato membro possa far valere il principio dell'autonomia processuale nei casi disciplinati dal diritto dell'Unione (sentenza del 17 marzo 2016, Bensada Benallal (...), punto 25" (Corte di giustizia, 15 marzo 2017, C-3/16, p. 48-49).

41.- 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 (seguono richiami di giurisprudenza)" (tra le tante, Corte di giustizia, 15 marzo 2017, C-3/16, Lucio Cesare Aquino, p. 50).

41.1.- Invero, non sembra conforme al principio di equivalenza la prassi giurisprudenziale di cui si discute, la quale, nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto nazionale, ammette il ricorso per cassazione per difetto di potere giurisdizionale avverso le sentenze del Consiglio di Stato, cui si imputa di avere svolto un'attività di produzione normativa invasiva delle attribuzioni del legislatore, mentre, nelle controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto dell'Unione, dichiara pregiudizialmente inammissibili i ricorsi per cassazione volti a denunciare il difetto di potere giurisdizionale del giudice che, elaborando ed applicando regole processuali di diritto nazionale, esercita poteri di produzione normativa preclusi allo stesso legislatore nazionale, essendo esclusivamente riservati al legislatore comunitario sotto il controllo della Corte di giustizia.

41.2.- La suddetta prassi giurisprudenziale non sembra in linea con il principio dell'interpretazione conforme del diritto nazionale, imposto dal diritto dell'Unione, il quale "esige che il giudice nazionale prenda in considerazione tutto il diritto nazionale per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non sfociare in un risultato contrario a quello cui mira la direttiva in questione (seguono richiami di giurisprudenza)" (Corte di giustizia, 15 settembre 2011, C-53/10, Land Hessen, p. 33). La "esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è insita nel sistema del Trattato FUE, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze, la piena efficacia del diritto dell'Unione quando risolve la controversia di cui è investito (sentenza del 5 ottobre 2004, Pfeiffer e a., da C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, punto 114)" (Corte di

giustizia, 26 ottobre 2016, C-611-14, Canal Digital Danmark A/S, p. 33). In una fattispecie come quella in esame, il ricorso per cassazione sarebbe (e fino alla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 è stato ritenuto) ammissibile anche in base al diritto nazionale, sotto il profilo del difetto o eccesso di potere giurisdizionale del giudice che abbia esercitato poteri giurisdizionali di cui è privo (per le ragioni indicate sub paragrafo 32), quando ha (o si sostiene che abbia) applicato regole processuali contrastanti con sentenze della Corte di giustizia, quindi incompatibili con il diritto dell'Unione.

42.- "Dall'altro lato, per quanto riguarda il principio di effettività, una norma di procedura nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, non deve essere tale da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (sentenza del 20 ottobre 2016, Danqua, C-429/15, punto 29), (...) tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento e dello svolgimento e delle peculiarità di quest'ultimo dinanzi ai diversi giudici nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio di certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento (sentenza del 21 febbraio 2008, Tele2 Telecomunicazioni, C-426-05, punto 55)" (Corte di giustizia, 15 marzo 2017, C-3/16, Lucio Cesare Aquino, p. 52-53). Una rilevante declinazione del principio di effettività trova specifico riconoscimento negli artt. 19, par. 1, comma 2, TUE e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, i quali impongono agli Stati membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare ai singoli una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione (ad esempio, Corte di giustizia, 4 giugno 2013, C-300/11, ZZ, p. 55, 57, 65). Nell'ordinamento nazionale la "tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto Europeo" costituisce obiettivo proclamato anche nel codice del processo amministrativo (art. 1).

43.- La prassi giurisprudenziale che ritiene inammissibile il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, in una fattispecie come quella in esame, sembra non corrispondente nemmeno al principio di effettività della tutela giurisdizionale, da valutare non in astratto ma in concreto, in relazione al procedimento di formazione della decisione giurisdizionale.

43.1.- Con riguardo al rispetto dei diritti della difesa e del regolare svolgimento del procedimento, la Corte di giustizia ha chiarito che gli Stati membri non possono fare valere il principio di autonomia procedurale nella conformazione degli istituti processuali in una fattispecie concernente la domanda di tutela proposta dai partecipanti ad una gara di appalto, in relazione alla quale "risulta dall'art. 1, paragrafo 1, comma 3, della direttiva 89/665, come interpretato dalla Corte, che un offerente che abbia proposto un ricorso come quello di cui al procedimento principale non può, sulla base di norme o prassi procedurali nazionali, quali quelle descritte dal giudice del rinvio, essere privato del suo diritto all'esame nel merito di tale ricorso" (sentenza 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi, p. 33).

43.2.- Analogo dubbio può essere avanzato con riguardo ai principi di certezza del diritto e di affidamento dei cittadini, se si considera che analoghi ricorsi per cassazione, in controversie similari aventi ad oggetto l'impugnazione degli atti di

esclusione e aggiudicazione di gare di appalto disciplinate dal diritto dell'Unione, sono stati dichiarati ammissibili e accolti quando decisi dalle Sezioni Unite prima del 18 gennaio 2018 (data della sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018), mentre sono stati dichiarati inammissibili quando decisi dopo tale data (v. Cass., Sez. Un., n. 13243 del 2019), pur se presentati in epoca precedente, senza che la diversità di esito sia stata determinata da modifiche normative introdotte da legislatore dell'Unione Europea o da sentenze della Corte di giustizia sopravvenute.

44.- I limiti alla autonomia procedurale degli Stati (in relazione ai principi di equivalenza ed effettività) non subiscono deroghe in considerazione della natura amministrativa della materia (riguardante l'aggiudicazione degli appalti), tanto più che, nell'originale sistema giurisdizionale italiano, la materia amministrativa non è "riservata" ai giudici amministrativi ma è ripartita tra questi ultimi e i giudici ordinari, spesso sulla base di scelte del legislatore ordinario discrezionali e variabili nel tempo, che producono esse l'effetto di fare radicare la giurisdizione amministrativa e limitare il sindacato della Corte di cassazione ai motivi di ricorso inerenti alla giurisdizione (come accade per le sentenze del Consiglio di Stato, diversamente da quanto previsto per le sentenze degli altri organi giurisdizionali). La nozione di giurisdizione è tuttavia sufficientemente ampia da fare ritenere a queste Sezioni Unite - le quali vigilano sul "rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni" (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, art. 65 sull'Ordinamento giudiziario) - che il ricorso per cassazione costituisca l'estremo rimedio apprestato dall'ordinamento nazionale per evitare la formazione di qualunque giudicato contrario al diritto dell'Unione.

45.- Infine non sembra che possa assumere rilievo determinante la natura costituzionale della disposizione (art. 111 Cost., comma 8), la cui interpretazione da parte della Corte costituzionale italiana (con sentenza n. 6 del 2018) ha determinato la prassi giurisprudenziale che è oggetto della questione pregiudiziale in esame. "E' infatti inammissibile che norme di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, possano menomare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza 17 dicembre 1970, causa 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, punto 3)" (Corte di giustizia, 8 settembre 2010, C-409/06, Winner Wetten GmbH, p. 61; anche 17 dicembre 1980, C-149/79, Commissione c. Belgio, p. 19; 17 ottobre 1989, C-97/87, 98/87 e 99/87, Dow Chemical Iberica SA, p. 38). All'applicazione del diritto comunitario non è di ostacolo l'esistenza di disposizioni nazionali contrastanti, anche se conformi a (o esecutive di) principi costituzionali (Corte di giustizia, 11 gennaio 2000, C-285/98, Tanja Kreil, p. 12). Secondo giurisprudenza costante, il giudice nazionale è tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione, disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni (e le prassi interpretative) nazionali contrastanti, "senza che ne debba chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (seguono richiami di giurisprudenza)" (Corte di giustizia, Grande Sezione, 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco, p. 49; tra le tante, sentenze 4 maggio 2006, C-23/03, C-52/03, C-133/03, C-337/03 e C-473/03, Michel Mulliez e a, p. 38; 19 gennaio 2010, C-555/07, Seda Ktictikdeveci, p. 54).

46.- Quesito sulla prima questione pregiudiziale.

Il primo quesito rivolto alla Corte di giustizia è il seguente:



Se l'art. 4, par. 3, art. 19, par. 1 TUE e art. 2, parr. 1 e 2, e art. 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli artt. 111 Cost., comma 8, art. 360, comma 1, n. 1 e art. 362 c.p.c., comma 1 e art. 110 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.

Seconda questione pregiudiziale. Premessa.

47.- Ritenendo ammissibile il ricorso per cassazione, si imporrebbe la valutazione della compatibilità della sentenza impugnata del Consiglio di Stato con il diritto dell'Unione sulla questione concernente la legittimazione del concorrente escluso a contestare la propria esclusione mediante la critica dell'aggiudicazione della gara ad un altro concorrente, sulla base di censure dirette al travolgimento e alla ripetizione della procedura di gara.

48.- Tale questione, secondo la tesi della ricorrente Randstad, dovrebbe essere risolta facendo applicazione dell'orientamento espresso dalla Corte di giustizia nei tre precedenti citati (sub paragrafi 12.1, 25, 36, 43.1) su rinvii pregiudiziali disposti da giudici amministrativi italiani.

49.- Permane, tuttavia, incertezza circa la possibilità di offrire alla questione controversa una soluzione analoga a quella espressa nei precedenti richiamati, in considerazione del fatto che, nella fattispecie in esame, non è messa in discussione la legittimità dell'ammissione (cioè il possesso dei requisiti di partecipazione) alla gara del concorrente escluso nè dell'aggiudicatario (come invece nei casi esaminati nelle sentenze 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi, p. 8-9 e 5 aprile 2016, C-689/13, Pulgigenica, p. 13-14). Il ricorrente principale, pur avendo contestato (infondatamente secondo la valutazione operata dai giudici amministrativi in primo grado e in appello) la valutazione della propria offerta tecnica (sulla base dei criteri di valutazione indicati nel disciplinare di gara), cui è conseguito il mancato superamento della "soglia di sbarramento", ha proposto ulteriori motivi di impugnazione - concernenti i criteri di valutazione delle offerte, la nomina e

composizione della commissione di gara e la mancata suddivisione della gara in lotti - che contestavano in radice le operazioni e l'esito della gara, al fine di provocare il travolgimento e la ripetizione della stessa, motivi giudicati inammissibili dal Consiglio di Stato, in accoglimento in via prioritaria dell'eccezione di inammissibilità (e del ricorso incidentale) dell'aggiudicatario basati sul difetto di interesse del ricorrente principale a coltivare l'impugnativa.

50.- Sulla suddetta questione il Collegio ritiene necessario interpellare la Corte di giustizia mediante rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE. Tuttavia, l'attuale orientamento delle Sezioni Unite è nel senso di escludere sia la censurabilità mediante ricorso per cassazione (per motivi inerenti alla giurisdizione) dell'omissione immotivata del rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato in materie disciplinate dal diritto dell'Unione (Cass., Sez. Un., n. 29391 del 15 novembre 2018; n. 30301 del 17 dicembre 2017; n. 32622 del 18 dicembre 2018; n. 25629 del 14 dicembre 2016; n. 2403 del 4 febbraio 2014), sia la stessa possibilità per le Sezioni Unite, dinanzi alle quali sia stata impugnata la decisione del Consiglio di Stato, di operare il rinvio pregiudiziale (Cass., Sez. Un., n. 6460 del 6 marzo 2020; n. 14042 dell'8 luglio 2016). Questo orientamento suscita dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione che ne mette in discussione la vincolatività per queste Sezioni Unite e che si chiede alla Corte di giustizia di sciogliere.

I dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione e le motivazioni del rinvio sulla seconda questione pregiudiziale.

51.- Preliminarmente si osserva che, ritenendo ammissibile il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione avverso sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con pronunce della Corte di giustizia, sarebbe poco coerente un orientamento che contestualmente affermasse l'inammissibilità del ricorso per cassazione volto a censurare l'omissione immotivata del rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio o a sollecitare le Sezioni Unite ad utilizzare lo strumento di cui all'art. 267 TFUE, che è necessario e insostituibile per fare emergere il contrasto della sentenza amministrativa impugnata con il diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte di giustizia.

52.- 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, nonchè sottoposto a rigide condizioni (Corte di giustizia, 30 settembre 2003, C-224/01, Kobler; 13 giugno 2006, C-173/03, Traghetti del Mediterraneo spa; 24 novembre 2011, C-379/10, Commissione c. Repubblica italiana).

53.- In ogni caso, il fatto che per reagire ad una violazione dell'obbligo di rinvio si debba ricorrere ai principi dell'illecito comunitario dimostra che la violazione stessa, in quanto tale, resta priva di un rimedio che consenta di evitare che il giudice di ultima istanza, sottraendosi all'obbligo di rinvio, impedisca di fatto, in primo luogo, alla Corte di giustizia di svolgere il ruolo di interprete autentico del diritto dell'Unione ad essa affidato dal Trattato istitutivo e, in secondo luogo, alle Sezioni Unite di esercitare la funzione di garanzia, che le è affidata nell'ordinamento nazionale, inerente al rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni (art. 65 dell'Ordinamento giudiziario, cit.), tanto più, come si è detto (sub paragrafi 27 e 36), in un momento in

cui è ancora possibile evitare la formazione del giudicato contrastante con il diritto dell'Unione.

54.- Ad avviso del Collegio, il giudice nazionale che, in assenza delle condizioni tassativamente indicate dalla Corte di giustizia (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C-238/81, p. 14) che esonerano il giudice nazionale dall'obbligo di rinvio pregiudiziale, ometta senza motivare di effettuare tale rinvio - anche "nuovamente" quando sia necessario per la decisione della causa principale (v. Corte di giustizia, 5 marzo 1986, C-69/85, p.14) - e decida la causa interpretando direttamente le norme non chiare del diritto dell'Unione, invade le attribuzioni esclusive della Corte di giustizia cui spetta l'ultima parola in ordine all'interpretazione di tale diritto, poichè esercita un potere giurisdizionale di cui è privo, esponendosi, nell'ordinamento italiano, al ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione.

55.- L'art. 267 TFUE "istituisce una procedura di cooperazione diretta tra la Corte di giustizia e i giudici degli Stati membri (la quale è) fondata su una netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte" (Corte di giustizia, Grande Sezione, 25 ottobre 2017, C-106/16, Polbud, p. 27; 16 giugno 2015, Gauweiler e a., C62/14, p. 15) di cui non sono tollerate indebite commistioni. "(I)l procedimento di rinvio pregiudiziale (...) costituisce la chiave di volta del sistema giurisdizionale nell'Unione Europea il quale (...) mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione, permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonchè, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati (v. parere 2/13, del 18 dicembre 2014, punto 176 e giurisprudenza ivi citata) (Corte di giustizia, 5 luglio 2016, C-614/14, Ognyanov, p. 15).

56.- Le norme nazionali di procedura "non possono ridurre la competenza e gli obblighi incombenti sul giudice nazionale in quanto giudice di rinvio, ai sensi dell'art. 267 TFUE" e "non devono essere applicate (quando) abbiano l'effetto di ledere tale competenza" (Corte di giustizia, 18 luglio 2013, C-136/12, p.12).

57.- L'art. 267 TFUE vieta agli Stati membri di limitare, mediante norme legislative o prassi interpretative nazionali, la facoltà delle giurisdizioni, anche non di ultima istanza, di operare il rinvio alla Corte, in quanto il giudice nazionale ha il dovere di garantire la piena efficacia delle norme dell'Unione (Corte di giustizia, 22 giugno 2010, C-188 e 189/10, Melki e Abdeli, p. 40-45; 15 gennaio 2013, C-416/10, Krizan, e a., p. 65-73). "L'art. 267 TFUE conferisce ai giudici nazionali la più ampia facoltà di adire la Corte qualora ritengano che, nell'ambito di una controversia dinanzi ad essi pendente, siano sorte questioni che implicino un'interpretazione o un accertamento della validità delle disposizioni del diritto dell'Unione necessarie per definire la controversia di cui sono investiti. I giudici nazionali sono d'altronde liberi di esercitare tale facoltà in qualsiasi momento da essi ritenuto opportuno (v. sentenze del 5 ottobre 2010, Elchinov, C-173/09, punto 26 e giurisprudenza ivi citata, nonchè dell'11 settembre 2014, A, C-112/13, punto 39 e giurisprudenza ivi citata)" (Corte di giustizia, 5 luglio 2016, C-614/14, Ognyanov, p. 17).

58.- Dubbia è dunque 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

impugnazione 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 impugnata con il diritto dell'Unione.

59.- Il suddetto orientamento che vieta alle Sezioni Unite della Corte di cassazione di utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale - il cui scopo è proprio quello di "evitare che in uno Stato membro si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme comunitarie" (Corte di giustizia, 12 giugno 2008, C-458/06, p.) - favorisce il consolidamento del suddetto orientamento nell'ordinamento nazionale, tenuto conto che l'erronea soluzione data da un giudice di ultima istanza a questioni di diritto dell'Unione Europea rischia di essere accolta in numerose altre pronunce giudiziarie e comporta la lesione definitiva dei diritti del singolo.

60.- Quesito sulla seconda questione pregiudiziale.

Il secondo quesito rivolto alla Corte di giustizia è il seguente:

Se l'art. 4, par. 3, art. 19, par. 1 TUE e art. 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ostino alla interpretazione e applicazione dell'art. 111 Cost., comma 8, art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1 e art. 362 c.p.c., comma 1, e art. 110 del codice processo amministrativo, quale si evince dalla prassi giurisprudenziale nazionale, secondo la quale il ricorso per cassazione dinanzi alle Sezioni Unite per "motivi inerenti alla giurisdizione", sotto il profilo del cosiddetto "difetto di potere giurisdizionale", non sia proponibile come mezzo di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato che, decidendo controversie su questioni concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione, omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, da essa tassativamente indicate (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C-238/81) che esonerano il giudice nazionale dal suddetto obbligo, in contrasto con il principio secondo cui sono incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che prevedano una privazione, anche temporanea, della libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario, di rendere irrimediabile (e favorire il consolidamento del)1 'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare la uniforme applicazione e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione.

Le motivazioni del rinvio sulla terza questione pregiudiziale.

61.- La terza questione pregiudiziale riguarda la compatibilità della decisione assunta dal Consiglio di Stato con i principi del diritto dell'Unione, più volte espressi in materia dalla Corte di giustizia. Il punto di vista del Collegio è nel senso che le censure proposte da Randstad siano ammissibili e, quindi, avrebbero dovuto essere esaminate nel merito dal Consiglio di Stato, come già rilevato nel giudizio dal Tribunale amministrativo regionale, secondo il quale "Nel caso in esame la ricorrente

(Randstad) ha partecipato alla gara essendo incontestatamente in possesso dei requisiti di ammissione e ne è stata esclusa a causa della valutazione non positiva della sua offerta tecnica. Essa quindi è legittimata a contestare la gara in ogni suo profilo, a partire dal bando. Le censure che essa ha proposto sono quindi tendenzialmente tutte ammissibili".

62.- La posizione del concorrente ad una gara di appalto che, contestando la propria esclusione, proponga censure miranti ad ottenere la ripetizione della gara e, di conseguenza, il travolgimento della aggiudicazione al concorrente, non è assimilabile a quella dell'operatore che non abbia mai partecipato alla gara, fino a quando non si sia formato il giudicato sulle ragioni della sua impugnazione (cfr. Corte di giustizia, 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi, p. 30-33; nella sentenza 11 maggio 2017, C131/16, Archus, p. 58, la Corte ha osservato che "(n)el procedimento principale (...) l'Archus e la Gama hanno proposto ricorso avverso la decisione che esclude la loro offerta e avverso la decisione che aggiudica l'appalto, adottate contemporaneamente, e non possono quindi essere ritenute definitivamente escluse dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico").

63.- La Corte di giustizia "ha già avuto occasione di rilevare (che) il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, come pure il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza (...) (v., in tal senso, sentenza del 5 aprile 2016, (Puligienica), C- 789/13, p. 29)" (Corte di giustizia, 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi, p. 30 e 25).

64.- Ed infatti, "il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto (o la inammissibilità) del ricorso di un offerente escluso qualora la regolarità dell'offerta di ciascuno degli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento, dato che in una situazione del genere ciascuno dei concorrenti può far valere un legittimo interesse equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri (...) In tale situazione l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe prendere la decisione di annullare la procedura e di avviare una nuova procedura di affidamento a motivo del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese dell'amministrazione stessa (...) L'esistenza di una possibilità siffatta deve essere considerata in proposito sufficiente" (Corte di giustizia, Lombardi, cit., p. 24, 28, 29; cfr. Puligienica, cit., p. 28; Fastweb, cit., p. 33). Secondo la Corte di giustizia, "tale interpretazione trova conferma nelle disposizioni dell'art. 2 bis, paragrafi 1 e 2, della direttiva 92/13, che prevedono espressamente un diritto degli offerenti non esclusi definitivamente a esperire un ricorso in particolare avverso le decisioni di aggiudicazione dell'appalto adottate dagli enti aggiudicatori" (11 maggio 2017, C131/16, Archus, p. 56 e 58).

65.- In altri termini, non si può escludere che, anche se l'offerta del ricorrente principale sia giudicata irregolare, l'amministrazione aggiudicatrice sia indotta a constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare e di procedere di conseguenza all'indizione di una nuova gara, evidenziandosi l'esistenza di un interesse legittimo dello stesso ricorrente all'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario e alla ripetizione della gara. Conforme è l'indirizzo espresso dalle Sezioni Unite nel 2017: "basta la mera eventualità del rinnovo della gara a radicare l'interesse del ricorrente a contestare l'aggiudicazione" (Cass., Sez. Un., n. 31226 del 2017).

66.- Quesito sulla terza questione pregiudiziale.

Il terzo quesito rivolto alla Corte di giustizia è il seguente:

Se i principi dichiarati dalla Corte di giustizia con le sentenze 5 settembre 2019, Lombardi, C-333/18; 5 aprile 2016, Puligienica, C-689/13; 4 luglio 2013, Fastweb, C100/12, in relazione agli artt. 1, par. 1 e 3, e 2, par. 1, della direttiva 89/665/CEE, modificata dalla direttiva 2007/66/CE, siano applicabili nella fattispecie che è oggetto del procedimento principale, in cui, contestate dall'impresa concorrente l'esclusione da una procedura di gara di appalto e l'aggiudicazione ad altra impresa, il Consiglio di Stato esamini nel merito il solo motivo di ricorso con cui l'impresa esclusa contesti il punteggio inferiore alla "soglia di sbarramento" attribuito alla propria offerta tecnica e, esaminando prioritariamente i ricorsi incidentali dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'impresa aggiudicataria, li accolga dichiarando inammissibili (e ometta di esaminare nel merito) gli altri motivi del ricorso principale che contestino l'esito della gara per altre ragioni (per indeterminatezza dei criteri di valutazione delle offerte nel disciplinare di gara, mancata motivazione dei voti assegnati, illegittima nomina e composizione della commissione di gara), in applicazione di una prassi giurisprudenziale nazionale secondo la quale l'impresa che sia stata esclusa da una gara di appalto non sarebbe legittimata a proporre censure miranti a contestare l'aggiudicazione all'impresa concorrente, anche mediante la caducazione della procedura di gara, dovendosi valutare se sia compatibile con il diritto dell'Unione l'effetto di precludere all'impresa il diritto di sottoporre all'esame del giudice ogni ragione di contestazione dell'esito della gara, in una situazione in cui la sua esclusione non sia stata definitivamente accertata e in cui ciascun concorrente può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere alla scelta di un'offerta regolare e all'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, alla quale ciascuno degli offerenti potrebbe partecipare.

Istanza di trattazione con rito accelerato.

67.- In base all'art. 105 del regolamento di procedura della Corte di giustizia del 25 settembre 2012, si richiede che il presente rinvio pregiudiziale sia deciso con procedimento accelerato.

Sussistono ragioni serie e specifiche che impongono di rimuovere in tempi brevi gravi incertezze su questioni fondamentali di rilievo costituzionale nazionale, quali sono quelle implicate nelle questioni pregiudiziali, inerenti al significato da attribuire al diritto dell'Unione Europea. L'ampiezza del contenzioso pendente dinanzi alle Sezioni Unite, avente ad oggetto l'impugnazione di sentenze del Consiglio di Stato in controversie vertenti sull'applicazione del diritto dell'Unione, attesta un grave stato di incertezza sull'ambito della tutela giurisdizionale dei diritti dei cittadini riconosciuti dal diritto dell'Unione e sulla stessa portata ed efficacia di tale diritto. L'incertezza, che è necessario dirimere in maniera sollecita, è tanto più grave in quanto riguarda un settore nevralgico della politica comune dell'Unione, qual è quello delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, anche in considerazione della necessità di evitare che si consolidi una giurisprudenza nazionale che, provenendo da un giudice di ultima istanza, qualora in contrasto con il diritto dell'Unione, rischia di essere

accolta in numerose altre pronunce giudiziarie.

**P.Q.M.**

**La Corte, visto l'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, chiede alla Corte di giustizia dell'Unione Europea di pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulle questioni di interpretazione del diritto dell'Unione Europea indicate nei paragrafi 46, 60 e 66 della motivazione;**

**chiede che le questioni pregiudiziali siano decise con procedimento accelerato;**

**sospende il giudizio sino alla definizione delle suddette questioni pregiudiziali;**

**ordina la trasmissione di copia della presente ordinanza, unitamente agli atti dei giudizi, alla cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione Europea.**

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio, il 7 luglio 2020.

Depositato in Cancelleria il 18 settembre 2020

## **CORTE COSTITUZIONALE**

### **Sentenza 18 gennaio 2018, n. 6**

La Corte costituzionale

composta dai signori: Presidente: Paolo GROSSI; Giudici : Giorgio LATTANZI, Aldo CAROSI, Marta CARTABIA, Mario Rosario MORELLI, Giancarlo CORAGGIO, Giuliano AMATO, Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI,

ha pronunciato la seguente

#### **SENTENZA**

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 7, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), promossi dalla Corte di cassazione, sezioni unite civili, con ordinanza dell'8 aprile 2016, dal Tribunale amministrativo regionale per la Campania con ordinanza del 24 maggio 2016 e dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio con ordinanza del 26 aprile 2016, iscritte, rispettivamente, ai nn. 107, 218 e 260 del registro ordinanze 2016, e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, nn. 22, 44 e 52, prima serie speciale, dell'anno 2016.

Visti gli atti di costituzione di A. N., dell'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, della Regione Campania, e di M.C. P. e G. R., quest'ultimo atto fuori termine;

udito nella udienza pubblica del 5 dicembre 2017 il Giudice relatore Giancarlo Coraggio;

uditi gli avvocati Sabatino Rainone per A. N., Maria Morrone per l'INPS, Angelo Abignente per l'Università degli Studi di Napoli Federico II e Rosanna Panariello per la Regione Campania.

#### **Ritenuto in fatto**

1.– Con ordinanza iscritta al n. 107 r.o. 2016, le sezioni unite civili della Corte di cassazione hanno sollevato, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'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».

1.1.– Il rimettente espone in punto di fatto che:

– alcuni medici svolgenti attività professionale remunerata a gettone hanno proposto ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione avverso la sentenza del



Consiglio di Stato, sezione sesta, 30 luglio 2013, n. 4001, con cui era stata confermata la decisione del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, che aveva dichiarato inammissibile il ricorso volto all'accertamento della sussistenza di un rapporto di impiego di fatto alle dipendenze del Policlinico dell'Università degli studi di Napoli Federico II (d'ora in avanti: l'Università di Napoli o l'Università), e alla sua condanna, unitamente all'Istituto nazionale per la previdenza sociale (INPS), alla conseguente regolarizzazione contributiva;

– la declaratoria di inammissibilità si fondava sulla intervenuta decadenza prevista dall'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, trattandosi di domanda attinente a un periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998, attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ma proposta dopo il 15 settembre 2000;

– successivamente alla menzionata decisione del Consiglio di Stato, la Corte europea dei diritti dell'uomo, adita da altri medici che versavano nella medesima condizione giuridica dei ricorrenti, con le sentenze Mottola contro Italia e Staibano e altri contro Italia del 4 febbraio 2014 (d'ora in avanti: sentenze Mottola e Staibano), aveva accertato una duplice violazione degli obblighi convenzionali da parte dello Stato italiano;

– in particolare, la Corte EDU aveva accertato la violazione dell'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, relativamente al diritto di accesso a un tribunale, poiché la decadenza prevista dalla norma censurata avrebbe «posto un ostacolo procedurale costituente sostanziale negazione del diritto invocato»; nonché dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, poiché il diritto di credito pensionistico dei ricorrenti, in quanto riconosciuto dalla giurisprudenza interna, costituiva ai sensi del citato parametro convenzionale un «bene» della persona e la decisione del Consiglio di Stato aveva svuotato la loro legittima aspettativa al suo conseguimento;

– sulla base di tali premesse i ricorrenti hanno proposto ricorso per cassazione, sostenendo che, alla luce delle pronunce Mottola e Staibano, l'interpretazione dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001 adottata dal Consiglio di Stato si risolve in un diniego di tutela giurisdizionale in violazione dell'art. 6 della CEDU, sanzionabile davanti alle sezioni unite ai sensi dell'art. 362, primo comma, del codice di procedura civile.

1.2.– In punto di rilevanza, il rimettente riferisce che la decisione gravata è stata depositata in data 30 luglio 2013, con la conseguenza che, in mancanza di notificazione, la decadenza dall'impugnazione si sarebbe realizzata allo scadere di un anno dalla pubblicazione della sentenza, ai sensi dell'art. 327, primo comma, cod. proc. civ., nella formulazione antecedente la riforma introdotta dall'art. 46 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile).

Il ricorso per cassazione, notificato alle controparti il 21 marzo e il 19 aprile 2014, sarebbe quindi tempestivo, con la conseguenza che, «non essendosi ancora creato

un giudicato al riguardo, la questione della corretta affermazione della giurisdizione è tuttora aperta».

Sempre in punto di rilevanza, le sezioni unite ritengono sussistenti i presupposti che giustificano il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione avverso la sentenza del Consiglio di Stato.

Il rimettente ricorda che, secondo la propria giurisprudenza consolidata, il sindacato esercitato dalla Corte di cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 362, primo comma, cod. proc. civ. e dell'art. 110 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), è consentito ove si richieda l'accertamento dell'eventuale sconfinamento del secondo dai limiti esterni della giurisdizione, per il riscontro di vizi che riguardano l'essenza della funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio, restando, per converso, escluso ogni sindacato sui limiti interni, cui attengono gli errores in iudicando o in procedendo.

A tale stregua, il rimedio in questione sarebbe esperibile nell'ipotesi in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia violato l'ambito della giurisdizione in generale – esercitandola nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, oppure, al contrario, negandola sull'erroneo presupposto che la domanda non possa formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale – ovvero nell'ipotesi in cui abbia violato i cosiddetti limiti esterni della giurisdizione, allorquando, cioè, si pronunci su materia attribuita al giudice ordinario o ad altro giudice speciale, oppure neghi la sua giurisdizione nell'erroneo convincimento che appartenga ad altro giudice.

Secondo il rimettente, però, quanto al confine oltre il quale le sezioni unite non possono spingersi nell'esercizio di tale sindacato, si sarebbe andata affermando una nozione di limite esterno «collegato all'evoluzione del concetto di giurisdizione», «da intendersi in senso dinamico, nel senso dell'effettività della tutela giurisdizionale».

In quest'ottica, il giudizio sulla giurisdizione non sarebbe più uno strumento di «accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato», ma costituirebbe uno strumento per affermare il diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi: sarebbe norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca (si cita la sentenza delle sezioni unite 23 dicembre 2008, n. 30254).

A tale principio – prosegue il rimettente – le sezioni unite hanno fatto ricorso in un caso in cui il Consiglio di Stato aveva interpretato una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione europea per come risultante da una pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea successivamente intervenuta; in tale caso, la cassazione della sentenza è stata ritenuta indispensabile per impedire che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo, esplicasse i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario (si cita la sentenza delle sezioni unite 6 dicembre 2015, n. 2403).

Nel caso di specie, pur fondandosi la tutela giurisdizionale asseritamente negata non sul diritto dell'Unione ma su quello convenzionale, la situazione giuridica creatasi sarebbe analoga, perché anche in questo caso il giudice dell'impugnazione si troverebbe nella condizione di evitare che la decisione gravata, una volta divenuta definitiva, espliciti i suoi effetti in maniera contrastante con norme sovranazionali cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione.

Ad avviso delle sezioni unite, dunque, la situazione in esame rientrerebbe in uno di quei casi estremi in cui il giudice amministrativo adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per errore in iudicando o in procedendo che danno luogo al superamento del limite esterno.

1.3.– Nel merito, il rimettente osserva che, in ordine alle controversie relative al periodo del rapporto di lavoro antecedente al 30 giugno 1998 iniziate dopo il 15 settembre 2000, si era creato un primo orientamento giurisprudenziale favorevole a ricomprenderle nella giurisdizione del giudice ordinario; nel tempo, tuttavia, era prevalso un diverso orientamento sia della Corte di cassazione sia del Consiglio di Stato che ricollega alla scadenza del termine la radicale impossibilità di fare valere il diritto dinanzi ad un giudice.

Tale orientamento – proseguono le sezioni unite – è stato avallato dalla Corte costituzionale, la quale ha ritenuto la norma conforme all'art. 3 Cost., in quanto la disparità di trattamento tra dipendenti privati e pubblici è giustificata dall'esigenza di contenere gli effetti connessi al trasferimento della giurisdizione da un plesso all'altro potenzialmente pregiudizievoli del regolare svolgimento dell'attività giurisdizionale, e dall'ampia discrezionalità del legislatore nella disciplina della successione delle leggi processuali nel tempo; nonché conforme all'art. 24 Cost., non essendo ingiustificata in sé la previsione di un termine di decadenza e non essendo il termine specifico di oltre ventisei mesi tale da rendere «oltremodo difficoltosa la tutela giurisdizionale» (si cita l'ordinanza n. 382 del 2005).

La norma così interpretata, tuttavia, si porrebbe in contrasto con l'art. 6 della CEDU, come accertato dalla Corte di Strasburgo con le sentenze Mottola e Staibano, secondo cui la decadenza in questione porrebbe un ostacolo procedurale costituente una sostanziale negazione del diritto invocato ed escluderebbe un giusto equilibrio tra interessi pubblici e privati in gioco.

Stante l'insuperabilità in via interpretativa del contrasto tra la norma interna e quella convenzionale, il rimettente ritiene di dovere sollevare questione di legittimità costituzionale della prima per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui prevede che le controversie attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000.

1.4.– Si è costituito in giudizio l'INPS, eccependo l'inammissibilità e la manifesta infondatezza della questione sollevata e riservandosi di meglio illustrare nel prosieguo le proprie difese.

1.5.– Con successiva memoria depositata in termini, l'INPS ha in particolare eccepito l'inammissibilità della questione per mancanza di una idonea motivazione circa la possibilità di interpretare la norma in maniera costituzionalmente orientata, omissione, questa, che ridonderebbe anche in difetto di motivazione sulla rilevanza.

1.6.– La questione sarebbe inammissibile anche per difetto di rilevanza.

Secondo l'INPS, il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato è possibile solo laddove il secondo abbia violato l'ambito della giurisdizione in generale, ad esempio esercitandola nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, ovvero nella ipotesi in cui abbia violato i limiti esterni della giurisdizione, pronunciandosi in materia attribuita alla cognizione del giudice ordinario o di altro giudice. Tali ipotesi non ricorrerebbero nel caso di specie e nemmeno sarebbe configurabile una decisione anomala o abnorme con cui sia stato omesso l'esercizio del potere giurisdizionale.

L'impugnata sentenza del Consiglio di Stato sarebbe tutt'altro che eversiva, ponendosi, per contro, nel solco tracciato dall'adunanza plenaria con la sentenza 21 febbraio 2007, n. 4 e dalla Corte costituzionale con le ordinanze n. 197 del 2006, n. 382 e n. 213 del 2005, n. 214 del 2004.

1.7.– Nel merito, la questione sarebbe infondata, in primo luogo perché la lesione dei diritti previdenziali dei ricorrenti accertata dalla Corte di Strasburgo non sarebbe direttamente ed esclusivamente connessa alla mera esistenza del termine di decadenza di cui all'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, ma piuttosto dovuta al mutamento della giurisprudenza, che aveva finito con l'attribuire alla scadenza di quel termine la conseguenza della radicale impossibilità di far valere i loro diritti in giudizio.

Ed infatti, al punto 51 della sentenza Staibano, la stessa Corte EDU avrebbe riconosciuto che la fissazione del termine, non eccessivamente breve, del 15 settembre 2000 risponde alla legittima e condivisibile finalità, di interesse generale, della buona amministrazione della giustizia, attraverso una ripartizione di competenze coerente e razionale tra il giudice civile e quello amministrativo e l'apposizione di limiti temporali certi per incardinare le controversie in materia di pubblico impiego.

Secondo l'INPS, andrebbe quindi data piena continuità al consolidato orientamento della Corte costituzionale, che ha ritenuto legittimo il termine di decadenza prima previsto dall'art. 45, comma 17, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 (Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della L. 15 marzo 1997, n. 59) e poi trasfuso nella norma oggi censurata.

1.8.– Si è costituita anche l'Università di Napoli, eccependo innanzitutto l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza.

Secondo l'Università, con il ricorso per cassazione i ricorrenti non hanno inteso ottenere dalle sezioni unite chiarimenti in ordine alla giurisdizione quanto, piuttosto,

un ulteriore grado di giudizio nel merito della controversia, inammissibilmente censurando un asserito error in iudicando.

L'estensione del concetto di limite esterno in chiave dinamica e di effettività della tutela giurisdizionale operata dal rimettente, per quanto suggestiva, non sarebbe condivisibile, «proprio alla luce del costante orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo il quale “l'evoluzione del concetto di giurisdizione nel senso di strumento per la tutela effettiva delle parti non giustifica il ricorso avverso la sentenza del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111 Cost., u.c., quando, come nella specie, non si verta in ipotesi di aprioristico diniego di giurisdizione, ma la tutela si assuma negata dal giudice speciale in conseguenza di errori di giudizio che si prospettino dal medesimo commessi in relazione allo specifico caso sottoposto al suo esame (Sez. Un., 16 gennaio 2014, n. 771)” (Cass. Civ., Sez. Un., 29.2.2016, n. 3915)».

Il ricorso per cassazione, dunque, non essendo stato proposto per motivi attinenti alla giurisdizione, mai denegata, non potrebbe che essere dichiarato inammissibile dal giudice a quo, a nulla rilevando l'eventuale sopravvenuta illegittimità costituzionale della norma applicata dal Consiglio di Stato. In altri termini, la questione difetterebbe di rilevanza perché le sezioni unite potrebbero giungere alla definizione del giudizio a prescindere dall'esito della questione di costituzionalità.

1.9.– Nel merito, andrebbe considerato, in primo luogo, che ai medici “gettonati” è stata ampiamente riconosciuta la possibilità di accesso alla giustizia per ottenere il riconoscimento del diritto al versamento dei contributi previdenziali, come sarebbe comprovato dal fatto che molti colleghi dei ricorrenti hanno ottenuto la piena soddisfazione delle loro pretese.

La legittimità della scelta del legislatore di prevedere un termine di decadenza, del resto, sarebbe stata già accertata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 213 del 2005, che ha giustificato tale misura processuale con effetti sostanziali, «in quanto [...] è idonea a prevenire il temuto sovraccarico di entrambi i giudici investiti del contenzioso del pubblico impiego ed idonea, altresì, a realizzare tra di essi un ordinato riparto di tale contenzioso, con l'evitare che per la medesima concreta controversia fosse previsto il succedersi, nel tempo, della giurisdizione di un giudice a quella di un altro giudice».

1.10.– Con memoria depositata fuori termine, si sono costituiti M.C. P. e G. R., parti nel giudizio a quo, aderendo alle argomentazioni spese nell'ordinanza di rimessione a sostegno della rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità sollevata.

1.11.– Con memoria depositata fuori termine l'Università di Napoli ha ulteriormente illustrato le ragioni a sostegno della inammissibilità e non fondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dalle sezioni unite.

2.– Con ordinanza iscritta al n. 218 r.o. 2016, il Tribunale amministrativo regionale per la Campania ha sollevato, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, «nella parte in cui non consente di proporre al G.O. senza incorrere in

decadenza, dopo il 15/9/2000, l'azione relativa ai fatti connessi al rapporto di impiego anteriori al 30/6/1998».

2.1.– Il rimettente espone in punto di fatto che:

– la ricorrente ha riassunto presso il TAR il ricorso proposto davanti al Tribunale di Napoli, che, con sentenza 22 ottobre 2012, n. 281, aveva declinato la giurisdizione in favore del giudice amministrativo, in applicazione del citato art. 69, comma 7;

– la causa ha ad oggetto il risarcimento dei danni subiti per effetto del comportamento della Regione, che avrebbe illegittimamente escluso la ricorrente dal concorso riservato per l'immissione nel ruolo del personale in servizio presso i centri di formazione professionale con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, nonché per la tardiva esecuzione delle sentenze del TAR e del Consiglio di Stato che avevano statuito l'illegittimità di tale esclusione;

– che, infatti, la ricorrente nel giudizio amministrativo previamente instaurato aveva richiesto il riconoscimento del servizio prestato presso l'Ente nazionale ACLI istruzione professionale (ENAIPI) fino al 1982 ovvero la retrodatazione della sua nomina anche a fini economici a far data dal 1° settembre 1986, ma la sua domanda era stata definitivamente rigettata dal Consiglio di Stato con sentenza del 23 marzo 2009, n. 1752, che, in motivazione, aveva tuttavia rilevato come la ritardata assunzione in servizio fosse generatrice di responsabilità per danni.

2.2.– Ciò esposto in punto di fatto, il rimettente ritiene sussistere la propria giurisdizione sulla controversia risarcitoria relativa a fatti inerenti al periodo anteriore al 30 giugno 1998, in quanto comunque collegati al rapporto d'impiego, senonché l'azione sarebbe tardiva ai sensi dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, per come ormai interpretato dalla pacifica giurisprudenza del giudice ordinario e amministrativo.

2.3.– Il TAR Campania deduce poi che le sezioni unite della Corte di cassazione, con ordinanza dell'8 aprile 2016, n. 6891, hanno sollevato questione di legittimità costituzionale di tale disposizione, nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000; analogamente ha fatto il TAR Lazio con ordinanza del 26 aprile 2016, n. 4776, riguardante una controversia risarcitoria per infortunio in itinere occorso ad un pubblico dipendente.

Il Tribunale campano reputa quindi necessario rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità della norma citata, «ravvisandone la rilevanza nel presente processo e la non manifesta infondatezza, alla stregua delle enunciazioni contenute nell'ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite e per contrasto con il medesimo parametro costituzionale dell'art. 117, primo comma, e dell'interposta norma dell'art. 6 della Convenzione EDU».

2.4.– L'applicazione della norma censurata condurrebbe nel caso in esame a dichiarare inammissibile il ricorso, in quanto l'azione è stata proposta oltre il termine

del 15 settembre 2000. Secondo il rimettente, sussisterebbe la rilevanza della questione riguardata «sotto l'aspetto dell'individuazione del giudice chiamato a conoscere della controversia».

«In tale prospettiva» si dovrebbe dubitare della legittimità costituzionale della norma in questione, «nella parte in cui stabilisce un effetto decadenziale e non consente di proporre davanti al G.O., dopo il 15 settembre 2000, l'azione relativa a fatti connessi al rapporto di impiego anteriori al 30 giugno 1998».

Così posta, la questione avrebbe «sicura rilevanza» nel processo, in quanto l'illegittimità della norma in tali termini comporterebbe che la cognizione sulla controversia spetterebbe al giudice ordinario e quindi condurrebbe alla necessità per il TAR di sollevare conflitto negativo di giurisdizione ai sensi dell'art. 11, comma 3, del d.lgs. n. 104 del 2010.

2.5.– In punto di non manifesta infondatezza, il TAR Campania ritiene che la norma – come indicato dalla Cassazione – sia in contrasto con l'art. 6, comma 1, della CEDU, ponendo un ostacolo procedurale che costituisce una sostanziale negazione del diritto invocato ed escludendo un giusto equilibrio tra gli interessi pubblici e privati in gioco.

La riconduzione a legittimità della disposizione in parola si avrebbe con la devoluzione al giudice ordinario della cognizione delle controversie in questione, per come in principio ritenuto dalla giurisprudenza al fine di «garantire la fruizione della giurisdizione» (si cita l'ordinanza di rimessione delle sezioni unite), in linea con la finalità di concentrazione avanti ad un unico giudice sottesa alla riforma recata dal d.lgs. n. 165 del 2001 e in modo da «non coinvolgere troppo a lungo il giudice amministrativo in una giurisdizione ormai perduta» (si cita la sentenza del Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 21 febbraio 2007, n. 4).

2.6.– Con memoria depositata nella cancelleria di questa Corte il 20 ottobre 2016, si è costituita la Regione Campania, che, dopo avere ricostruito i fatti di causa, ha eccepito l'inammissibilità della questione sollevata e la sua non fondatezza.

2.7.– Osserva la Regione Campania che solo nel 2003 e poi nel 2009, con le pronunce del TAR e del Consiglio di Stato, la ricorrente aveva appreso di avere erroneamente impostato la sua iniziativa giurisdizionale: invece di agire per l'accertamento della responsabilità aquiliana, «incorrendo nel termine di prescrizione quinquennale», essa aveva intentato un'azione basata su un titolo «inconfigurabile» (il diritto alla restitutio in integrum mediante retrocostituzione del rapporto di lavoro).

Ciò determinerebbe, secondo l'interveniente, la irrilevanza della questione sollevata, poiché la ricorrente sarebbe carente di interesse all'azione di responsabilità almeno dall'anno 2003, essendosi prescritto il relativo diritto.

La fattispecie concreta metterebbe in evidenza un tardivo esercizio del diritto ascrivibile non già al meccanismo normativo introdotto dal legislatore e sospettato d'incostituzionalità ma «a mere scelte strategico-difensive».

2.8.– Nel merito, la Regione Campania ricorda come la giurisprudenza della Corte costituzionale sia inequivoca nel ritenere che il termine decadenziale previsto dalla norma censurata sia giustificato dall'esigenza di contenere gli effetti potenzialmente pregiudizievoli per il regolare svolgimento dell'attività giurisdizionale prodotti dal trasferimento della giurisdizione dal giudice amministrativo a quello ordinario, ed in ragione dell'ampia discrezionalità del legislatore nel regolare istituti processuali intertemporali; né sarebbe lesiva dell'art. 24 Cost. la previsione di un termine decadenziale di oltre ventisei mesi, certamente non tale da rendere difficoltosa la tutela giurisdizionale.

L'interveniente ricorda anche che la Corte EDU nelle sentenze Mottola e Staibano ha ritenuto la violazione dell'art. 6 della CEDU, in quanto, a seguito di un mutamento giurisprudenziale, «i ricorrenti che avevano adito i giudici amministrativi in buona fede e in un regime giuridico che poteva dare luogo a una pluralità di interpretazioni possibili, sono stati privati della possibilità di reintrodurre i loro ricorsi dinanzi ai tribunali definitivamente individuati come competenti».

Tale non sarebbe il caso di specie, laddove la ricorrente avrebbe «riaggiustato il tiro» a distanza di anni, dopo avere adito nei termini il giudice munito di giurisdizione.

Sotto altro profilo, poi, rispetto all'esigenza di non violare le norme convenzionali sarebbe prevalente quella di tutelare i valori costituzionali sottesi alla norma censurata (artt. 3, 24, 25, 81 e 97 Cost.), compito, questo, rimesso alla Corte costituzionale.

3.– Con ordinanza iscritta al n. 260 r.o. 2016, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha sollevato, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, «nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000».

3.1.– Il rimettente espone in punto di fatto che:

– la ricorrente, dipendente dell'azienda sanitaria locale (ASL) Roma C, il 2 luglio 1997 era rimasta vittima di un incidente stradale al ritorno dal posto di lavoro; essa aveva pertanto adito il giudice del lavoro del Tribunale ordinario di Roma che aveva riconosciuto l'infortunio in itinere, condannando l'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) al pagamento di una rendita per malattia professionale, commisurata ad una inabilità permanente del trentadue per cento, oltre interessi e rivalutazione;

– con altro ricorso notificato l'8 luglio 2002 la ricorrente aveva nuovamente adito il medesimo giudice del lavoro, chiedendo la condanna dell'ASL al risarcimento del danno biologico, in quanto effetto dell'inadempienza del datore di lavoro agli obblighi di protezione imposti dall'art. 2087 del codice civile, ma questa volta il giudice adito aveva declinato la giurisdizione in favore di quello amministrativo, in ragione della ritenuta natura contrattuale della responsabilità datoriale;



– la ricorrente aveva quindi adito il TAR Lazio con ricorso notificato il 12 ottobre 2007 e depositato il successivo 8 novembre, deducendo la responsabilità dell'ASL Roma C per averle imposto dei turni massacranti il giorno dell'infortunio e quello precedente, e chiedendo la sua condanna al risarcimento del danno biologico, esistenziale e morale; l'ASL, costituitasi in giudizio, aveva eccepito il difetto di giurisdizione, la prescrizione dei crediti azionati e l'infondatezza della pretesa avversaria per mancanza del nesso di causalità, spiegando comunque domanda di manleva nei confronti della compagnia assicuratrice.

3.2.– In punto di rilevanza, il rimettente deduce di dovere fare applicazione dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, che ha sostituito in termini non innovativi l'art. 45, comma 17, del d.lgs. n. 80 del 1998, poiché il sinistro stradale è avvenuto il 2 luglio 1997, mentre la domanda con cui la ricorrente ha manifestato per la prima volta la sua pretesa risarcitoria è dell'8 luglio 2002, ben oltre il termine di decadenza del 15 settembre 2000.

3.3.– Nel merito, il TAR Lazio ripete le medesime argomentazioni in diritto sviluppate dall'ordinanza di rimessione delle sezioni unite della Corte di cassazione.

3.4.– Con memoria depositata nella cancelleria di questa Corte il 5 gennaio 2017, si è costituita A. N., ricorrente nel giudizio a quo.

3.5.– In punto di rilevanza, sarebbe evidente, secondo la parte interveniente, che una pronuncia di illegittimità costituzionale della disposizione censurata le consentirebbe di proseguire il giudizio originariamente instaurato presso il giudice ordinario e poi traslato davanti a quello amministrativo.

3.6.– Nel merito, la parte privata ripete le medesime argomentazioni in diritto sviluppate dalle ordinanze di rimessione del TAR Lazio e delle sezioni unite civili della Corte di cassazione.

#### Considerato in diritto

1.– Le sezioni unite civili della Corte di cassazione hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'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», deducendo la violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione ai parametri interposti dell'art. 6, paragrafo I, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, e dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione stessa.

La disposizione censurata prevede che «Sono attribuite al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie di cui all'art. 63 del presente decreto, relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998. Le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro

anteriore a tale data restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000».

Osserva il rimettente che, in ordine alle controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998 iniziate dopo il 15 settembre 2000, si era formato, in principio, un orientamento giurisprudenziale secondo cui esse spettavano alla giurisdizione del giudice ordinario; nel tempo, tuttavia, era prevalso un diverso orientamento sia della Corte di cassazione sia del Consiglio di Stato (avallato dalla Corte costituzionale) che ricollega alla scadenza del termine la radicale impossibilità di fare valere il diritto dinanzi ad un giudice.

La norma censurata, interpretata in questo modo, violerebbe il diritto di accesso a un tribunale, tutelato dall'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, e il divieto di interferenze illegittime con la proprietà privata posto dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione, come emergerebbe dalle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo Mottola contro Italia e Staibano ed altri contro Italia del 4 febbraio 2014 (d'ora in avanti: le sentenze Mottola e Staibano), secondo cui la decadenza in questione porrebbe «un ostacolo procedurale che costituisce una sostanziale negazione del diritto invocato» ed escluderebbe «un giusto equilibrio tra interessi pubblici e privati in gioco».

2.- Richiamando l'ordinanza di rimessione delle sezioni unite della Corte di cassazione e ricalcandone la motivazione, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio e il Tribunale amministrativo regionale per la Campania hanno sollevato questione di legittimità costituzionale della stessa disposizione.

Mentre l'ordinanza del primo, tuttavia, reca un identico petitum e gli stessi parametri interposti della questione sollevata dalle sezioni unite, il secondo censura l'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, «nella parte in cui non consente di proporre al G.O. senza incorrere in decadenza, dopo il 15/9/2000, l'azione relativa ai fatti connessi al rapporto di impiego anteriori al 30/6/1998», e solo in relazione all'art. 6, paragrafo 1, della CEDU.

3.- In considerazione della parziale identità di oggetto e dei parametri evocati, nonché delle argomentazioni addotte a sostegno della loro violazione, i giudizi vanno riuniti per essere decisi congiuntamente.

4.- In via preliminare deve essere dichiarata la inammissibilità della costituzione delle parti private M.C. P. e G. R. nel giudizio iscritto al registro ordinanze n. 107 del 2016.

Essa, infatti, è intervenuta in data 9 novembre 2017, oltre il termine perentorio stabilito dall'art. 3 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, ossia venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza nella Gazzetta Ufficiale (tra le molte, sentenze n. 102 del 2016, n. 220 e n. 128 del 2014; ordinanza allegata alla sentenza n. 173 del 2016), avvenuta, nel caso di specie, il 1° giugno 2016.

5.- La questione di legittimità costituzionale sollevata dalle sezioni unite della Corte

di cassazione è inammissibile.

6.– Il rimettente, in punto di motivazione sulla rilevanza, ricorda che è principio consolidato nella propria giurisprudenza che il sindacato esercitato dalla Corte di cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 362, primo comma, del codice di procedura civile e dell'art. 110 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), è consentito solo ove si richieda l'accertamento dell'eventuale sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione, per il riscontro di vizi che riguardano l'essenza della funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio, restando, invece, escluso ogni sindacato sui limiti interni, cui attengono gli errores in iudicando o in procedendo.

Secondo questo orientamento, pertanto, i motivi deducibili in questa sede riguarderebbero solo le ipotesi in cui si prospetti la violazione dell'ambito della giurisdizione in generale – per essere stata esercitata nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, oppure, al contrario negata sull'erroneo presupposto che la domanda non possa formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale (cosiddetto rifiuto di giurisdizione) – o l'aver pronunciato su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure l'aver negato la propria giurisdizione nell'erroneo convincimento che appartenga ad altro giudice (cosiddetto diniego di giurisdizione).

Il rimettente, tuttavia, aggiunge che (negli ultimi anni) si è andato affermando nella sua giurisprudenza una interpretazione “evolutiva” e “dinamica” del concetto di giurisdizione, che gli 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.

Questo concetto lato di giurisdizione sarebbe stato utilizzato per cassare una sentenza del Consiglio di Stato che aveva interpretato le norme di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione europea, per come acclarato da una pronuncia della Corte di giustizia successivamente intervenuta.

Il caso di specie sarebbe analogo a quest'ultimo, con la particolarità che, trattandosi di norme convenzionali, solo sollevando la questione di costituzionalità si eviterebbe che la sentenza gravata espliciti effetti contrastanti con le norme sovranazionali cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione.

Ad avviso del rimettente, la situazione in esame rientrerebbe, inoltre, in uno di quei casi estremi in cui il giudice amministrativo adotta una decisione «anomala o abnorme», omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per errores in iudicando o in procedendo che danno luogo al superamento dei limiti esterni e diventano sindacabili per motivi inerenti alla giurisdizione.

7.– Il Policlinico dell'Università degli studi di Napoli Federico II (d'ora in avanti: l'Università di Napoli) e l'Istituto nazionale per la previdenza sociale (INPS) hanno eccepito, invece, il difetto di rilevanza della questione sollevata, perché il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione celerebbe, in realtà, un inammissibile ricorso per violazione di legge, non sindacabile dalla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 111,

settimo ed ottavo comma, Cost.: i ricorrenti non avrebbero inteso ottenere dalle sezioni unite una statuizione sulla giurisdizione quanto, piuttosto, un ulteriore grado di giudizio, censurando un asserito error in iudicando.

L'estensione del concetto di limite esterno in chiave "dinamica" e di effettività della tutela giurisdizionale operata dal rimettente non sarebbe condivisibile, anche alla luce del costante orientamento della stessa Corte di cassazione, secondo cui l'evoluzione del concetto di giurisdizione non giustifica il ricorso avverso la sentenza del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111, ottavo comma, Cost., quando, come nella specie, non si verta in ipotesi di aprioristico diniego di giurisdizione, ma la tutela si assuma negata dal giudice speciale in conseguenza di errori di giudizio commessi in relazione allo specifico caso sottoposto al suo esame.

Secondo l'INPS, poi, non sarebbe comunque configurabile, nel caso di specie, una decisione «anomala o abnorme».

8.– Questa Corte è dunque chiamata a verificare, su specifica eccezione delle parti costituite nel giudizio incidentale, l'affermazione delle sezioni unite (come organo regolatore della giurisdizione e non nell'esercizio della funzione nomofilattica) circa la sussistenza di un motivo di ricorso inerente alla giurisdizione, quale presupposto della legittima instaurazione del giudizio a quo.

9.– La verifica deve essere operata tenendo presente che nella specie non si tratta di un'ordinaria questione di giurisdizione, avente ad oggetto la natura della situazione giuridica soggettiva azionata, ma l'interpretazione ed applicazione di norme costituzionali, e in particolare del comma ottavo dell'art. 111 Cost.

La questione rientra, dunque, nella competenza naturale di questa Corte, quale interprete ultimo delle norme costituzionali e – nella specie – di quelle che regolano i confini e l'assetto complessivo dei plessi giurisdizionali.

10.– L'eccezione è fondata.

11.– La tesi che il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, previsto dall'ottavo comma dell'art. 111 Cost. avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, comprenda anche il sindacato su errores in procedendo o in iudicando non può qualificarsi come una interpretazione evolutiva, poiché non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale.

Quest'ultima attinge il suo significato e il suo valore dalla contrapposizione con il precedente comma settimo, che prevede il generale ricorso in cassazione per violazione di legge contro le sentenze degli altri giudici, contrapposizione evidenziata dalla specificazione che il ricorso avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è ammesso per i «soli» motivi inerenti alla giurisdizione.

Ne consegue che deve ritenersi inammissibile ogni interpretazione di tali motivi che, sconfinando dal loro ambito tradizionale, comporti una più o meno completa assimilazione dei due tipi di ricorso.

In una prospettiva di sistema, poi, la ricostruzione operata dal rimettente, parificando

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

12.– La corretta interpretazione dell'art. 111, ottavo comma, Cost. e il suo ruolo determinante, ai fini della posizione costituzionale del giudice amministrativo e di quello contabile nel concerto delle giurisdizioni, sono stati messi chiaramente in luce da questa Corte.

Con la sentenza n. 204 del 2004 si è infatti rilevato che l'unità funzionale non implica unità organica delle giurisdizioni, e che i Costituenti hanno ritenuto di dover tener fermo l'assetto precostituzionale, assetto che vedeva attribuita al giudice amministrativo la cognizione degli interessi legittimi e, nei casi di giurisdizione esclusiva, dei diritti soggettivi ad essi inestricabilmente connessi.

Nella stessa sentenza si è osservato come dai lavori dell'Assemblea Costituente emerga chiaramente che ciò comporta l'esclusione della «soggezione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti al controllo di legittimità della Corte di cassazione» e la sua limitazione «al solo “eccesso di potere giudiziario”, coerentemente alla “unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica, 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)».

Con la sentenza n. 77 del 2007, poi, occupandosi della *translatio iudicii*, questa Corte ha aggiunto che «perfino il supremo organo regolatore della giurisdizione, la Corte di cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell'art. 111, comma ottavo, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione».

13.– Di tutto ciò è consapevole anche la giurisprudenza maggioritaria delle stesse sezioni unite, la quale continua ad affermare che «Il cattivo esercizio della propria giurisdizione da parte del giudice, che provveda perché investito di essa e, dunque, ritenendo esistente la propria giurisdizione e, tuttavia, nell'esercitarla, applichi regole di giudizio che lo portino a negare tutela alla situazione giuridica azionata, si risolve soltanto nell'ipotetica commissione di un errore all'interno di essa»; e che, «poiché la distinzione fra la giurisdizione ordinaria e le giurisdizioni speciali ha come implicazione necessaria che ciascuna giurisdizione si eserciti con l'attribuzione all'organo di vertice interno al plesso giurisdizionale del controllo e della statuizione finale sulla correttezza in iure ed in facto di tutte le valutazioni che sono necessarie per decidere sulla controversia, salvo quelle che implicino negazione astratta della tutela giurisdizionale davanti alla giurisdizione speciale ed a qualsiasi giurisdizione (rifiuto) oppure alla negazione della giurisdizione accompagnino l'indicazione di altra giurisdizione (diniego), non è possibile prospettare che, fuori di tali due casi, il modo in cui tale controllo viene esercitato dall'organo di vertice della giurisdizione speciale, se anche si sia risolto in concreto nel negare erroneamente tutele alla situazione giuridica azionata, sia suscettibile di controllo da parte delle Sezioni Unite» (Corte di cassazione, sezioni unite, 6 giugno 2017, n. 13976; nello stesso senso, tra le più recenti, sezioni unite, 19 settembre 2017, n. 21617; 29 marzo 2017, n. 8117).

14.– L'opposto filone giurisprudenziale, del resto, argomenta la sua tesi sulla base di 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.

Privo di fondamento è il riferimento a quest'ultimo principio, attese le opposte conclusioni – già evidenziate – cui è giunta questa Corte circa la non coincidenza fra unità funzionale e unità organica.

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.

Né l'allargamento del concetto di giurisdizione può essere giustificato dalla presunta eccessiva espansione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva, poiché esse, come è noto, sono state da questa Corte contenute nei limiti tracciati dalla Costituzione (sentenze n. 191 del 2006 e n. 204 del 2004); d'altro canto, «è la stessa Carta costituzionale a prevedere che siano sottratte al vaglio di legittimità della Corte di cassazione le pronunce che investono i diritti soggettivi nei confronti dei quali, nel rispetto della "particolarità" della materia nel senso sopra chiarito, il legislatore ordinario prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo» (sentenza n. 204 del 2004).

14.1.– L'intervento delle sezioni unite, in sede di controllo di giurisdizione, 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. In ogni caso, ancora una volta, viene ricondotto al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata), motivo sulla cui estraneità all'istituto in esame non è il caso di tornare.

Rimane il fatto che, specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, il problema indubbiamente esiste, ma deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 cod. proc. civ., come auspicato da questa Corte con riferimento alle sentenze della Corte EDU (sentenza n. 123 del 2017).

15.– 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, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che

appartenga ad altri giudici.

16.– 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.

17.– Alla stregua del così precisato ambito di controllo sui "limiti esterni" alla giurisdizione non è consentita la censura di sentenze con le quali il giudice amministrativo o contabile adotti una interpretazione di una norma processuale o sostanziale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda.

Ne consegue, nel caso di specie, l'inammissibilità della questione sollevata per difetto di rilevanza, in ragione della mancanza di legittimazione del giudice a quo.

18.– Anche la questione di legittimità costituzionale sollevata dal TAR Campania è inammissibile.

A differenza della Corte di cassazione, il Tribunale amministrativo non invoca un'ablazione (parziale) della disposizione censurata, ma una pronuncia additiva che attribuisca al giudice ordinario la giurisdizione sulle controversie relative al rapporto di pubblico impiego (anche) per fatti anteriori al 30 giugno 1998 proposte dopo il 15 settembre del 2000.

Il rimettente, tuttavia, nel motivare le ragioni della richiesta, si limita ad affermare che essa sarebbe in linea con la finalità di concentrazione avanti ad un unico giudice – finalità sottesa alla riforma recata dal d.lgs. n. 165 del 2001 – e con la esigenza di non coinvolgere troppo a lungo il giudice amministrativo in una giurisdizione ormai perduta.

La scarna motivazione nulla dice sul perché l'addizione invocata sia considerata costituzionalmente obbligata, specie ove si consideri che la giurisdizione che si vorrebbe attribuire al giudice ordinario riguarderebbe anche fatti relativi al rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione per il periodo anteriore all'entrata in vigore del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 (Razionalizzazione della organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421), quando, cioè, quel rapporto era ancora pienamente pubblicistico e quindi notoriamente contrassegnato anche e soprattutto da posizioni di interesse legittimo, che così verrebbero distratte dal giudice naturale, che è quello amministrativo (sentenza n. 140 del 2007).

19.– La questione di costituzionalità sollevata dal TAR Lazio non è fondata.

20.– L'assunto da cui muove il rimettente, secondo cui l'art. 69, comma 7, nel

prevedere la decadenza dall'azione, si pone in contrasto con i parametri interposti, come acclarato dalle sentenze Mottola e Staibano, e, per questa via, con l'art. 117, primo comma, Cost., non è corretto.

20.1.– Come già rilevato da questa Corte, le sentenze della Corte EDU «hanno accertato, in primo luogo, la violazione del diritto dei ricorrenti all'equo processo, non essendo stato loro consentito, in concreto, di accedere a un tribunale, dal momento che il termine dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, prima interpretato dalla giurisprudenza come termine di proponibilità dell'azione davanti al giudice amministrativo con salvezza di azione davanti al giudice ordinario, è stato poi ritenuto termine di decadenza sostanziale. Secondo la Corte EDU, il mutamento di indirizzo giurisprudenziale (e non il termine previsto dalla norma, “finalizzato alla buona amministrazione della giustizia” e “in sé non eccessivamente breve”) ha impedito ai ricorrenti di ottenere tutela, nonostante avessero “adito i tribunali amministrativi in completa buona fede e sulla base di un'interpretazione plausibile delle norme sulla ripartizione delle competenze”» (sentenza n. 123 del 2017).

Sempre secondo la Corte di Strasburgo, in base a quest'ultima interpretazione – secondo cui l'art. 69, comma 7, non pone una decadenza dall'azione ma è un mero spartiacque temporale tra le giurisdizioni – i ricorrenti che avessero adito erroneamente il giudice amministrativo avrebbero potuto «riassumere» o proseguire il giudizio davanti al giudice ordinario; a seguito di un «mutamento giurisprudenziale», tuttavia, il Consiglio di Stato avrebbe impedito ai ricorrenti «di godere di questa importante tutela».

20.2.– Non è inopportuno rilevare, innanzitutto, come una più completa ricostruzione del panorama giurisprudenziale interno possa far dubitare che nel caso che ha dato origine alle sentenze Mottola e Staibano vi sia stata davvero la “sorpresa” della buona fede dei ricorrenti su cui esse poggiano.

Le pronunce in questione sembrano ignorare, infatti, che la giurisprudenza della Corte di cassazione, quanto meno dal 2001 (sezioni unite civili, 27 marzo 2001, n. 139; 4 giugno 2002, n. 8089; 30 gennaio 2003, n. 1511; 3 maggio 2005, n. 9101; 3 novembre 2005, n. 21289; 27 febbraio 2013, n. 4846; 30 settembre 2014, n. 20566), afferma che l'art. 69, comma 7, non pone una questione di riparto di giurisdizione ma di decadenza dall'azione, con la conseguenza che il giudice regolatore della giurisdizione ha sempre escluso la cognizione del giudice ordinario sulle controversie in esame.

Tale incompleta ricostruzione del quadro giurisprudenziale interno sarebbe dovuta, secondo l'Università di Napoli, che lamenta di non aver potuto prendere parte al processo convenzionale, ad una carente esposizione dei fatti ad opera dello Stato italiano, unica parte (oltre ai ricorrenti) nel giudizio davanti alla Corte EDU (il serio problema della mancata partecipazione dei terzi a tale giudizio è già stato messo in luce da questa Corte con la citata sentenza n. 123 del 2017).

20.3.– In ogni caso, quello che non è in discussione nelle sentenze della Corte EDU è la coerenza della norma censurata dai rimettenti con i parametri convenzionali, poiché essa, di per sé, fissa un termine ispirato ad una finalità legittima e (più che) ragionevole, il che, evidentemente, esclude anche la sua illegittimità costituzionale.



Del resto, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 7, sollevate sulla base di diversi parametri interni – nella sostanza coincidenti con quelli convenzionali invocati dal rimettente – sono state sempre rigettate da questa Corte (ordinanze n. 197 del 2006, n. 328 e n. 213 del 2005, n. 214 del 2004).

L'assunto da cui muove la Corte EDU – e cioè l'effetto sorpresa derivante dal mutamento giurisprudenziale nell'interpretazione della norma – potrebbe condurre, semmai, sussistendone i presupposti, all'applicazione dell'istituto della rimessione in termini per errore scusabile, attualmente disciplinato dall'art. 37 del d.lgs. n. 104 del 2010, ai sensi del quale «il giudice può disporre anche d'ufficio la rimessione in termini in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto».

**per questi motivi**

### **LA CORTE COSTITUZIONALE**

**riuniti i giudizi,**

**1) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 7, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), sollevata, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, dalla Corte di cassazione, sezioni unite civili, con l'ordinanza indicata in epigrafe;**

**2) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, sollevata, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale per la Campania, con l'ordinanza indicata in epigrafe;**

**3) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, sollevata, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, con l'ordinanza indicata in epigrafe.**

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 5 dicembre 2017.

F.to:

Paolo GROSSI, Presidente

Giancarlo CORAGGIO, Redattore

Roberto MILANA, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 18 gennaio 2018.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Roberto MILANA