

PAPER – 9 FEBBRAIO 2022

Il pasticciaccio parte terza. Prime  
considerazioni su Corte di Giustizia  
UE, 21 dicembre 2021 C-497/20,  
Randstad Italia spa

di Fabio Francario

Professore ordinario di Diritto amministrativo  
Università di Siena



# Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia spa \*

**di Fabio Francario**

Professore ordinario di Diritto amministrativo  
Università di Siena

**Sommario:** 1. Una questione di giustizia e non di giurisdizione. 2. Una correzione di rotta necessaria. 3. Conclusioni.

## 1. Una questione di giustizia e non di giurisdizione.

La pronuncia della Corte di Giustizia mi pare corretta e condivisibile, ma occorre ovviamente intendersi sul suo reale significato. Bisogna cioè intendersi bene sul fatto che la Corte di Giustizia ha affermato che il principio di effettività non è vulnerato dalla mancanza della possibilità di ricorso dinanzi all'organo giurisdizionale supremo dello Stato membro per violazione del diritto dell'Unione, non anche che il principio di effettività non sia stato vulnerato dalla pronuncia del Consiglio di Stato. Anzi, sotto questo profilo, afferma chiaramente che il principio di effettività è violato dalla pronuncia del Consiglio di Stato. La Corte di Giustizia ha separato nettamente la questione del rimedio esperibile nell'ambito dell'ordinamento nazionale, lasciando sotto questo profilo lo Stato membro libero di determinarlo nelle forme più appropriate, da quella della violazione del diritto dell'Unione e del principio di effettività. Non ha pertanto detto come debbano essere declinati, nell'ordinamento nazionale, i motivi di giurisdizione, e in particolare l'eccesso di potere giurisdizionale; ma ha solo escluso che l'ordinamento nazionale debba necessariamente prevedere la possibilità di ricorso all'organo di vertice del sistema giurisdizionale per accertare la conformità al diritto dell'Unione delle sentenze del giudice speciale. La conformazione del motivo di giurisdizione, secondo la Corte, deve ritenersi rimessa all'ordinamento interno e non deve quindi necessariamente contemplare qualsiasi violazione del diritto dell'Unione, fermo restando che

---

\* Paper non sottoposto a referaggio. Il presente lavoro rielabora il testo dell'intervista pubblicata sulla rivista *Giustiziasieme* ([La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguiti" a Corte Giust., G. S., 21 dicembre 2021 - causa C-497/20, Randstad Italia? Intervista di Roberto Conti a Fabio Francario](#)) ed è destinato agli *Scritti in onore di Maria Immordino. Il Pasticciaccio, parte prima*, è pubblicato sulla rivista *Giustiziasieme* ([Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro](#)); *Il Pasticciaccio, parte seconda*, è pubblicato su questa Rivista (['Quel pasticciaccio' della questione di giurisdizione](#)). Insieme, sono stati ripubblicati nel volume curato da A. Carratta, *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo. A proposito di Cass Sez. Un. N. 19598/2020*, Roma, 2021.



pronunce come quella di specie sono incompatibili il diritto dell'Unione perché violano il principio di effettività.

In ciò a mio avviso si riassume la quintessenza della pronuncia e non è un caso che la Corte abbia trattato ed assorbito la terza questione posta dalla Corte di Cassazione (in buona sostanza: quale debba essere la consistenza delle situazioni d'interesse legittimo e se la relativa tutela possa essere esclusa se l'interesse si riduce alla sola ripetizione della procedura di gara e non si sostanzia nell'interesse immediato e diretto all'aggiudicazione della gara) nell'ambito della prima questione (se possa essere esclusa l'impugnazione in Cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato per violazione del diritto comunitario; ovvero, per usare le parole della Corte di Giustizia *“in che misura, per garantire la tutela giurisdizionale effettiva richiesta dal diritto dell'Unione, l'organo giurisdizionale supremo nazionale debba essere riconosciuto competente ad esercitare un controllo giurisdizionale sulle sentenze pronunciate dal supremo organo della giustizia amministrativa nazionale”*). Ciò sottolinea appunto come la *ratio decidendi* della pronuncia sia duplice: l'interesse legittimo va protetto anche se non si sostanzia nell'interesse immediato e diretto all'aggiudicazione della gara (ovvero al conseguimento del bene della vita), ma è affare interno all'ordinamento nazionale decidere se e come le sentenze dell'organo di vertice del sistema di giustizia amministrativa possano essere impugate in Cassazione. In pratica, ciò significa che l'articolazione del sistema dei rimedi interni all'ordinamento nazionale è sostanzialmente indifferente per l'Unione, ma ciò non fa venir meno la gravità della violazione. Anzi. Il fatto che il rimedio appropriato, quale che sia l'organo di vertice ritenuto competente nell'ambito dell'ordinamento nazionale, sia ravvisato nell'azione di responsabilità nei confronti dello Stato, sottolinea la gravità della violazione del principio di effettività.

Per comprendere bene l'esatta portata della pronuncia, bisogna quindi tenere presente la peculiarità del caso *Randstad* che, differentemente dalle questioni di diritto soggettivo sottese ai casi *Mottola* e *Staibano* che approdano alla pronuncia Corte cost. 6/2018, nasce fin dall'origine come tipica ipotesi di tutela di un interesse legittimo. Sotto questo profilo, il contrasto tra Corte di Giustizia e Consiglio di Stato sul modo d'intendere tale situazione soggettiva, come ormai ampiamente dimostrato dall'annosa vicenda del ricorso incidentale, è molto netto. Assumendo che la posizione assunta dalla Corte costituzionale con la sentenza 6/2018 le impedisse di sindacare sotto il profilo della giurisdizione una decisione siffatta, la Corte di Cassazione ha ritenuto necessario rivolgersi alla Corte di Giustizia per sentire dichiarare se l'interesse solo strumentale alla ripetizione della gara sia ritenuto meritevole di tutela dal diritto dell'Unione e se il rimedio del ricorso per cassazione possa essere impiegato per evitare il consolidamento delle violazioni del diritto comunitario da parte del giudice speciale. La commistione dei due profili (tutelabilità dell'interesse secondo il diritto dell'Unione; sindacabilità delle decisioni del Consiglio di Stato per violazione del diritto



dell'Unione) ha creato una certa confusione e la Corte ha cercato di rimettere le questioni sui giusti binari, distinguendole

Ho già definito un brutto pasticciaccio quello creato dalle nostre tre Corti nazionali. E sottolineo che questo brutto pasticciaccio è stato creato non dalla sola Corte di cassazione, ma da tutte e tre le nostre Corti apicali in quanto ognuna c'ha messo del suo: la Corte di cassazione, perché, in presenza di un arretramento della giurisdizione amministrativa, giustificato in maniera generale e astratta dal Consiglio di Stato e iniziato ben prima della vicenda Randstad, avrebbe ben potuto impiegare la figura classica del rifiuto di giurisdizione per sindacare decisioni siffatte, senza scomodare interpretazioni evolutive di sorta; la Corte costituzionale perché, con la sentenza 6/2018, ha evitato di dichiarare l'incostituzionalità della sconosciuta norma recata dall'art. 69, comma 7, del d. lgs. 165/2001 (norma esplicitamente regolatrice della giurisdizione per le controversie del pubblico impiego privatizzato e sulla cui base l'Adunanza Plenaria, con pronuncia dichiarata dalla Corte EDU adottata in violazione del diritto fondamentale al giusto processo, aveva negato la tutelabilità della situazione soggettiva) ed ha preferito concentrare la propria attenzione sulle affermazioni incidentali dell'ordinanza di rimessione delle Sezioni unite sulla sindacabilità per motivi di giurisdizione degli errori *in procedendo* o *in iudicando* ritenuti tali da rendere abnormi le decisioni del Consiglio di Stato; il Consiglio di Stato medesimo, il cui orientamento, assunto in linea di principio sulla tutelabilità delle situazioni di diritto soggettivo transitate nell'orbita della sua giurisdizione o delle situazioni d'interesse legittimo non finali ma solo strumentali al conseguimento del bene della vita, è all'origine dell'intera vicenda.

Ho fatto una sintesi estrema, di una vicenda estremamente complessa, per sottolineare che il vero problema da risolvere non era e non è quello di chiarire se sussista una unità funzionale o ordinamentale tra le due giurisdizioni, amministrativa e ordinaria, ma se l'arretramento della linea della giurisdizione, fatto in via generale e astratta dal Consiglio di Stato, possa essere sindacato in termini di rifiuto di giurisdizione. Una volta sgombrato il campo da interpretazioni evolutive di sorta, la sostanza del problema rimane intatta.

Il chiarimento sopra operato è di fondamentale importanza per una corretta lettura della pronuncia per evitare che si enfatizzi la sola prima parte della pronuncia della Corte di Giustizia a scapito della seconda, perché altrimenti il pasticciaccio diventerà sempre più brutto e complicato.

Mi spiego meglio.

La Corte di Giustizia ha detto che spetta all'ordinamento nazionale stabilire quali debbano essere i rimedi esperibili per far valere l'inosservanza del diritto comunitario ed ha escluso che l'ultima parola debba necessariamente spettare all'organo di vertice della giurisdizione civile.



Ma, anche e soprattutto, ha detto chiaramente che la posizione assunta dall'organo di vertice della giurisdizione amministrativa, il Consiglio di Stato, è in contrasto con il diritto dell'Unione e che il rimedio consiste nell'azione di responsabilità da promuovere nei confronti dello Stato. Questo significa, per l'appunto, che se non si rimuove alla radice il problema, il livello dello scontro è destinato inevitabilmente ad innalzarsi, perché, a questo punto, non rimarrebbe più limitato alle Corti nazionali, ma investirebbe la Corte di Giustizia e l'ordinamento dell'Unione. Significa, in buona sostanza, che se il Consiglio di Stato non cambierà orientamento, il pasticciaccio diventerà sempre più brutto e complicato. Diventerebbe insomma un brutto pasticciaccio multilivello.

Per questo ritengo che la pronuncia sia senz'altro condivisibile, ma ritengo anche che ci si debba intendere bene sull'esatto significato di quanto da essa affermato. E sotto questo profilo non reputo possibile affermare che la Corte abbia escluso che vi sia stata violazione del principio di effettività, ma solo che il rimedio non debba essere necessariamente quello del ricorso in Cassazione.

## **2. Una correzione di rotta necessaria.**

La pronuncia impone sicuramente una correzione di rotta da parte delle nostre Corti nazionali, ma prima ancora che dalla Cassazione penso che il *revirement* dovrebbe esser fatto dal Consiglio di Stato, che dovrebbe cercare di recuperare il proprio ruolo di giudice naturale degli interessi legittimi, piuttosto che proporsi come un surrogato del giudice ordinario per la tutela dei diritti soggettivi.

A partire dalle riforme del processo amministrativo della fine del secolo scorso, che hanno pensato di risolvere il problema della giurisdizione ampliando a dismisura i casi di giurisdizione esclusiva, da quando si è cioè iniziato a pensare di concentrare “a Costituzione invariata” la tutela dei diritti soggettivi nella giurisdizione amministrativa, si è teorizzata l'equi ordinazione delle giurisdizioni, ma, di fatto, si è accentuata la caratterizzazione del giudice amministrativo come giudice “speciale” della Pubblica Amministrazione.

Il giudice amministrativo ha iniziato a rivendicare un proprio autonomo ruolo nomofilattico e la libertà di conformare modalità e termini della tutela delle situazioni soggettive devolute alla sua giurisdizione; e la tutela (risarcitoria) civile dei diritti soggettivi è stata adattata alle caratteristiche peculiari del processo amministrativo, aprendo la strada ad una ibridazione delle figure soggettive. La conseguenza è stata non solo che il diritto soggettivo ha visto scomparire o trasmodare la tutela risarcitoria in un surrogato che non è nemmeno lontano parente della tutela per equivalente pecuniario; ma anche che l'interesse legittimo è stato per converso patrimonializzato, cedendo alle suggestioni della ricostruzione in termini di pretesa sostanziale a scapito del carattere strumentale della figura. La conquista della tutela risarcitoria si è rivelata



una vera e propria trappola per il giudice amministrativo, che ha finito per non tutelare più né il diritto soggettivo, né l'interesse legittimo, ma una nuova indistinta figura nata dall'ibridazione delle prime due. Dal momento che la Costituzione vuole che nei confronti della Pubblica Amministrazione venga sempre e comunque garantita una giurisdizione di legittimità e che il dualismo delle situazioni giuridiche soggettive deve servire ad arricchire e non ad impoverire la tutela del cittadino nei confronti della Pubblica amministrazione, è evidente che il giudice amministrativo dovrebbe prestare maggiore attenzione alla tutela dell'interesse strumentale al corretto esercizio del potere e dovrebbe tutelare le situazioni di diritto soggettivo senza riscrivere gli istituti generali del diritto civile, senza cioè creare un diritto civile "speciale" per la pubblica amministrazione.

Quali sono le ricadute della pronuncia se questa correzione di rotta non si verificherà.

Innanzitutto, come già detto, il pasticciaccio diventerà sempre più brutto e multilivello, perché coinvolgerà nel confronto - scontro Commissione e Corte di Giustizia europea. La violazione è ormai accertata e dichiarata e se la prassi non cambia la deflagrazione del conflitto a livello eurounitario è annunciata (la Corte di Giustizia afferma espressamente che la prassi interpretativa che esclude la tutelabilità dell'interesse strumentale deve essere disapplicata perché non conforme al diritto dell'unione e se ciò non dovesse avvenire, se cioè il Consiglio di Stato dovesse continuare a negare la tutela dell'interesse strumentale, la Commissione europea potrebbe proporre un ricorso per inadempimento contro lo Stato italiano e la responsabilità potrebbe essere fatta valere anche dai singoli lesi dalla violazione del loro diritto a un ricorso effettivo).

Per il resto, la pronuncia è di chiarezza tale da consentire di risolvere il problema senza che vi sia bisogno di riscrivere la figura dell'eccesso di potere giurisdizionale o di reinvestire della questione la Corte costituzionale. Bisogna tenere sempre ben presente che la Corte di Giustizia non ha affermato che le sentenze del Consiglio di Stato non possono essere impugnate in Cassazione per motivi di giurisdizione, ma ha solo affermato che la possibilità d'impugnazione in Cassazione non deve essere necessariamente estesa alla violazione del diritto comunitario. Una cosa è affermare, come fatto dalla Corte di Giustizia, che non c'è violazione del principio di effettività se il diritto nazionale *"impedisce che le valutazioni di merito effettuate dal supremo organo della giustizia amministrativa possano ancora essere esaminate dall'organo giurisdizionale supremo"*; altra che sia scomparsa la possibilità prevista dall'ordinamento nazionale e garantita dalla Costituzione di impugnare in Cassazione le decisioni del Consiglio di Stato *"per motivi di giurisdizione"*. La Corte afferma espressamente che per il diritto dell'Unione *"è perfettamente ammissibile ... che lo Stato membro interessato conferisca al supremo organo della giustizia amministrativa di detto Stato la competenza a pronunciarsi in ultima istanza, tanto in fatto quanto in diritto, sulla controversia di cui trattasi e di impedire di conseguenza che quest'ultima possa ancora essere esaminata nel merito nell'ambito di un ricorso per cassazione dinanzi all'organo"*



*giurisdizionale supremo dello stesso Stato*”; ma ciò non vale ovviamente ad escludere che l’ordinamento interno preveda la possibilità che la sentenza venga impugnata per motivi di giurisdizione.

Allo stato, abbiamo quindi la Corte di giustizia che ha chiarito che il rimedio del ricorso in Cassazione non deve necessariamente prevedere la possibilità di far valere come motivo la violazione del diritto comunitario; e la nostra Corte costituzionale che ha chiarito che il motivo di giurisdizione non può dilatarsi sino a comprendere gli *errores in procedendo* o *in iudicando* o le violazioni di diritto comunitario anche se questi errori sono di gravità tale da rendere abnormi le sentenze.

A fronte di ciò stanno il fatto che il rifiuto di giurisdizione, nella sua forma tradizionale o classica che consente di sindacare come motivo di giurisdizione l’arretramento della giurisdizione che si concretizza quando la cognizione giurisdizionale viene negata in termini assoluti, è sempre stata pacificamente annoverata tra i possibili motivi di giurisdizione e che la Corte di Giustizia ha detto senza mezzi termini che la prassi del giudice amministrativo italiano viola “*il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice*” (art. 47 primo comma Carta diritti fondamentali UE).

Stando così le cose, non v’è necessità di ridisegnare i contorni dell’eccesso di potere giurisdizionale, né di reinvestire la Corte costituzionale della questione, dal momento che la sentenza 6/2018 non ha certo espunto dal novero dei motivi di giurisdizione la figura del rifiuto di giurisdizione, ma ha solo chiarito che tale figura non può essere dilatata oltre i limiti tradizionalmente noti. Pertanto, una sentenza che continuasse a negare in termini assoluti l’interesse strumentale alla ripetizione della gara ben potrebbe e dovrebbe essere cassata dalle Sezioni Unite per rifiuto di giurisdizione.

Il fatto che la violazione del diritto comunitario non possa di per sé rappresentare un motivo di giurisdizione, non significa anche che rifiuto di giurisdizione non possa aversi se la negazione in termini assoluti della possibilità di cognizione giurisdizionale riguardi una situazione soggettiva protetta direttamente da norme dell’Unione. Il rifiuto di giurisdizione ben può essere occasionato dall’applicazione del diritto dell’Unione; anche se rimane fermo, alla luce della pronuncia *Randstad*, che non tutte le questioni concernenti l’interpretazione del diritto dell’Unione possano di per sé esser fatte valere come motivo di giurisdizione. Se la sua violazione non si risolve necessariamente in un motivo di giurisdizione, ciò non significa che il motivo di giurisdizione non possa dipendere anche da una interpretazione del diritto dell’Unione.

Il problema di fondo da risolvere, in sostanza, non è quello dell’interpretazione del diritto dell’Unione, ma di chiarire se debba attribuirsi ancora un significato alla distinzione tra le situazioni soggettive di diritto e interesse legittimo, come vuole la Costituzione.



### 3. Conclusioni.

Per concludere, la vicenda originata dall'ordinanza 19598/2020 può essere letta in due modi. Può essere cioè vista dall'alto, dal punto di vista dei protagonisti istituzionali del conflitto, e letta in termini di antagonismo tra le nostre Corti nazionali, finalizzato all'affermazione di una primazia o di una equiparazione tra le giurisdizioni; oppure può essere vista dal basso, dal punto di vista del cittadino utente del servizio giustizia, e letta in termini di ampliamento o di restringimento della risposta al bisogno di tutela del cittadino nei confronti di un'azione illegittima della pubblica amministrazione. Se si accetta la seconda prospettiva, la vicenda non può certamente essere considerata un tentativo di aggiramento e la sentenza della Corte di Giustizia è sicuramente utile.

La presunta ostinazione delle Sezioni Unite nel ridisegnare i confini delle questioni di giurisdizione, come già ricordato, nasce sostanzialmente per l'avvenuto spostamento della tutela risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione innanzi al giudice amministrativo dopo che per un secolo e mezzo circa la tutela di quelli che venivano definiti come "diritti patrimoniali consequenziali" alla pronuncia di annullamento dell'atto amministrativo illegittimo era stata ritenuta una questione sempre "riservata" all'autorità giudiziaria. Qualunque giurista che abbia dimestichezza con il processo amministrativo contemporaneo non potrebbe seriamente negare che la concentrazione della tutela dei diritti in capo al giudice amministrativo abbia posto in concreto un problema di effettività della tutela delle situazioni di diritto soggettivo e non potrebbe negare che la forma della tutela civile dei diritti sia stata sostanzialmente rimodellata in seno alla giurisdizione amministrativa. Così come appare innegabile la tendenza ad appiattare la tutela delle stesse situazioni d'interesse legittimo sul momento risarcitorio a scapito della tutela costitutiva e conformativa, come emblematicamente dimostrato dall'insistente tentativo di rimodellamento della tutela giurisdizionale amministrativa in un settore particolarmente delicato come quello degli appalti pubblici.

In questo scenario, a partire dalle storiche pronunce sulla pregiudizialità amministrativa del 2006, le Sezioni Unite hanno cercato di garantire che al mutamento del giudice non conseguisse un mutamento qualitativo della tutela giurisdizionale della situazione soggettiva, rispolverando la figura del rifiuto di giurisdizione per censurare l'aprioristico arretramento della giurisdizione avvenuto in termini generali e astratti. Sotto questo profilo, non c'è dissonanza tra le Sezioni Unite e la sentenza Corte cost. 6/2018, che si è limitata a non avallare l'estensione del rimedio oltre il motivo di giurisdizione strettamente inteso, teorizzata dalle Sezioni Unite con l'intento di sindacare gli *errores in procedendo* o *in iudicando* di gravità tali da far ritenere abnorme la pronuncia giurisdizionale. La Corte di Giustizia ha adesso chiarito che l'interesse strumentale alla legittimità dell'azione amministrativa è un interesse meritevole di protezione.





Sotto questo profilo il dialogo è stato senz'altro utile, perché vale a chiarire che in un sistema giurisdizionale dualista il giudice amministrativo deve servire a fornire una risposta al bisogno di tutela del cittadino diversa e più ampia rispetto a quella che sarebbe altrimenti in grado di fornire il giudice ordinariamente competente a dirimere le liti di diritto civile e non un surrogato di quest'ultima.