

IL "RITO SUPERACCELERATO"

Al redde rationem.

Brevi osservazioni su un recente caso di doppia pregiudizialità

Francesca D'Angelo*

1. Cenni preliminari sul cd. "rito superaccelerato".

Come noto, il d. lgs. n. 50/2016, che ha novellato la materia dei contratti pubblici¹, intervenendo sull'art. 120, comma 2 *bis* del codice del processo amministrativo, ha introdotto un rito speciale concernente i provvedimenti di ammissione ed esclusione dei concorrenti dalla gara d'appalto: il cd. rito superaccelerato.

In virtù del nuovo testo dell'art. 120 comma 2 bis c.p.a., chi intende contestare l'ammissione di un altro concorrente alla gara, ritenuto privo dei prescritti requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, deve proporre ricorso giurisdizionale, avverso i relativi provvedimenti di ammissione, entro il termine perentorio di 30 giorni, decorrente dalla loro pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante ai sensi dell'art. 29 co. 1, d.lgs. 50/2016. Decorso tale termine, l'omessa impugnazione, "preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti

* Dottoressa in Giurisprudenza.

¹ Precedentemente regolata dal d. lgs. 163/2006, noto come "Codice dei contratti pubblici".

delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale”², ivi inclusa l’aggiudicazione definitiva, la cui impugnazione risulterà pertanto inammissibile.

La *ratio* di tale previsione è quella di definire la platea dei soggetti ammessi alla gara prima che si proceda all’esame delle offerte e all’aggiudicazione, arginando il rischio di regressioni del procedimento amministrativo a causa di vizi che i concorrenti potrebbero far già rilevare nelle fasi preliminari³ e riducendo pertanto il contenzioso in fase esecutiva. Come affermato dal Consiglio di Stato nel parere reso nell’aprile 2016, n. 885⁴, con tale disposizione, il legislatore avrebbe operato una cesura tra le fasi del giudizio in materia d’appalti, introducendo un modello di contenzioso a “duplice sequenza”, per cui l’esaurimento della cognizione sulla prima (inerente alle ammissioni), è condizione di ammissibilità della seconda (inerente all’aggiudicazione).

Tuttavia, il perseguimento di tale interesse generale alla legittimità dell’azione pubblica ed alla celere definizione della platea degli ammessi, sia pure apprezzabile dal punto di vista teorico, ha presentato, alla luce dei risvolti applicativi del comma 2 *bis*, non pochi profili di criticità, suscitando reazioni eterogenee -non sempre in termini adesivi- tra gli addetti ai lavori.

Il primo dato di immediata percezione è l’aggravio degli oneri economici per la concorrente che intenda cautelarsi in via giurisdizionale. Ragionando sullo schema bifasico proposto dal Consiglio di Stato, nella prima scansione procedimentale, la partecipante dovrà anzitutto impugnare i provvedimenti di ammissione delle altre concorrenti e, qualora l’aggiudicazione intervenga nelle more del processo, potrà presentare ricorso autonomo o per motivi aggiunti, previo versamento di un nuovo contributo unificato.

Non solo. Anche a voler tacere delle problematiche connesse alla scarsa cognizione in capo alla ricorrente delle ragioni che hanno determinato l’altrui ammissione, resa difficoltosa dal mancato raccordo tra il termine di decadenza di cui all’art. 120 comma 2 *bis* e l’istanza di accesso agli atti di gara di cui all’art. 29 del d. lgs. 50/2016, resta comunque il dato che, quando i soggetti ammessi sono più di due, le rispettive ammissioni potrebbero essere inficiate da vizi diversi, dimodochè l’eterogeneità oggettiva e/o soggettiva potrebbe

² Art. 120, comma 2 bis, c.p.a., secondo periodo.

³ Su cui v. Tar Lazio, sez. II, n. 8577/2017.

⁴ Consiglio di Stato, Parere n. 855/2016, sullo schema di decreto legislativo recante 'Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione', disponibile su www.giustizia-amministrativa.it e www.federalismi.it.

precludere o rendere inammissibile un ricorso cumulativo. In tali ipotesi, la concorrente dovrà necessariamente proporre tanti ricorsi quanti sono gli atti di ammissione, versando un corrispondente numero di tributi giudiziari.

Al riguardo potrebbe anche astrattamente condividersi l'assunto che "ai fini del riequilibrio dovrebbe essere sufficiente un intervento del legislatore ordinario volto a ridurre il contributo unificato per il contenzioso a valle e, in ogni caso garantire la tempestiva conoscenza degli atti e della reale motivazione"⁵. Ma, a ben vedere, un intervento di tal guisa, non sarebbe di per sé sufficiente a fugare i dubbi sulla ragionevolezza della disposizione.

Infatti, non può presumersi a priori che questa complessa ed onerosa procedura sia foriera, alla fine, di quale utilità per la ricorrente: non potendosi vaticinare chi risulterà aggiudicatario della gara prima dell'esame delle offerte, è possibile che all'esito delle operazioni di affidamento questa non riporti alcun interesse a contestare l'aggiudicazione, essendosi magari collocata in posizione utile in graduatoria; è altresì possibile che la concorrente contro la cui ammissione si è insorto, non risulti poi essere l'aggiudicataria. In queste ipotesi, il giudizio, rivelatosi *ex post* assolutamente inutile, dovrebbe concludersi con una declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse⁶.

Qui risiede il reale *punctum crucis* della questione: può tecnicamente definirsi "sopravvenuta" una carenza di interesse che, a ben vedere, si registrava già al momento dell'azione? L'art. 120 comma 2 *bis*, infatti, esige l'impugnazione di un atto tecnicamente endoprocedimentale⁷, non ancora lesivo per la ricorrente (la quale non conosce ancora l'esito della gara, e rispetto alla quale è ancora una potenziale aggiudicataria) che quindi non può definirsi portatrice di un interesse "personale, concreto ed attuale"⁸ alla decisione. A riprova di ciò, è sufficiente ricordare come la giurisprudenza amministrativa *ante* riforma, fosse granitica nell'escludere l'ammissibilità di impugnazioni vertenti sui provvedimenti di

⁵ Tar Lazio, sez. II, n. 8577/2017, cit.

⁶ Vedi pronuncia del Consiglio di Stato del 2017. Sulla nozione di interesse, quale condizione per l'azione, v. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XI ed., Torino, pp. 193 ss.. Sulla declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse v. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010, pp. 811 ss.

⁷ Sulla impugnabilità degli atti endoprocedimentali nell'ambito delle gare d'appalto, si veda la raccolta giurisprudenziale contenuta in R. GAROFALI, V. DE GIOIA, *Appalti e contratti: percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2007, pp. 192 ss.

⁸ Su cui però cfr. Tar Lazio, sez. II, n. 8577/2017, cit.

ammissione⁹, facendo leva sull'inidoneità di tali atti a ledere la posizione dei partecipanti alla gara¹⁰.

2. La pregiudizialità “al quadrato” della norma in esame: il rinvio pregiudiziale del Tar Piemonte e la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tar Puglia.

La norma *de qua*, sicuramente eccentrica, ha suscitato reazioni alquanto eterogenee tanto in nella comunità scientifica¹¹ quanto nella giurisprudenza amministrativa. Pur non essendo mancati tentativi di interpretazione costituzionalmente conforme¹², la novella del 2016 si è esposta a serrate critiche. Non sorprende pertanto che la medesima disposizione abbia formato oggetto sia di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia che, recentemente, di una questione di legittimità costituzionale. Il riferimento è, rispettivamente, all'ordinanza della prima sezione del Tar Piemonte n.88/2018 e all'ordinanza della terza sezione del Tar Puglia n. 903/2018.

Si tratta di due provvedimenti molto distanti fra loro sia nella tecnica redazionale -concisa, evocativa e sbrigliata la prima; puntuale, scrupolosa anche se a tratti un po' ridondante la seconda - che nell'individuazione dell'autorità deputata alla risoluzione dei dubbi ermeneutici. Tuttavia, ad un sommario raffronto tra le due ordinanze, è possibile *icto oculi* rilevare come - salvo i differenti approdi - i due giudici *a quibus* muovano dalle medesime premesse, condividano le medesime perplessità ed anelino al medesimo risultato.

Infatti, in entrambe le ordinanze, ciò che in sostanza si argomenta è che, nella sua odierna morfologia, il cd. rito superaccelerato confligge con il principio di effettività della tutela

⁹ Ex multis, Tar Puglia, sez. III, n. 1422/2015 «Si deve osservare al riguardo che tale argomento dà per scontata la qualificazione di atto presupposto dell'ammissione alla gara. Invece, essa deve essere più correttamente configurata come un atto endoprocedimentale (per quanto definitorio di una sub-fase) che può essere contestata solo insieme con il provvedimento finale (nello stesso senso: Consiglio Stato, Sez. III, 14 dicembre 2012 n. 6443, 4.1. e 4.2)». In aggiunta, si veda la raccolta giurisprudenziale cit. *supra*, nota 7.

¹⁰ Ad eccezione, però, dei provvedimenti di esclusione.

¹¹ Si vedano ad esempio i contributi di L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi del nuovo giudizio di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. e sua compatibilità con la tutela cautelare*, in www.ilmerito.org, F. GATTA, “La velocità” nemica del diritto: il rito superaccelerato approda alla CGUE, in www.iusinitinere.it, 8.02.2018; I. LAGROTTA, *Il rito «superaccelerato» in materia di appalti tra profili di (in)compatibilità costituzionale e conformità alla normativa comunitaria*, in Federalismi.it, 28.03.2018, M. A. SANDULLI, *Bussola. Rito speciale sui contratti pubblici*, in www.lamministrativista.it.

¹² Su cui, ancora una volta, Tar Lazio, sez. II, n. 8577/2017, cit.

giurisdizionale¹³, nel primo caso letto alla luce del diritto euronitario, nel secondo caso ricostruito attraverso le disposizioni costituzionali domestiche.

Entrambi i giudici infatti sono concordi nel ritenere che l'art. 120, comma 2 *bis*, nella parte in cui contempla l'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione, introduce una ipotesi di "giurisdizione amministrativa oggettiva"¹⁴, in cui l'azione, volta a provocare un generico controllo di legittimità *tout court* dell'operato della P.A.¹⁵, non appare sorretta da un interesse attuale del ricorrente e da una lesione concreta della sua situazione giuridica soggettiva¹⁶. Per il giudice piemontese, tale tipologia di contenzioso risulta contraria ai principi comunitari di cui agli artt. 6 e 13 CEDU, art. 47 CDFUE e con l'art. 1 della Direttiva 89/655/CEE, i quali "forgiano il diritto di azione come diritto del solo soggetto titolare di un interesse attuale e concreto, interesse che, nell'ipotesi delle gare di appalto, consiste unicamente nel conseguimento dell'aggiudicazione, o, al più, quale modalità strumentale al perseguimento del medesimo fine, nella chance derivante dalla rinnovazione della gara"¹⁷. Per il giudice pugliese, invece, tale disposizione introduce una "illegittima deviazione" dagli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione, in virtù dei quali il concetto di tutela degli interessi legittimi "implica necessariamente i menzionati caratteri della personalità, attualità e concretezza del sostrato processuale della posizione giuridica

¹³ In dottrina, sul principio di effettività della tutela giurisdizionale, tanto nella sua dimensione "domestica" che "euronitaria", si veda, senza pretesa di esaustività: S. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009; F.F. GUZZI, *Effettività della tutela e processo amministrativo*, Milano, 2009, passim; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, 2008, passim.

¹⁴ Tar Piemonte, Prima sezione, Ordinanza n. 88/2018, dep. 17/01/2018, Est. Bini, lett. D.

¹⁵ In relazione al quale tuttavia si configura un paradosso: «Al contempo ancora più grave, come sembra dimostrare il caso all'esame di questo TAR, è il rischio che l'operare del nuovo meccanismo preclusivo finisca per rendere inattaccabili aggiudicazioni disposte in favore di soggetti privi dei requisiti di partecipazione, posti a presidio della corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali. Il Collegio ritiene un tale esito contrastare anche, e soprattutto, con quella che è l'esigenza sottesa a tutta la regolamentazione europea e nazionale in materia di appalti pubblici: e cioè l'esigenza di assicurare che le commesse pubbliche vengano affidate al soggetto maggiormente idoneo, esigenza alla quale il confronto concorrenziale è funzionale e che inevitabilmente rimarrebbe frustrata ove si consentisse, in forza di quello che è un meccanismo di natura meramente processuale, di tenere ferma l'aggiudicazione pronunciata a favore di un aggiudicatario che risulti non possedere i requisiti di partecipazione alla gara» Tar Piemonte, Prima sezione, Ordinanza n. 88/2018, dep. 17/01/2018, Est. Bini, lett. D.

¹⁶ Cfr. Tar Piemonte, Prima sezione, Ordinanza n. 88/2018, dep. 17/01/2018, Est. Bini, lett. D: «Si rende in tal modo recessivo il principio della immediatezza della lesione derivante dal provvedimento impugnato rispetto alla (necessaria) attualità della reazione giurisdizionale, anticipandola obbligatoriamente ad un momento procedimentale nel quale la selezione degli interessi dei singoli partecipanti non è ancora tale da poter far riconoscere in capo a ciascun concorrente un effettivo e concreto interesse (ed utilità) all'impugnativa».

¹⁷ Tar Piemonte, Prima sezione, Ordinanza n. 88/2018, dep. 17/01/2018, Est. Bini, lett. D: «Il rito di cui all'art 120 co. 2 bis c.p.a. implica una tutela di tipo oggettiva, in cui l'azione non si configura caratterizzata da un interesse attuale del ricorrente e da una lesione concreta della sua situazione giuridica soggettiva. (...) Le norme censurate hanno pertanto introdotto una tipologia di contenzioso che si qualifica per essere un giudizio di diritto oggettivo». Cfr. Tar Puglia, Terza Sezione, ordinanza n. 903/2018, dep. 20/06/2018, Est. Cocomile, p.to 3.1 : « Il censurato art. 120, comma 2 bis, primo e secondo inciso cod. proc. amm., (...) introduce - a ben vedere - una ipotesi di "giurisdizione amministrativa oggettiva»

soggettiva dell'individuo (i.e. interesse legittimo) dinanzi all'esercizio del potere autoritativo, poiché solo lui è l'unico soggetto dell'ordinamento che può valutare autonomamente l'utilità del giudizio (...), e non può essere una legge dello Stato ad imporgli la "doverosità" (sempre nel senso di "onere" per evitare il formarsi di una preclusione processuale) di un'azione giurisdizionale priva di alcun vantaggio sul piano soggettivo, almeno nel momento in cui deve essere esperita secondo il censurato dettato normativo"¹⁸.

Entrambi poi ritengono che tale tipologia di contenzioso, innestandosi in una fase antecedente all'aggiudicazione, possa determinare una proliferazione di impugnazioni potenzialmente in grado di paralizzare le procedure di affidamento. Al riguardo, per il giudice piemontese, il modello di contenzioso di cui al comma 2 bis sarebbe "ridondante", implicando una violazione del principio comunitario di proporzionalità, il quale esige che "la normativa nazionale non ecceda i limiti di ciò che è idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi pur legittimamente perseguiti da ciascuno Stato"¹⁹. Per il giudice pugliese ciò invece determina una deviazione dai principi di ragionevolezza (art. 3, comma 1 Cost.), di effettività della tutela giurisdizionale (ex artt. 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 111, commi 1 e 2 e 113, commi 1 e 2 Cost.), del giusto processo (ex art. 111, comma 1 Cost.) e della ragionevole durata del processo (ex art. 111, comma 2 Cost.), in quanto "il meccanismo processuale delineato dal legislatore del 2016 determina inevitabilmente il proliferare di azioni giurisdizionali avverso plurime ammissioni relativamente alla stessa procedura di gara, in violazione dei principi di economia processuale e concentrazione"²⁰. Un contrasto, quindi, che appare vieppiù evidente se si considerano i plurimi tributi giudiziari che, per effetto di tale modello di contenzioso, parte ricorrente è onerata a versare²¹.

¹⁸ Tar Puglia, Terza Sezione, ordinanza n. 903/2018, dep. 20/06/2018, Est. Cocomile, p.to 3.1

¹⁹ Tar Piemonte, Prima sezione, Ordinanza n. 88/2018, dep. 17/01/2018, Est. Bini, lett. D

²⁰ Tar Puglia, Terza Sezione, ordinanza n. 903/2018, dep. 20/06/2018, Est. Cocomile, p.to 3.3.

²¹ Cfr. Tar Puglia, Terza Sezione, ordinanza n. 903/2018, dep. 20/06/2018, Est. Cocomile, p.to 3.1. «Il contrasto con i menzionati principi costituzionali (...) è ancora più netto se si considera che l'impugnazione in materia di appalti pubblici (e quindi anche del provvedimento di ammissione di cui al comma 2 bis dell'art. 120 cod. proc. amm.) è soggetta ad un contributo unificato con importi elevati nel corso degli ultimi anni (cfr. art. 13, comma 6 bis, lett. d) d.p.r. n. 115/2002: "Il contributo unificato per i ricorsi proposti davanti ai Tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato è dovuto nei seguenti importi: ... d) per i ricorsi di cui all'articolo 119, comma 1, lettere a) e b), del codice di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il contributo dovuto è di euro 2.000 quando il valore della controversia è pari o inferiore ad euro 200.000; per quelle di importo compreso tra euro 200.000 e 1.000.000 il contributo dovuto è di euro 4.000 mentre per quelle di valore superiore a 1.000.000 di euro è pari ad euro

3. Per una gestione “virtuosa” della doppia pregiudizialità: osservazioni conclusive

È noto come il tema della doppia pregiudizialità, costituzionale ed euronitaria ad un tempo, abbia a lungo rappresentato oggetto di contesa fra Corti nonché, a stagioni alterne, il fulcro di un fervido dibattito dottrinale²², ed è alquanto prevedibile che, sulla scorta delle “precisazioni” offerte dalla Consulta nella sentenza n. 269/2017²³, tale dibattito sia destinato a vivacizzarsi in corrispondenza degli attesi *feedback* giurisprudenziali, tra i quali il caso in esame può già -seppur con le dovute precisazioni- incasellarsi.

Senza alcuna pretesa di esaustività, può giovare preliminarmente rammentare come, nella citata pronuncia, la Corte Costituzionale abbia trovato un varco, tra le maglie dell’ordinanza della Commissione Tributaria provinciale di Roma, per pronunciarsi sulla *vexata quaestio* delle normative interne confliggenti, ad un tempo, con le “garanzie presidiate dalla Costituzione Italiana, sia (con) quelle codificate dalla Carta dei diritti dell’Unione”, offrendo ai giudici comuni talune coordinate metodologiche, concise ma univoche, destinate a confluire nel noto schema La Pergola (Sent. 180/1984, *Granital*), pur lasciandone immutati gli assetti.

Al riguardo, la sentenza n. 269/2017, in uno con la più recente n. 115/2018 (sul celebre caso Taricco), rappresenta senz’altro un nuovo avanzamento in quello che, quasi cinquant’anni fa, fu definito da Paolo Barile il “cammino comunitario” della Consulta²⁴, attualmente chiamata (non molto frequentemente) a confrontarsi con le recenti evoluzioni del processo

6.000. Se manca la dichiarazione di cui al comma 3-bis dell’articolo 14, il contributo dovuto è di euro 6.000; ...». Tar Piemonte, Prima sezione, Ordinanza n. 88/2018, dep. 17/01/2018, Est. Bini, lett. D. «l’attuale sistema può facilmente comportare, specialmente per appalti di non elevatissimo importo, rinunce da parte dell’interessato alla scelta di proporre il ricorso giurisdizionale. In una fase anticipata in cui gli operatori non possono confidare nelle utilità derivanti dall’aggiudicazione, l’entità degli esborsi necessari per la difesa processuale può costituire motivo di forte dissuasione al ricorso agli strumenti processuali che potrebbero essere fatti valere in giudizio, compromettendo anche il diritto di difesa».

²² V. ex multis, R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali* in, (a cura di) A. CIANCIO, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l’integrazione politica in Europa*, Roma, 2014, pp. 437 ss.

²³ Su cui la comunità scientifica si è già ampiamente confrontata. Si vedano, ad esempio i contributi di A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing* (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017), in *Riv. diritti comparati*, 3/2017; R. Conti, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Rivista di Diritti Comparati ed in giurcost.org*; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, *ivi*.

²⁴ Già in epigrafe C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il “cammino comunitario”: invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017*, su *Forum di Quaderni Costituzionali e in giurcost.org*.

di integrazione europea e, in particolar modo, con le trasformazioni che hanno interessato il sistema dei rapporti interordinamentali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 2007 e la contestuale attribuzione di effetti giuridici vincolanti alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (nel prosieguo: CDFUE)²⁵.

Segnatamente, l'avvenuta "costituzionalizzazione" dell'ordinamento europeo²⁶, ha messo a nudo le idiosincrasie che la tutela multilivello dei diritti può celare, viepiù insidiose quando principi o diritti parimenti riconosciuti dalle due Carte non appaiono perfettamente speculari, presentando declinazioni ed estensioni semantiche *a prima facie* non coincidenti²⁷.

È da ricordare, al riguardo, come i casi di doppia pregiudizialità "assiologicamente pregnante"²⁸ da un lato siano in grado di innescare tensioni tra le Corti Costituzionali e la Corte di Lussemburgo, le cui rispettive tecniche decisorie tradiscono ancora oggi una irrisolta distanza culturale; dall'altro pongano il giudice del caso concreto dinanzi alla scelta - non immune da valutazioni discrezionali - dell'autorità cui rimettere il dubbio ermeneutico, non essendo positivamente pacifico "l'ordine di priorità" delle questioni e, in caso di contrasto tra le pronunce, quale ritenere preminente²⁹.

Dopo anni di reticente silenzio, a partire dal 2007, la Corte Costituzionale ha deciso di occuparsi di tali problematiche. Con riferimento al primo aspetto può essere utile ricordare come la Consulta, dopo essersi aperta al dialogo con la Corte di Giustizia mediante il canale istituzionalizzato ex art. 267 TFUE³⁰, abbia manifestato l'intenzione di inaugurare una

²⁵ Su cui v. A. CIANCIO, *A margine dell'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali in ambito europeo tra luci ed ombre*, in *Federalismi.it*, n. 21, 2012, *passim*.

²⁶ Sulla quale sembrano non residuare dubbi a fronte del riconoscimento esplicito, da parte della Consulta, di una "impronta tipicamente costituzionale" ai contenuti della Carta di Nizza. (Sent. C. Cost. n. 269/2017, p.to 5.2 Considerato in diritto).

²⁷ Come è avvenuto di recente proprio nel cd. "caso Taricco".

²⁸ Così sono state definite recentemente da A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing* (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017), in *Riv. diritti comparati*, 3/2017.

²⁹ Su cui v. le riflessioni di R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 novembre 2016, pp. 15 ss. Nel suo contributo l'Autore osserva come in capo al giudice nazionale sia incombente una «doppia fedeltà, la prima derivante dall'ordinamento nazionale, che impone il rispetto delle pronunce della Consulta in caso di declaratoria di illegittimità costituzionale della legge, l'altra derivante dal ruolo di "giudice comune del diritto dell'Unione Europea" affidato dai Trattati come interpretati dalla Corte di Giustizia». Con riferimento al caso ivi esaminato, l'Autore altresì rilevava come non fosse da escludere che «a valle della sentenza della Corte Costituzionale un giudice ritenga di dare maggiore peso alla fedeltà comunitaria», eludendosi di fatto i presidi domestici.

³⁰ V. C. Cost. ord. n. 103/2008, ord. n. 207/2013 e, da ultimo, ord. n. 24/2017. Senza alcuna pretesa di esaustività, si segnalano in commento: E. CANNIZZARO, *La corte costituzionale come giudice nazionale, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CEE: l'ordinanza n. 103/2008*, in *Riv. Dir. Internaz.* 2008., pp. 789 ss.; M. CARTABIA, *La corte costituzionale*

stagione di costruttiva cooperazione con la collega Lussemburghese, preordinata ad assicurare la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico³¹. Quanto al secondo aspetto, attinente alle regole di condotta dei giudici, appaiono sicuramente interessanti -per quanto bisognose di ulteriori precisazioni- le indicazioni offerte nella sentenza n. 269.

Muovendo dalla considerazione che “le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.)”, la Consulta conclude che “laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione Italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione in ambito di rilevanza comunitaria, *debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale*, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell’Unione, ai sensi dell’art. 267 del TFUE” (P.to 5.3 del Considerato in diritto, ult. Cpv.).

Poste tali brevi premesse e senza voler indugiare sulla rivendicazione del sindacato accentrato da parte della Corte Costituzionale, è opportuno svolgere qualche considerazione conclusiva sul tema della doppia pregiudizialità, muovendo dalla vicenda sin qui esaminata.

Al momento in cui si scrive, entrambe le procedure attivate sono in attesa di definizione.

In questa sede appare conveniente in tale sede svolgere qualche considerazione conclusiva per lo più di carattere metodologico. La vicenda in esame infatti mostra con sferzante realismo come, nel caso in cui la disposizione controversa appaia in contrasto con principi generali e largamente condivisi, indubbiamente riconosciuti *sub specie aeternitatis* tanto a livello europeo quanto a livello domestico (nel caso di specie, il principio di effettività della tutela giurisdizionale), il giudice comune rappresenti l’ago della bilancia. A quest’ultimo infatti compete l’apprezzamento dei profili di criticità in seno alla disposizione controversa, il loro inquadramento nella disciplina europea o domestica, nonché la scelta dell’autorità cui

ed il rinvio pregiudiziale: atto primo. Osservazione a Corte Cost. 15 aprile 2008, n. 103, in Giur. Cost., 2008, II, pp. 1313-1314; B. GUASTAFERRO, Il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, in Quaderni costituzionali, 2013; L. PESOLE, La Corte Costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull’ordinanza n.103/2008, in federalismi.it, n. 15/2008, p.10.

³¹ V. p.to 5.2 C.to in diritto della sent. n. 269/2017 «Il tutto, peraltro, in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia (da ultimo, ordinanza n. 24 del 2017), affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE)».

sottoporre la questione. Al riguardo, nonostante le coordinate metodologiche che da anni la Corte Costituzionale si sforza di elaborare per arginare i rischi di disapplicazione massiva ed incontrollata - da ultimo proprio con la citata sentenza n. 269/2017-, l'ortodossia di talune soluzioni appare in diversi casi incerta. Un elemento indicatore può essere rintracciato nella tecnica redazionale di volta in volta impiegata. Nell'ordinanza n. 88/2018, la decisione del giudice piemontese di accordare precedenza al rinvio pregiudiziale su una disposizione che nemmeno nell'ordinamento interno gode di buona fama, può per certi aspetti apparire eccentrica, e ciò non tanto perché il conflitto venga ricondotto ai soli parametri costituzionali europei, tacendosi di quelli domestici tendenzialmente equivalenti. Nel caso di specie sarebbe stato chiaramente ingeneroso addebitare al giudice piemontese il mancato rispetto delle indicazioni contenute nella sentenza n. 269/2017³², in virtù delle quali le disposizioni confliggenti ad un tempo sia con la Carta di Nizza che con la Costituzione devono essere sottoposte, per entrambi i profili, al sindacato accentrato della Consulta: infatti, l'ordinanza n. 88/2018, pur essendo stata pubblicata il 17 gennaio 2018, è quasi sicuramente stata redatta diversi mesi prima, posto che il suo contenuto è stato deciso nella camera di consiglio del 27 settembre 2017, prima che la Corte Costituzionale esitasse la sua sentenza n. 269, decisa nella camera di consiglio del 7 novembre e depositata il successivo 14 dicembre 2017.

A destare qualche perplessità, piuttosto, è la scelta degli altri parametri, diversi dall'art. 47 della Carta di Nizza: gli artt. 6 e 3 CEDU e la direttiva 86/655/CEE.

Con riferimento ai primi, come il collega pugliese garbatamente sottolinea nella sua ordinanza di rimessione³³, occorre rammentare che, quando si accerta un contrasto tra una normativa interna e le disposizioni CEDU, anche ammesso che su di esse possa pronunciarsi la Corte di Lussemburgo³⁴, il giudice comune non può procedere alla disapplicazione della prima, dal momento che l'espunzione dall'ordinamento della normativa interna controversa è subordinata all'esito del giudizio di legittimità costituzionale, in cui le norme CEDU, di

³² Di cui, per vero, non vi è traccia nemmeno nell'ordinanza n. 903/2018.

³³ Auspicando che ciò rappresenti, per la Consulta, una feconda occasione per pronunciarsi nuovamente in materia.

³⁴ Il giudice naturale di queste norme è chiaramente la Corte di Strasburgo. Il giudice lussemburghese tuttavia può conoscere delle norme CEDU indirettamente, sulla base del disposto dell'art. 52. Co. 3 CDFUE.

rango sub-costituzionale, operano quali “norme interposte” rispetto alle previsioni di cui agli art. 11 e 117 co. 1 Cost.³⁵.

Con riferimento invece alla prefata direttiva, a meno che non se ne accerti il carattere autoapplicativo, quest’ultima non è abilitata a provocare la disapplicazione di una norma interna³⁶, secondo quanto stabilito già dalla storica sentenza *Granital*. Per cui, in definitiva, qualora la Corte di Giustizia, svolgendo un sindacato tutt’altro che “occulto” sulla normativa nazionale, dovesse appurare il contrasto tra questa e la disciplina europea individuata dal rimettente³⁷, il giudice *a quo* non potrebbe ritenersi abilitato a disapplicare il rito superaccelerato, ma dovrebbe sottoporre la normativa *de qua* allo scrutinio di costituzionalità.

Peraltro, i profili di criticità della disposizione rispetto alle garanzie domestiche, a ben vedere non erano ignoti allo stesso giudice rimettente: costui, dopo aver effettuato una ricognizione del contrasto giurisprudenziale domestico sulla compatibilità o meno del rito superaccelerato con gli artt. 24 e 113 della Cost., decide comunque di sollevare una questione pregiudiziale, dichiarando di appagarsi dei tentativi di interpretazione costituzionalmente conforme precedentemente condotti da altri colleghi. Al riguardo, l’ordinanza non brilla certo per chiarezza espositiva ed avrebbe quanto meno richiesto ulteriori approfondimenti, essendosi il giudice *a quo* limitato a riportare una pronuncia del Tar Lazio³⁸ che suffragherebbe la costituzionalità della disposizione in parola.

Al riguardo, vero è che il tentativo di interpretazione costituzionalmente conforme rappresenta un indiscutibile presupposto di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, e che una legge può essere dichiarata costituzionalmente illegittima non perché se ne possa dare una interpretazione incostituzionale, ma perché sia impossibile darne interpretazioni costituzionali³⁹.

Tuttavia, a ben vedere, la lettura offerta dal Tar Lazio ed acriticamente richiamata dall’ordinanza n. 88/2018, oltre ad essere circoscritta a pochi parametri costituzionali (artt.

³⁵ V. le notissime sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007. In commento si segnala E. MALFATTI, *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Terza Edizione, Torino, 2018, pp.99 ss.

³⁶ Per tutti, sentenza n. 180/1984, *Granital*, ripresa dalla sent. n. 269/2017.

³⁷ Può sempre darsi il caso, come avvenuto in *Re Taricco*, che la Corte di Giustizia manipoli i parametri evocati e ne includa di nuovi.

³⁸ La già citata sent. n. 8577/2017.

³⁹ V. C. Cost. sent. n. 356 del 1996, con commento di E. LAMARQUE, «Una sentenza «interpretativa di inammissibilità»?», in *Giur. Cost.*, 1996, 3107 ss.

24 e 113 Cost.) rischia di apparire financo contraddittoria nella parte in cui, ammettendosi l'esigenza di "riequilibrare" la disposizione (della cui ragionevolezza, allo stato, può ancora dubitarsi) invoca all'uopo l'intervento "cosmetico" del legislatore.

Sicuramente più ortodossa⁴⁰, appare allora la scelta del giudice pugliese di invocare un intervento risolutivo della Consulta, superando quell'apparente "difetto di rilevanza" sulla cui soglia si erano arrestati i precedenti tentativi dei colleghi⁴¹. Da tale angolo visuale si scorge il *quid pluris* dell'ordinanza n. 903/2018, che sul punto offre un raffinatissimo esempio di ingegneria giudiziaria: per il Tar Puglia, infatti "l'eventuale declaratoria di incostituzionalità del comma 2 bis (...) comporterebbe l'adozione (..) di una sentenza di rito (ex art. 35 cod. proc. amm.) dichiarativa della inammissibilità del ricorso per essere stato impugnato un atto endoprocedimentale non immediatamente lesivo (...). All'opposto, dall'accertamento da parte della Corte Costituzionale, della compatibilità costituzionale della contestata disposizione deriverebbe la necessità per questo Giudice di adottare una pronuncia di merito (ex art. 34 cod. proc. amm.) e quindi di valutare la fondatezza del ricorso"⁴².

Alla luce di tali rilievi, viene quasi spontaneo chiedersi se, nell'individuazione dell'autorità cui deferire la soluzione del nodo ermeneutico, possa giocare un ruolo - ancorchè secondario - il diverso sforzo argomentativo che le due Corti esigono, da parte del giudice *a quo*, nella redazione delle ordinanze di rimessione.

Non è infatti difficile provare come l'accesso alla giustizia costituzionale domestica richieda un onere maggiore, dovendo l'autorità rimettente analiticamente motivare in punto di rilevanza, di non manifesta infondatezza, di esito nefasto del tentativo di interpretazione costituzionalmente - nonché, nei casi di doppia pregiudizialità, euronitariamente - conforme. Sforzo argomentativo che può, in talune ipotesi scoraggiare il giudice comune, se si considera che, a fronte dell'intransigenza della Corte Costituzionale, una piccola falla nell'apparato argomentativo può innescare la scure dell'inammissibilità. Diversamente, nei rinvii pregiudiziali a norma dell'art. 267 TFUE, la Corte lussemburghese mostra una

⁴⁰ Ancorchè dall'apparato argomentativo non emerga alcun riferimento alla sentenza n. 269/2017.

⁴¹ Su cui v. I. LAGROTTA, *Il rito «superaccelerato» in materia di appalti tra profili di (in)compatibilità costituzionale e conformità alla normativa comunitaria*, cit., p. 23.

⁴² Tar Puglia, Terza Sezione, ordinanza n. 903/2018, dep.20/06/2018, Est. Cocomile, p.to 3.3.

maggior flessibilità, fianco spingendosi -ove ritenuto necessario- alla correzione ed alla manipolazione delle ordinanze⁴³.

Al di là di questa breve provocazione che nulla intende provare, appare chiaro che, quando vengono in gioco principi “generalissimi” quale quello di effettività della tutela -o ad esempio, del principio di legalità in materia penale, come nel caso Taricco-, presidiati da due Carte che si prefiggono di apprestare il miglior grado di tutela possibile al cittadino, la posta in palio sia talmente alta da dover imporre il rifiuto di qualsiasi “scorciatoia”, per quanto faticoso possa apparire il cammino consueto.

I principi di certezza e di massimizzazione della tutela non possono infatti essere immolati sull’altare delle più svariate esigenze processuali poiché, se da un lato le questioni “assiologicamente pregnanti” richiedono una concertazione tra i sommi custodi dei valori costituzionali, postulando delicate quanto complesse operazioni di bilanciamento, dall’altro esse esigono una definizione con effetto *erga omnes*, in grado di arginare operazioni di disapplicazione potenzialmente disomogenee, a detrimento delle garanzie individuali. Al riguardo, la soluzione indicata dalla Consulta nella sent. 269/2017, seppur ancora connotata da numerosi profili chiaroscurali, incoraggiando l’accentramento di tali questioni nell’ottica peraltro di una cooperazione a livello “costituzionale” tra le due Corti, sembra fornire una soluzione di compromesso abbastanza ragionevole.

Certo è che bisognerà attendere i *feedback* giurisprudenziali, prima di valutarne la concreta portata, non potendosi *ex ante* escludere che, volutamente o inconsapevolmente, le coordinate metodologiche indirizzate ai giudici comuni dalla Consulta rimangano nella pratica disattese, con tutte le problematiche conseguenze che da ciò derivano.

Le questioni doppiamente pregiudiziali, infatti, ove disgiuntamente proposte⁴⁴, come nel caso di specie, sono in grado di radicalizzare le tensioni che la tutela multilivello dei diritti può celare, implicando il rischio di soluzioni antitetiche e generando in definitiva potenziali contrasti fra le Corti, piuttosto che mutua assistenza fra le Carte.

È ancora presto per azzardare previsioni sui futuri sviluppi della singola vicenda qui esaminata, pur non tacendosi l’auspicio di un finale allineamento fra le due Corti. La Consulta potrebbe ad esempio rinviare a nuovo ruolo il giudizio in attesa di un

⁴³ Come è avvenuto, ad esempio nella sentenza della Corte di Giustizia dell’8 settembre 2015, nell’ambito del cd. Caso Taricco.

⁴⁴ Ancor più grave sarebbe ad esempio, la completa elusione di una delle due Corti.

pronunciamento della collega lussemburghese, posto che l'ordinanza di rimessione non sembra, almeno *prima facie*, inficiata da vizi tali da determinare l'inammissibilità della questione. O magari, non è da escludersi che la questione sul "rito superaccelerato" rappresenti, per la Corte Costituzionale un'interessante occasione per offrire ulteriori "precisazioni" in grado di orientare i giudici comuni verso una gestione maggiormente virtuosa dei casi, indubbiamente destinati ad aumentare, di duplice pregiudizialità.

PUBBLICATO SU AMBIENTEDIRITTO.IT - 20 LUGLIO 2018 – ANNO XVIII

AmbienteDiritto.it - Rivista Giuridica Telematica - Electronic Law Review - Via Filangeri, 19 - 98078 Tortorici ME - Tel +39 0941 421391 - Fax digitale +39 1782724258 Mob. +39 3383702058 - info@ambientediritto.it - Testata registrata presso il Tribunale di Patti Reg. n. 197 del 19/07/2006 - ISSN 1974-9562

Rivista Giuridica Telematica
AmbienteDiritto.it
Anno XVIII

Focus su alcune materie trattate

- Diritto Ambientale: inquinamento, rifiuti
- Diritto urbanistico, dell'edilizia
- Diritto dell'energia
- Diritto dei contratti pubblici
- Pubblica amministrazione
- Processo penale, civile e amministrativo
- Diritto dell'Unione Europea
- Diritto del lavoro - sicurezza

CODICI aggiornati e annotati:

- Codice dell'Ambiente
- Codice Urbanistico e dell'Edilizia
- Codice dei Beni Culturali
- NUOVO Codice degli Appalti

Dottrina, formulari, un Quotidiano Legale ... e altro ancora in un'unica rivista giuridico-telematica che raccoglie al suo interno il miglior scibile giuridico.

* Sempre nuove sentenze massimate quotidianamente

* Segnalazione della normativa di rilievo con testi coordinati

* Banche Dati

ISSN 1974-9562

9 771974 956204

2018

AmbienteDiritto Editore®

www.ambientediritto.it

La rivista Giuridica AMBIENTEDIRITTO.IT 1974-9562 è riconosciuta ed inserita nell'Area 12 - Riviste Scientifiche Giuridiche. ANVUR: Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca (D.P.R. n.76/2010). Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR); Autovalutazione, Valutazione periodica, Accreditemento (AVA); Abilitazione Scientifica Nazionale (ASN). Repertorio del Foro Italiano Abbr. n.271 www.ambientediritto.it