

L'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia: i rimedi previsti dal diritto dell'Unione europea, l'inammissibilità del ricorso in Cassazione e la revocazione ordinaria (*)

Sommario: 1. Il ricorso per cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato: l'ordinanza n. 19598/2020 delle Sezioni Unite. - 2. L'omesso rinvio pregiudiziale obbligatorio quale *motivo di giurisdizione*. - 3. Gli argomenti dell'orientamento tradizionale delle Sezioni Unite: il mancato rinvio non è vizio della decisione inerente alla giurisdizione, nemmeno secondo la superata prospettiva della *giurisdizione dinamica o funzionale*. - 4. La posizione critica dell'ordinanza n. 19598. - 5. La portata del quesito riguardante l'omesso rinvio e la sua giustificazione. Un dubbio sulla *ricevibilità* della questione. - 6. Gli argomenti specifici esposti dall'ordinanza n. 19598 e il richiamo alla motivazione del primo quesito: la generale sindacabilità in Cassazione delle violazioni del diritto UE. - 7. La configurabilità del contrasto con una decisione della CGUE *in itinere* come questione di giurisdizione. - 8. L'omesso rinvio come *elemento* della responsabilità risarcitoria dello Stato impone la tutela impugnatoria? - 9. L'irrelevanza della violazione *mera* dell'obbligo di rinvio, non accompagnata da una trasgressione sostanziale del diritto eurounitario. Le ragioni sistematiche e pratiche dell'attuale assetto normativo. - 10. Il rimedio risarcitorio e la tutela in forma specifica: i mezzi processuali di diritto interno e l'autonomia procedurale degli Stati membri. Le possibili incongruenze del sistema delineato dalla legge n. 117/1988. La prospettiva di un ragionevole allargamento dello strumento della *revocazione ordinaria*. - 11. È necessario il controllo *preventivo* della Cassazione sulle pronunce del giudice amministrativo, volto ad impedire la formazione di un giudicato contrastante con il diritto UE? - 12. La giurisprudenza della CGUE e dell'Adunanza Plenaria riguardanti la prevalenza del diritto UE sul giudicato: la portata dell'indirizzo interpretativo e la sua influenza sulla questione dell'ampliamento del sindacato della Cassazione. - 13. La revisione del giudicato come possibile rimedio alla violazione del diritto UE. L'incidenza sistematica sull'ampliamento del ricorso per cassazione. - 14. L'omissione *immotivata* del rinvio di *interpretazione* quale sconfinamento della giurisdizione nazionale nella sfera dei poteri di cognizione riservati alla CGUE. Il *sistema pluralistico* delle giurisdizioni nella Costituzione e l'assetto *multilivello* europeo. Il ruolo del rinvio pregiudiziale *chiave di volta* dell'ordinamento UE. - 15. La procedura di infrazione come reazione estrema alla violazione dell'obbligo di rinvio. La sanzione delle omissioni di maggiore gravità. Gli orientamenti restrittivi della Commissione e della CGUE. L'inopportunità di un formale ampliamento delle ipotesi di infrazione. - 16. L'impugnazione della decisione che omette il rinvio nella Repubblica Federale Tedesca e nel Regno di Spagna. - 17. Il problema specifico del mancato rinvio pregiudiziale di *validità*. Il caso limite del giudice che dichiara l'invalidità di una norma eurounitaria e il difetto assoluto di giurisdizione. - 18. L'inammissibilità del ricorso per cassazione e il principio di *equivalenza*. Gli altri casi di omesso rinvio pregiudiziale contemplati dal processo amministrativo italiano. - 19. Il divieto di preclusioni all'obbligo di rinvio e l'incidenza sull'impugnabilità della decisione del Consiglio di Stato. - 20. Il ricorso per cassazione circoscritto al solo caso di violazione *totalmente immotivata* dell'obbligo di rinvio. - 21. La pronuncia *totalmente immotivata* che omette il rinvio, in assenza di richieste o deduzioni di parte. L'interpretazione errata del diritto UE. - 22. Il ruolo contraddittorio della Cassazione, prospettato dall'ordinanza n. 19598: giudice di *ultima istanza* e regolatore del riparto di competenze tra *giudice comune* e Corte di giustizia. - 23. Il mancato rinvio obbligatorio *totalmente immotivato* come possibile violazione del diritto CEDU. La portata degli orientamenti espressi dalla Corte di Strasburgo. I limiti della *responsabilità* dello Stato e l'irrelevanza ai fini della tutela impugnatoria. - 24. L'omesso esame, *totalmente immotivato*, dell'esplicita richiesta di rinvio pregiudiziale formulata dalle parti: un'ipotesi rara, inquadrabile nell'errore revocatorio sui *fatti processuali*. - 25. Conclusioni. L'effettività dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, il problema della corretta individuazione degli strumenti diretti a garantirne l'applicazione. L'inconfigurabilità di una questione di giurisdizione secondo i parametri della sentenza n. 6/2018. Il dialogo tra le Corti in ambito nazionale ed europeo.

1. IL RICORSO PER CASSAZIONE AVVERSO LE DECISIONI DEL CONSIGLIO DI STATO: L'ORDINANZA N. 19598/2020 DELLE SEZIONI UNITE.

L'ordinanza delle Sezioni Unite n. 19598 del 2020¹ ha riaperto, in modo clamoroso e imprevisto, il dibattito riguardante l'estensione del sindacato esercitabile dalla Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato, per violazione del diritto dell'Unione europea.

La pronuncia ha formato oggetto di numerosi e accurati commenti, prevalentemente critici. Tutti gli aspetti della vicenda sono stati esplorati attentamente. Merita un particolare approfondimento, però, la specifica questione riguardante la censurabilità, mediante il ricorso in cassazione, della decisione del Consiglio di Stato che *omette il rinvio pregiudiziale* obbligatorio alla Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE).

Almeno due ragioni suggeriscono di studiare a fondo il problema.

I) Con molta probabilità la CGUE non accoglierà la tesi *massimalista* propugnata dall'ordinanza n. 19598 e affermerà che il diritto UE non impone di dilatare la portata del ricorso per cassazione. In tal modo, dovrebbe assumere autonomo rilievo il quesito particolare riguardante solo le conseguenze del mancato rinvio.

II) In dottrina prevale un netto dissenso rispetto all'impostazione seguita dall'ordinanza n. 19598. Tuttavia, si registrano alcune significative posizioni,

(*) Testo, aggiornato e integrato, della relazione svolta nell'ambito del Convegno "IL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA: ATTUALITÀ E PROSPETTIVE", organizzato dall'Università Federico II di Napoli, 22 gennaio 2021.

Il presente articolo è già pubblicato sulla Rivista *GiustAmm.it*.

¹ Su tale pronuncia sia consentito rinviare a LIPARI M., *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione Europea: la parola alla Corte di Giustizia, Giustizia Insieme*, ove sono contenute ulteriori citazioni dei principali commenti alla decisione delle Sezioni Unite.

Successivamente, si vedano P. TOMAIUOLI, *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, ma incostituzionale, giurisdizione unica (nota a Cass. civ., Sezioni unite, ord. 18 settembre 2020, n. 19598), Consulta on line, 2020, fasc. III, p. 689 e ss.* Si possono aggiungere i recenti commenti di CLARICH M., *I motivi inerenti alla giurisdizione nel "dialogo" tra le Corti supreme: nota all'ordinanza delle S.U. della Corte di cassazione 18 settembre 2020, n. 19598*, e di SANTISE M., *L'eccesso di potere giurisdizionale delle Sezioni Unite*, entrambi pubblicati sul sito istituzionale della Giustizia Amministrativa.

Particolarmente pregevole il contributo di BIAVATI P., *Il rilievo della questione pregiudiziale europea fra processo e giurisdizione (nota a Cass., S.U., 30 ottobre 2020, n. 24107), Giustizia Insieme*. Il commento riguarda una diversa e successiva pronuncia delle Sezioni Unite, ma svolge interessanti considerazioni riferite anche all'ordinanza n. 19598.

favorevoli alla soluzione interpretativa delineata dalla Cassazione, limitatamente all'impugnabilità delle decisioni violative dell'obbligo di rinvio.

La cornice in cui si inquadra il tema può essere descritta in poche battute.

A) Nessuna norma di diritto interno disciplina espressamente l'impugnabilità della decisione che omette il rinvio pregiudiziale.

B) Le conseguenze della violazione dell'obbligo di rinvio sono contemplate, incidentalmente, solo dalla legge n. 117/1988, ai fini della responsabilità risarcitoria dello Stato per il caso di *violazione manifesta del diritto dell'Unione europea*². In tale eventualità *“si deve tener conto anche della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267”* del TFUE.

C) La Costituzione prevede che il ricorso per cassazione avverso le pronunce del Consiglio di Stato è consentito *“per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”*. La formula è ripresa, fedelmente, dall'art. 110, comma 1, del codice del processo amministrativo³.

D) La nozione di *questione inerente alla giurisdizione* ha formato oggetto di una complessa elaborazione ermeneutica. Tuttavia, un punto fermo è costituito dalla decisione della Corte costituzionale n. 6/2018⁴. La pronuncia ha confermato

² L'art. 2, comma 3-bis, inserito dall'art. 2, comma 1, lett. c), L. 27 febbraio 2015, n. 18 stabilisce che ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la responsabilità dello Stato *“si tiene conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza. In caso di violazione manifesta del diritto dell'Unione europea si deve tener conto anche della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.”*

³ *“1. Il ricorso per cassazione è ammesso contro le sentenze del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.”*

La dizione del codice del processo amministrativo impedisce in radice di trarre argomenti dalla diversa locuzione contenuta negli artt. 360 e 362 del codice di procedura civile: *“motivi attinenti alla giurisdizione”*.

Sul piano lessicale, la locuzione *“attinenti”* potrebbe indicare un rapporto di collegamento con la giurisdizione meno stretto di quanto non significhi la parola *“inerenti”*.

E, tuttavia, l'ipotizzata distinzione esegetica non ha ragion d'essere, poiché, indiscutibilmente, sul piano costituzionale e su quello della legislazione primaria, il ricorso per cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato è consentito per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

Va poi rimarcato, che tanto il testo della Costituzione quanto quello dell'art. 110 del CPA utilizzano l'aggettivo *“soli”*, che impone una lettura rigorosa dell'ambito applicativo del ricorso per cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato.

⁴ Corte cost. 8 gennaio 2018, n. 6 (rel. Coraggio). Per un commento alla sentenza della Consulta, senza pretese di esaustività, v. A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione ‘funzionale’ delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 3, 2018, p. 1111 ss.; M. MAZZAMUTO, *Motivi inerenti alla giurisdizione - Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 3, 2018, p. 704 ss.; G. SIGISMONDI, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, vol. 63, n. 1, 2018, p. 122 ss.; M. BRANCA, *L'esecuzione della sentenza CEDU e la riapertura del processo civile o amministrativo: Corte cost. n. 123*

l'indirizzo interpretativo consolidato, tradizionalmente espresso dalle Sezioni Unite⁵, secondo cui *l'eccesso di potere giudiziario*, sindacabile mediante il ricorso ex art. 111, co. ottavo, va riferito solo alle due ipotesi di:

I) *difetto assoluto di giurisdizione*, che si verifica quando il Consiglio di Stato affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (*invasione o sconfinamento*), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (*arretramento*);

II) *difetto relativo di giurisdizione*, sussistente quando il giudice amministrativo dichiari la propria giurisdizione su materia attribuita ad altro giudice o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altre giurisdizioni.

E) Risulta superato l'orientamento minoritario di una più recente giurisprudenza della Cassazione, favorevole ad un certo ampliamento dei "*motivi inerenti alla giurisdizione*", in una chiave *funzionale, dinamica od evolutiva*.

F) La sentenza n. 6/2018 ha stabilito che, al di fuori delle indicate ipotesi di difetto assoluto o relativo di giurisdizione, l'intervento delle Sezioni Unite non può essere giustificato nemmeno dalla violazione di norme dell'Unione europea o della CEDU⁶.

del 2017, n. 6 e n. 23 del 2018, in *Giurisprudenza costituzionale*, vol. 63, n. 3, 2018, p. 1521 ss.; F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, *Giurisprudenza costituzionale*, vol. 63, n. 3, 2018, p. 1537 ss.; F. DEODATO, *Nota a Corte Costituzionale sentenza 24 gennaio 2018, n. 6 e Corte di Cassazione - S. U. sentenza 29 dicembre 2017, n. 31226*, in ildirittoamministrativo.it, 2018; A. POLICE, F. CHIRICO, *I «soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il processo*, n. 1, 2019, p. 113 ss; SALVATO, *I limiti strutturali del sindacato di legittimità e le principali cause di inammissibilità «sostanziale» della questione di legittimità*, in forumcostituzionale.it,

⁵ La giurisprudenza maggioritaria delle stesse sezioni unite, afferma 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).

⁶ La Corte aggiunge che non risulta 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, caso in cui la giurisprudenza costituzionale auspica,

G) La decisione n. 6/2018 non ha considerato partitamente il problema concernente l'ammissibilità del ricorso per cassazione volto a censurare la *violazione dell'obbligo del rinvio pregiudiziale alla CGUE*. Non si tratta di una dimenticanza: nemmeno gli orientamenti più innovativi delle Sezioni Unite, basati sulla teoria della *giurisdizione dinamica*, si erano spinti fino a configurare la trasgressione dell'obbligo di rinvio come questione di giurisdizione. Non emergeva, quindi, alcuna esigenza di ribadire una conclusione ritenuta pacifica e incontrastabile.

2. L'OMESSO RINVIO PREGIUDIZIALE OBBLIGATORIO QUALE MOTIVO DI GIURISDIZIONE.

La pronuncia n. 19598 non condivide la conclusione cui è pervenuta la Corte costituzionale⁷. Sostiene, invece, che, in forza della supremazia dell'ordinamento eurounitario, il sindacato della Cassazione riguardi ogni ipotesi di violazione del diritto dell'Unione europea. Comunque, il ricorso ex art. 111 della Cost. dovrebbe comprendere anche – o *quanto meno* - l'ipotesi specifica di infrazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla CGUE⁸.

In tal modo l'ordinanza prospetta un ampliamento del sindacato delle Sezioni Unite sulle sentenze del Consiglio di Stato, in una prospettiva inedita, lontana dal filone teorico della *giurisdizione funzionale*. La novità è marcata, poiché la Cassazione non aveva mai considerato la censura di omesso rinvio obbligatorio come ammissibile motivo *inerente alla giurisdizione*.

In tal senso, secondo Sez. Un. 10 marzo 2012, n. 3236, "*il mancato accoglimento, da parte del Consiglio di Stato di una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia del Lussemburgo... è determinazione che, essendo espressione della potestas iudicandi devoluta a quel giudice, non esorbita i 'limiti interni' della sua giurisdizione*"⁹.

semmai, la previsione di un nuovo caso di revocazione ai sensi dell'art. 395 c.p.c., mediante un intervento legislativo idoneo.

⁷ Prima dell'ordinanza n. 19598, le Sezioni Unite della Cassazione si erano uniformate alle indicazioni della Corte costituzionale, abbandonando ogni deviazione riconducibile agli indirizzi della *giurisdizione dinamica*.

⁸ Sull'inquadramento del rinvio pregiudiziale, si può consultare l'aggiornatissimo volume curato da F. FERRARO e C. IANNONE, *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020. Particolarmente pertinenti sono i contributi di F. FERRARO, *Le conseguenze derivanti dalla violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale*, 139 ss.; di G. GRASSO, *Il rinvio pregiudiziale nel diritto interno*, 307 ss.; e di V. PICCONE, *Primato e pregiudizialità: il ruolo dell'interpretazione conforme*, 325 ss.

⁹ Secondo tale decisione, "*il ricorso per cassazione, teso ad accertare la ricorrenza, esclusa dal Consiglio di Stato, delle condizioni per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, è inammissibile, giacché si risolve in una impugnativa diretta, non già a prospettare una questione attinente alla giurisdizione del giudice amministrativo, ma a denunciare un (supposto) errore di giudizio*". Pertanto, In questa prospettiva, si è ribadito (Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013) che "*il mancato rinvio pregiudiziale da*

Soltanto in una sporadica occasione una pronuncia aveva considerato *“l’ipotesi estrema in cui l’errore si sia tradotto in un’interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla CGUE, sì da precludere, rendendola non effettiva la difesa giudiziale”* (Cass. 18 dicembre 2017 n. 30301)¹⁰.

In concreto, tale isolato precedente aveva giudicato l’omesso rinvio non già come autonomo motivo di censura della decisione del Consiglio di Stato, bensì quale possibile elemento indicativo di una *grave violazione* del diritto UE, già manifesta sul piano sostanziale¹¹.

In sintesi, a tutt’oggi, nessuna pronuncia delle Sezioni Unite ha mai annullato una decisione del Consiglio di Stato per violazione dell’obbligo di rinvio pregiudiziale.

3. GLI ARGOMENTI DELL’ORIENTAMENTO TRADIZIONALE DELLE SEZIONI UNITE: IL MANCATO RINVIO NON È VIZIO DELLA DECISIONE INERENTE ALLA GIURISDIZIONE, NEMMENO SECONDO LA SUPERATA PROSPETTIVA DELLA GIURISDIZIONE DINAMICA O FUNZIONALE.

Pochi giorni dopo la pubblicazione dell’ordinanza n. 19598, con la decisione 30 ottobre 2020 n. 24107, le Sezioni Unite hanno ribadito il proprio orientamento tradizionale.

parte del Consiglio di Stato alla Corte di giustizia non configura una questione attinente allo sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo, e che - impugnata per cassazione una decisione del giudice amministrativo - non sussistono neppure le condizioni perché la Corte, la cui cognizione è limitata ai motivi attinenti alla giurisdizione, prospetti alla Corte di giustizia "quesiti interpretativi che attengono al merito della vertenza e non al tema della giurisdizione"; non senza ricordare che "l'ordinamento giuridico interno assicura comunque una effettività di tutela rispetto al pregiudizio ipoteticamente subito a fronte della lesione di un diritto riconosciuto dal Trattato europeo, ben potendo il preteso danneggiato ottenere il relativo ristoro in sede risarcitoria" (Sez. Un., 5 luglio 2013, n. 16886)."

¹⁰ Si vedano anche Cass. 17 dicembre 2018 n. 32622 e Cass. 4 febbraio 2014 n. 2403, secondo la quale *“il ricorso con il quale venga denunciato un rifiuto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo rientra fra i motivi inerenti alla giurisdizione soltanto se il rifiuto sia stato determinato dall’affermata estraneità della domanda alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice, oppure nei casi, estremi, nei quali l’errore si sia tradotto in una decisione anomala o abnorme, frutto di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, non quando si prospettino come omissioni dell’esercizio del potere giurisdizionale meri errori in iudicando o in procedendo* (Sez. Un., 26 gennaio 2009, n. 1853; Sez. Un., 12 marzo 2012, n. 3854; Sez. Un., 8 febbraio 2013, n. 3037; Sez. Un., 24 luglio 2013, n. 17933; Sez. Un., 9 settembre 2013, n. 20590; Sez. Un., 16 gennaio 2014, n. 774; Sez. Un., 27 gennaio 2014, n. 1518).

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, ultimo comma, Cost., quando non si verta in ipotesi di aprioristico diniego di giustizia, ma la tutela negata si assuma negata dal giudice speciale in conseguenza di errori, di giudizio o processuali, che si prospettino dal medesimo commessi in relazione allo specifico caso sottoposto al suo esame (Sez. Un., 16 gennaio 2014, n. 771).

¹¹ Lo spunto potrebbe essere fornito dalla struttura dell’illecito comunitario derivante da attività giurisdizionale in contrasto con il diritto UE, delineato dalla giurisprudenza CGUE e recepito nella legge n. 117/1988: la gravità della violazione può essere desunta anche dall’omesso rinvio pregiudiziale, quando esso è obbligatorio.

La pronuncia ha preso le distanze dall'ordinanza n. 19598. La soluzione viene giustificata¹² dall'asserita diversità del caso esaminato¹³.

L'esito interpretativo tradizionale, confermato dalla pronuncia n. 24107/2020, tuttavia, si basa su una pluralità di argomenti sistematici, che prescindono dalla particolare fisionomia della vicenda.

Vale la pena riportare i principali snodi del ragionamento.

A) La questione dell'omissione del rinvio pregiudiziale obbligatorio «*non pone in discussione la giurisdizione del Consiglio di Stato, ma l'inosservanza di una regola processuale, che presuppone la sussistenza della giurisdizione amministrativa sulla controversia*» (Cass., S.U., 25 maggio 1984, n. 3223).

B) La questione pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia costituisce un elemento interno al processo, senza che essa risulti suscettibile di divenire oggetto di autonoma valutazione nell'ambito del sindacato di cui all'art. 111, c. 8, Cost. (Cass., S.U., 15 aprile 2020, n. 7839 e Cass., S.U., 9 settembre 2020, n.18671).

C) Attraverso il rinvio pregiudiziale il giudice nazionale non si spoglia in alcun modo del proprio potere giurisdizionale, ma lo esercita *pleno iure*, anche quando ritenga, motivatamente, di non sentirsi obbligato al rinvio.

D) La Corte di giustizia, nell'esercizio della funzione di interpretazione attribuitale dal Trattato, non opera come *giudice del caso concreto*, bensì come *interprete delle disposizioni* rilevanti ai fini del decidere. Pertanto, la potestà

¹² “*Né le superiori conclusioni risultano lambite dalla recente ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia di un quesito pregiudiziale proposta da queste stesse Sezioni Unite (Cass., S.U., 18 settembre 2020, n. 19598) (...)*”

Tale richiesta di dialogo con la Corte UE, inserita in un più ampio contesto nel quale è stato chiesto di verificare anche la conformità della giurisprudenza di queste Sezioni Unite che, all'indomani della sentenza n. 6/2018 della Corte costituzionale, hanno escluso, in sede di verifica del potere giurisdizionale ai sensi dall'art. 111, c. 8 Cost., il proprio sindacato rispetto alle prospettate violazioni del diritto UE nelle quali sarebbe incorso il giudice speciale, non assume alcun rilievo nell'ambito dell'odierno giudizio, in cui il giudice speciale non ha affatto ommesso immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ma ha al contrario motivatamente escluso la ricorrenza dei presupposti per il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE.”

“E ad ulteriormente differenziare in modo marcato la vicenda qui all'esame delle Sezioni Unite rispetto a quella affrontata in via interlocutoria dalla ricordata ordinanza n. 19598/2020 sta la circostanza che la richiesta di chiarimento ha in quel caso riguardato esclusivamente le ipotesi di palese violazione del diritto UE eventualmente poste a base del ricorso per eccesso di potere giurisdizionale; ipotesi qui non ricorrente proprio per la circostanza che la società Aernova non ha posto in discussione, in questa sede, l'erroneità della decisione impugnata sotto il profilo della violazione di parametri utilizzati dal giudice amministrativo rispetto al diritto UE, limitandosi a prospettare il travalicamento della giurisdizione della Corte di Giustizia nella quale sarebbe incorso il giudice speciale per non avere attivato il rinvio pregiudiziale.”

¹³ Nell'ipotesi considerata dall'ordinanza n. 24107, l'impugnata decisione del Consiglio di Stato conteneva un'articolata motivazione del mancato rinvio e il ricorso per cassazione denunciava soltanto la trasgressione dell'obbligo, senza svolgere altre censure riguardanti la violazione sostanziale delle norme europee.

giurisdizionale relativa alla definizione della controversia permane, in via esclusiva, in capo al giudice nazionale¹⁴.

E) La mancata attivazione del rinvio pregiudiziale non presuppone mai la *cessione di potere giurisdizionale* o il travalicamento della giurisdizione della Corte di giustizia¹⁵.

F) La funzione interpretativa del diritto UE riservata dall'art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia non va confusa con la funzione giurisdizionale attribuita al giudice nazionale, cui appartiene il potere di applicare il diritto UE come interpretato dalla CGUE nel caso concreto¹⁶.

G) Il rapporto che corre fra il giudice nazionale e la Corte di Giustizia dell'Unione europea non è di *alternatività*, ma di *complementarietà*. Il giudice nazionale è egli stesso interprete, in prima battuta, del diritto dell'Unione europea.

H) Il controllo che l'art. 111 Cost., comma 8, affida alla Cassazione non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori "*in iudicando*" o "*in procedendo*", per contrasto con il diritto dell'Unione Europea.

I) Tale esito è correttamente ispirato ad esigenze di *limitazione delle impugnazioni*¹⁷. La soluzione, inoltre, è conforme ai principi del *giusto processo* ed idoneo a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale.

¹⁴ Cass., S.U., 5 luglio 2013, n. 16886; Cass., S.U., 4 febbraio 2014 n. 2403; Cass., S.U., 6 febbraio 2015, n. 2242; Cass., S.U., 17 novembre 2015, nn. 23460 e 23461; Cass., S.U., 20 maggio 2016, n. 10501; Cass., S.U., 8 luglio 2016, n. 14043; Cass., S.U., 16 maggio 2017, n. 12050; Cass., S.U., 30 luglio 2018, n. 20169.

Tale principio è affermato anche nella vigenza della disposizione sul rinvio pregiudiziale antecedente al Trattato di Lisbona poi transitata nell'art. 267 TFUE (cfr. Cass., S.U., 2 dicembre 2005, n. 26228).

¹⁵ Secondo TESAURO, *Sui vincoli (talvolta ignorati) del giudice nazionale prima e dopo il rinvio pregiudiziale: una riflessione sul caso Avastin/Lucentis e non solo*, in *federalismi.it*, n. 6, 2020, p. 189 ss., invece, il meccanismo del rinvio "*si collega al compito attribuito alla Corte di giustizia dagli Stati membri di indicare la corretta interpretazione della norma, con un esito non astratto ma fin troppo concreto – osta o non osta l'applicazione scelta dal giudice nazionale una volta verificata se vi sia compatibilità con la norma dell'Unione – esito che poi il giudice nazionale dovrà limitarsi a tradurre puntualmente nella decisione che definisce la controversia.*"

¹⁶ Corte Giust., 7 dicembre 1995, causa C-45/94, *Câmara de Comercio, Industria y Navegacião de Ceuta*, punto 26), non spettando tale potere alla Corte di Giustizia- cfr. Corte Giust. 15 luglio 1964, *Van der Vewen*, C-100/63; Corte Giust., 10 luglio 2008, *Feryn*, C-54/07.

¹⁷ Anche successivamente alla pronunzia resa dalla Corte costituzionale n. 6/2018, i principi sopra ricordati sono stati ribaditi dalle Sezioni Unite (cfr. Cass., S.U., 17 dicembre 2018, n. 32622) che hanno affermato come la non sindacabilità da parte della Corte di cassazione, ex art. 111, comma 8, Cost., delle violazioni del diritto dell'Unione europea e del mancato rinvio pregiudiziale ascrivibili alle sentenze pronunciate dagli organi di vertice delle magistrature speciali (nella specie, il Consiglio di Stato) sia compatibile con il diritto dell'Unione, come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale ed europea.

J) Secondo il principio di *autonomia procedurale*, è rimessa ai singoli Stati l'individuazione degli strumenti per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall'Unione e rimediare all'inadempimento dell'obbligo del rinvio.

4. LA POSIZIONE CRITICA DELL'ORDINANZA N. 19598.

L'ordinanza n. 19598, pur dando atto dell'esistenza di una contraria prassi giurisprudenziale delle Sezioni Unite, non ritiene necessario confutare analiticamente tutti gli argomenti espressi dalla tesi avversata, ma segue un proprio itinerario argomentativo.

La pronuncia rivolge alla CGUE un primo quesito, di portata generalissima, chiedendo se sia compatibile con il diritto eurounitario l'assetto processuale italiano, nella parte in cui esclude il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato, con riguardo a qualsiasi ipotesi di lamentata inosservanza del diritto UE¹⁸.

In tal modo, la questione prospettata contiene, logicamente, anche il tema dell'inadempimento dell'obbligo di rinvio, che costituisce una violazione tipica dell'ordinamento eurounitario.

Tuttavia, l'ordinanza ritiene opportuno rivolgere alla CGUE anche un secondo quesito, più mirato e circoscritto, diretto ad appurare se l'ordinamento italiano sia in contrasto con il diritto europeo, nella parte in cui impedisce alla Cassazione di sindacare le decisioni del Consiglio di Stato che omettono il *rinvio obbligatorio* alla Corte di Giustizia.

¹⁸ “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.”

5. LA PORTATA DEL QUESITO RIGUARDANTE L'OMESSO RINVIO E LA SUA GIUSTIFICAZIONE. UN DUBBIO SULLA RICEVIBILITÀ DELLA QUESTIONE.

Prima di analizzare le argomentazioni esposte, occorre dar conto di un dubbio riguardante la rilevanza e la pertinenza del quesito. La pronuncia non descrive lo specifico mezzo di ricorso con cui la parte interessata avrebbe lamentato l'omesso rinvio pregiudiziale, quale autonomo vizio della sentenza del Consiglio di Stato.

Il paragrafo 48 della motivazione riporta l'unico complesso motivo di cassazione, riferito alla scorretta interpretazione del diritto UE, senza doglianze specifiche sull'omesso rinvio pregiudiziale¹⁹. Lo stesso tema decisorio, poi, non risulta menzionato, nei precedenti gradi di giudizio, né nella pronuncia del TAR, né in quella del Consiglio di Stato.

Si è forse al cospetto di una situazione diversa dai casi affrontati finora dalla Cassazione, quando era stata esplicitamente dedotta la censura di violazione dell'obbligo di rinvio. Esempio, in questo senso, è la citata ordinanza n. 24107/2020: la parte ricorrente aveva denunciato il *mancato rinvio*, considerato come difetto autonomo della sentenza, indipendentemente dalle possibili violazioni sostanziali del diritto UE²⁰.

Sembrerebbe, quindi, che la pronuncia n. 19598, abbia isolato, in via di autonoma interpretazione delle deduzioni difensive, un'importante questione, non espressamente prospettata dalle parti.

È possibile ritenere che l'ordinanza abbia svolto, senza esplicitarlo, il seguente ragionamento: ogni violazione *sostanziale* del diritto UE, commessa dal giudice di

¹⁹ Al paragrafo 12 dell'ordinanza viene sintetizzato l'unico motivo di ricorso dedotto dalla parte interessata. Non sembra evincersi alcun puntuale riferimento al tema del mancato rinvio. “*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, Pulgigenica; 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.*”

²⁰ In tale vicenda la sentenza del Consiglio di Stato, riguardante l'impugnativa di un provvedimento interdittivo antimafia, si era incentrata proprio sulla questione della compatibilità tra la normativa nazionale e la disciplina europea, con riguardo, fra l'altro, alla *Carta di Nizza*.

La parte interessata aveva chiesto di rinviare la questione interpretativa alla CGUE, ma il Consiglio di Stato aveva motivatamente escluso la sussistenza dei presupposti del rinvio obbligatorio.

Il ricorso per cassazione focalizza la propria attenzione proprio sulla critica alla decisione del mancato rinvio, senza fare leva sulla possibile violazione sostanziale della normativa europea.

ultima istanza, contiene logicamente, anche l'infrazione *procedimentale* dell'obbligo di rinvio. In altre parole, quando il giudice applica in modo sbagliato il diritto UE, commette sempre un ulteriore *errore processuale*: non rivolgendosi pregiudizialmente alla CGUE, impedisce la risposta necessaria per la corretta interpretazione del diritto europeo.

Pertanto, anche il motivo di ricorso riguardante, letteralmente, la sola *violazione sostanziale* delle norme UE, dovrebbe interpretarsi sempre, in una logica di *continenza* delle domande, come prospettazione implicita, ma necessaria, della censura di inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale.

Si potrebbe dubitare se questa impostazione dell'ordinanza sia compatibile con il principio di specificità dei motivi del ricorso in cassazione e rispecchi il reale intendimento della parte interessata, come descritto dall'ordinanza.

Anche mettendo da parte le obiezioni processuali, non convince la prospettata corrispondenza tra la violazione *sostanziale* del diritto UE e l'omesso rinvio obbligatorio. In tal modo, attraverso il cuneo della censura di omesso rinvio, proposta in cassazione, si ammetterebbero, in ultima analisi, tutte le doglianze dirette a denunciare qualsiasi violazione sostanziale del diritto UE.

È ipotizzabile che la CGUE, riscontrando la mancanza di un apposito motivo di ricorso riguardante l'omesso rinvio pregiudiziale, possa pronunciare l'*irricevibilità* del secondo quesito²¹, reputandolo non pertinente nel giudizio principale?

Tuttavia, la Corte europea tende a interpretare il filtro di rilevanza della questione pregiudiziale in modo piuttosto largo²². Pertanto, la Corte, fermandosi alla lettura dell'ordinanza, potrebbe ritenere che:

²¹ Restando sul piano delle congetture, una legittima decisione di *non liquet* potrebbe essere suggerita dal possibile – se non probabile – ritorno delle Sezioni Unite al proprio indirizzo granitico che esclude la ricorribilità per Cassazione delle pronunce di mancato rinvio.

D'altro canto, i fisiologici tempi di decisione della CGUE sulle questioni sollevate con l'ordinanza n. 19598 fanno sorgere un problema pratico rilevantissimo: che sorte subiranno i giudizi in cassazione in cui si pongono le stesse o analoghe questioni riguardanti la censurabilità delle decisioni del Consiglio di Stato per violazione del diritto UE?

La Cassazione potrebbe disporre la *sospensione impropria* dei giudizi in corso, in attesa della decisione della CGUE, ma forse è auspicabile che prenda una nuova posizione netta e chiara.

A complicare il quadro si potrebbe considerare anche l'eventualità che la Cassazione, prendendo spunto dalle critiche “di opportunità” esposte da più parti, decida di investire nuovamente la Corte costituzionale, con nuovi e diffusi argomenti, orientati a rivedere, in tutto o in parte, l'indirizzo espresso con la sentenza n. 6/2018.

²² Al riguardo, la dottrina (BIAVATI, op. cit.) ha segnalato che la CGUE non è sempre lineare: “*Se, da un lato, si assiste a violazioni del dovere di rinvio da parte dei giudici nazionali, si nota, dall'altro lato, la costruzione in via pretoria, da parte della Corte, di un fitto sistema di limiti alla ricevibilità dei quesiti: limiti che non si trovano nei trattati e che, sotto varie forme (dalla mancanza di chiarezza del quesito, alla sua irrilevanza rispetto al caso concreto, alla natura fittizia della controversia) narrano di una politica di selezione dei casi, per cui il Kirchberg decide, senza appello, se e quando e a chi rispondere.*”

a) Il motivo di impugnazione riguardante l'omesso rinvio è stato effettivamente e ritualmente proposto, sia pure implicitamente, dinanzi alla Cassazione;

b) Spetta al giudice italiano stabilire se la normativa processuale nazionale consenta alla Cassazione di valutare, *d'ufficio*, la violazione dell'obbligo di rinvio.

6. GLI ARGOMENTI SPECIFICI ESPOSTI DALL'ORDINANZA N. 19598 E IL RICHIAMO ALLA MOTIVAZIONE DEL PRIMO QUESITO: LA GENERALE SINDACABILITÀ IN CASSAZIONE DELLE VIOLAZIONI DEL DIRITTO UE.

La pronuncia n. 19598 ha il pregio di delineare un problema generale. Quali sono i rimedi, di diritto interno e di diritto UE, previsti per il caso della violazione dell'obbligo di rinvio? Sono strumenti giuridici efficaci? La loro eventuale inadeguatezza potrebbe giustificare l'estensione del ricorso per cassazione?

L'ordinanza illustra specificamente il secondo quesito nei paragrafi nn. 51 e ss.

Gli argomenti esposti potrebbero essere sintetizzati nei seguenti passaggi.

I) Ammesso il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato difformi da una precedente decisione della CGUE, il ricorso per cassazione deve estendersi anche ai casi di omesso rinvio pregiudiziale: il contrasto *attuale* con una preesistente pronuncia della CGUE va equiparato al contrasto *futuro* ed *eventuale* con una successiva decisione della Corte.

II) La previsione del rimedio risarcitorio nelle ipotesi di illegittimo omesso rinvio, stabilita dal diritto UE e recepita dalla legge n. 117/1988, poiché non realizza una riparazione efficace della violazione, comporta la necessità di uno strumento processuale capace di *prevenire* la consumazione dell'illecito.

III) La previsione dell'impugnazione della decisione che omette il rinvio è necessaria, perché consente di impedire la formazione di un giudicato confliggente con il diritto UE.

IV) Il giudice di ultima istanza che omette il rinvio e decide la causa interpretando direttamente le norme non chiare del diritto dell'Unione invade le attribuzioni esclusive della Corte di giustizia, poiché esercita un potere giurisdizionale di cui è privo.

V) Il meccanismo del rinvio pregiudiziale è la *chiave di volta* del rapporto di cooperazione tra giudici nazionali e Corte di giustizia. 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*». Lo strumento del rinvio pregiudiziale ha lo scopo 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)*».

7. LA CONFIGURABILITÀ DEL CONTRASTO CON UNA DECISIONE DELLA CGUE IN ITINERE COME QUESTIONE DI GIURISDIZIONE.

In dichiarato dissenso dalla decisione n. 6/2018, l'ordinanza ritiene che la violazione del diritto UE, denunciabile mediante il ricorso per Cassazione, si concretizzi certamente quando la decisione del Consiglio di Stato si ponga in antitesi ad una *preesistente* pronuncia della CGUE.

Secondo l'ordinanza, la trasgressione del diritto UE si verifica anche quando il conflitto con la CGUE è *in fieri*, in presenza dell'obbligo del rinvio pregiudiziale. In altre parole, assumerebbe rilievo il contrasto *potenziale* e futuro con una decisione ancora *in itinere*.

La tesi dell'equivalenza tra la sentenza della CGUE già pubblicata e quella ancora in fase di formazione è senz'altro suggestiva. Ma rimane difficilmente superabile la netta differenza tra la violazione di una decisione della CGUE ormai diventata componente del diritto UE, pienamente vincolante per il giudice nazionale, e la trasgressione dell'obbligo procedimentale del rinvio pregiudiziale.

Restano ferme, in ogni caso, le obiezioni di fondo alle premesse dell'argomento espresso dall'ordinanza, correlate ai principi espressi dalla Corte costituzionale n. 6/2018: la violazione delle norme UE non configura una questione di giurisdizione, nemmeno quando si sostanzia nel conflitto con una puntuale e preesistente decisione della CGUE²³.

8. L'OMESSO RINVIO COME ELEMENTO DELLA RESPONSABILITÀ RISARCITORIA DELLO STATO IMPONE LA TUTELA IMPUGNATORIA?

Un secondo argomento sviluppato dall'ordinanza è espresso al par. 52 e si collega alla considerazione sistematica della tutela risarcitoria, conseguente all'omesso rinvio obbligatorio, prevista dal diritto UE e ora codificata dalla legge n. 117/1988.

La pronuncia, richiamando il ragionamento sviluppato a supporto del primo quesito, afferma che: *“La tesi secondo cui l'unico rimedio praticabile in caso di violazione del diritto dell'Unione sarebbe quello del risarcimento del danno per responsabilità dello Stato (v. sub paragrafo 31) non sembra condivisibile, trattandosi di un rimedio indiretto e succedaneo, nonché sottoposto a rigide condizioni (Corte di giustizia, 30 settembre 2003, C-224/01, Kobler; 13 giugno 2006, C-173/03, Traghetti del Mediterraneo spa; 24 novembre 2011, C-379/10, Commissione c. Repubblica italiana).”*

Per la Cassazione, il rimedio risarcitorio, pur facendo emergere il carattere illecito dell'omesso rinvio obbligatorio, è inadeguato, per due motivi concorrenti:

²³ Si rinvia agli Autori citati nella nota 1.

- È *indiretto* e *sucedaneo* e, quindi, non consente di riparare in modo immediato e completo l'accertata violazione dell'obbligo di rinvio, risolvendosi in un ristoro meramente patrimoniale;
- Non copre tutte le ipotesi di trasgressione dell'obbligo, poiché la responsabilità dello Stato sussiste solo in presenza delle ulteriori *rigide condizioni* enunciate dalla Corte di giustizia.

La tesi prospettata dall'ordinanza contiene, in sostanza, una censura alla stessa giurisprudenza della CGUE, considerata troppo timida nell'individuazione degli strumenti giuridici atti a garantire l'attuazione efficace dell'obbligo di rinvio pregiudiziale.

Anche una parte della dottrina²⁴ sottolinea, che l'esistenza del rimedio risarcitorio *ex post* non potrebbe appagare l'esigenza di offrire alla parte interessata una soddisfacente *tutela in forma specifica*, costituita da una decisione della Cassazione che annulli l'errata pronuncia del Consiglio di Stato.

Ma è agevole replicare che se il vigente diritto UE, espresso dalla giurisprudenza della CGUE, indica con chiarezza il rimedio necessario, individuandolo nella tutela risarcitoria, correlata a ben determinati presupposti, non si vede quale elemento imporrebbe ai sistemi nazionali l'obbligo dell'introduzione di ulteriori rimedi impugnatori e *preventivi*.

In linea astratta è certamente prospettabile – e forse auspicabile – l'inserimento, in ambito UE, di una disciplina diversa, più dettagliata ed efficace. Ma, allo stato attuale, è indiscutibile che il diritto UE non prescriva affatto uno strumento impugnatorio della decisione del mancato rinvio, né intimi di ampliare il raggio operativo del ricorso per cassazione previsto dal sistema costituzionale italiano.

9. L'IRRILEVANZA DELLA VIOLAZIONE MERA DELL'OBBLIGO DI RINVIO, NON ACCOMPAGNATA DA UNA TRASGRESSIONE SOSTANZIALE DEL DIRITTO EUROUNITARIO. LE RAGIONI SISTEMATICHE E PRATICHE DELL'ATTUALE ASSETTO NORMATIVO.

È utile svolgere un chiarimento, riguardante lo strumento tipico di reazione al mancato rinvio previsto dall'ordinamento europeo, costituito dalla responsabilità risarcitoria dello Stato²⁵.

²⁴ TESAURO, op.cit.

²⁵ Secondo l'orientamento espresso nella giurisprudenza *Köbler* e seguente (Corte giust. 30 settembre 2003, C-224/01; 13 gennaio 2004, C-453/00, *Kühne*; 12 febbraio 2008, C-2/06, *Kempter*. Ulteriormente, sull'impossibilità di ottenere il risarcimento danni qualora la "violazione" sia commessa da un giudice non di ultima istanza, v. Corte giust. 28 luglio 2016, C-168/15, *Tomášová*, punto 36; 29 luglio 2019, C-620/17, *Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe*, punto 36; 5 settembre 2019, C-447/17 P, *Guardian Europe Sàrl/Unione europea*, punti 75 e 76.

Al riguardo, si è consolidata una giurisprudenza della CGUE, la quale collega l'illecito comunitario, derivante da una decisione del giudice contrastante con il diritto UE, alla congiunta ricorrenza di tre condizioni:

- a) La norma violata è preordinata ad attribuire diritti ai singoli;
- b) Va accertata la sussistenza di un nesso causale tra la violazione e il danno lamentato dall'interessato;
- c) Deve trattarsi di una violazione sufficientemente *caratterizzata*, sulla base di determinati indici rilevatori, tra i quali va ascritto l'omesso rinvio pregiudiziale obbligatorio.

La CGUE, per configurare l'illecito comunitario, non ritiene sufficiente la mera violazione dell'obbligo di rinvio. Occorre che questa omissione del giudice sia accompagnata da una trasgressione qualificata del diritto UE, produttiva del danno.

La CGUE ha disatteso l'opinione manifestata a suo tempo nelle conclusioni dall'Avv. Generale Léger, nel contenzioso *Kobler*, favorevole, invece, ad ammettere la responsabilità dello Stato per il solo fatto del mancato rinvio, almeno nei casi in cui l'inadempimento risulti *manifesto*²⁶.

La spiegazione logica di questa soluzione interpretativa deriva dalla circostanza che sarebbe molto problematica l'individuazione di un pregiudizio economico collegato al riscontrato inadempimento, poiché, nella prospettiva della CGUE, la responsabilità dello Stato non può conseguire al solo mancato rinvio, nemmeno in relazione al "danno morale" patito dalla parte²⁷.

Sono del resto evidenti le difficoltà pratiche conseguenti all'affermazione generalizzata della responsabilità risarcitoria per la mera omissione del rinvio: una dilatazione del contenzioso nazionale e il rischio che il giudice comune del risarcimento investa la CGUE della questione pregiudiziale omessa, al solo scopo di verificare l'effettività della lesione patita dall'interessato.

Pur così delimitata, la rilevanza della trasgressione dell'obbligo di rinvio ai fini della responsabilità risarcitoria dello Stato mantiene un'importanza centrale. In particolare, tale circostanza costituisce uno degli indici più significativi ai fini

In dottrina, si veda F. FERRARO, *The Consequences of the Breach of the Duty to make Reference to ECJ for a Preliminary Ruling*, in *DUE*, 2015, p. 589 ss.

²⁶ "144. Infine, a mio parere, non si può a priori escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato a causa della violazione manifesta da parte di un organo giurisdizionale supremo dell'obbligo di rinvio pregiudiziale che ad esso incombe, ad esempio, nel caso in cui non esista giurisprudenza della Corte sul punto di diritto di cui trattasi alla data della pronuncia della sua decisione."

²⁷ G. STROZZI, *Responsabilità degli Stati membri per fatto del giudice interno in violazione del diritto comunitario*, p. 881, in part. p. 898.

dell'accertamento della *gravità* e *caratterizzazione* della violazione sostanziale commessa dal giudice²⁸.

In tal modo, l'obbligo di rinvio pregiudiziale risulta provvisto di una sanzione proporzionata e garantisce tutela effettiva al singolo, senza moltiplicare contenziosi strumentali o temerari.

L'orientamento della CGUE è stato recepito nel nostro ordinamento dalla legge 27 febbraio 2015, n. 18, che ha introdotto l'art. 2, par. 3-bis, nella legge sulla responsabilità civile dei magistrati (legge 13 aprile 1988, n. 117), imponendo di *tenere conto* della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio nell'ambito della valutazione della *violazione manifesta*, che costituisce il presupposto della responsabilità risarcitoria dello Stato.

L'ordinanza n. 19598 considera la disciplina attuale dall'illecito comunitario quale argomento centrale a supporto dell'auspicato ampliamento del ricorso per cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato.

a) Da un lato, la previsione del rimedio successivo comporterebbe la necessità logica di ammettere strumenti di tutela preventivi e impugnatori;

b) Dall'altro lato, proprio la riscontrata limitazione dei presupposti per affermare la responsabilità risarcitoria dello Stato comporterebbe l'opportunità di individuare altri idonei mezzi di garanzia dell'obbligo di rinvio.

Ora, si deve ribadire che:

aa) l'ordinamento europeo, cui si è adeguato il sistema italiano, impone soltanto la tutela *successiva* risarcitoria, escludendo ogni automatismo correlato alla mera violazione dell'obbligo del rinvio; non vi è quindi alcun vincolo imposto agli Stati per l'introduzione di altri istituti a carattere preventivo o impugnatorio;

bb) è forse possibile criticare l'asserita inadeguatezza e limitazione degli strumenti delineati dal diritto UE e dalla giurisprudenza della CGUE; in tal modo però, il baricentro dell'argomentazione dell'ordinanza si sposta sensibilmente, traducendosi nella richiesta, rivolta alla CGUE, di ridisegnare il quadro delle conseguenze, in ambito UE, della violazione dell'obbligo di rinvio²⁹.

²⁸ FERRARO, *The Consequences of the Breach of the Duty to make Reference to ECJ for a Preliminary Ruling*.

²⁹ Al riguardo si vedano le interessanti osservazioni di BIAVATI, op. cit. il quale conclude: “*Ponendo l'obbligo di rinvio a carico dei giudici di ultima istanza, ma non sanzionandone in modo diretto l'inosservanza, i trattati hanno costruito una sorta di test sul grado di assorbimento del diritto europeo all'interno dei sistemi nazionali, accettando che il livello di cooperazione crescesse progressivamente, così come di fatto è accaduto, senza forzare la mano. Certo, in questo modo le sbavature sono inevitabili, ma occorre valutare realisticamente lo stato dell'arte.*”

10. IL RIMEDIO RISARCITORIO E LA TUTELA IN FORMA SPECIFICA: I MEZZI PROCESSUALI DI DIRITTO INTERNO E L'AUTONOMIA PROCEDURALE DEGLI STATI MEMBRI. LE POSSIBILI INCONGRUENZE DEL SISTEMA DELINEATO DALLA LEGGE N. 117/1988. LA PROSPETTIVA DI UN RAGIONEVOLE ALLARGAMENTO DELLO STRUMENTO DELLA *REVOCAZIONE ORDINARIA*.

La tesi dell'inadeguatezza della tutela risarcitoria per equivalente è interessante, perché pone in rilievo i limiti strutturali della legge n. 117/1988, acuiti dall'affrettato intervento del 2014.

A fronte di gravi ed evidenti errori comportanti la responsabilità dello Stato nell'esercizio dell'attività giurisdizionale amministrativa, sarebbe forse opportuno introdurre un agile e rapido rimedio impugnatorio della decisione ingiusta.

Se il problema consiste nell'assenza di un rimedio di tutela in forma specifica, consistente nell'impugnazione della pronuncia che omette il rinvio obbligatorio, occorre verificare se la soluzione migliore, *de iure condendo*, sia quella dell'ampliamento dei presupposti della revocazione, anziché la prospettata dilatazione del ricorso per Cassazione, al di là dei limiti fissati inderogabilmente dalla norma costituzionale³⁰.

In tal modo si eviterebbe l'incongruenza della riapertura di un incerto e defatigante giudizio risarcitorio, svolto davanti al giudice ordinario, anche nelle ipotesi in cui si lamenti l'erroneità di una pronuncia del Consiglio di Stato. In tali eventualità, la sostanza del contenzioso si risolve in un riesame, nel merito, della pronuncia del giudice amministrativo ed è davvero singolare che la nuova decisione spetti al giudice ordinario.

Tuttavia, tale augurabile modifica del sistema dovrebbe passare attraverso una difficile riforma legislativa e, oggi, non pare imposta dal diritto UE.

11. È NECESSARIO IL CONTROLLO *PREVENTIVO* DELLA CASSAZIONE SULLE PRONUNCE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO, VOLTO AD IMPEDIRE LA FORMAZIONE DI UN GIUDICATO CONTRASTANTE CON IL DIRITTO UE?

L'ordinanza n. 19598, per supportare il secondo quesito, svolge un ulteriore argomento, al paragrafo n. 53.

La ricorribilità in cassazione della decisione che omette il rinvio pregiudiziale dovrebbe essere sempre ammessa perché, solo in tal modo, si interviene

³⁰ Allo stesso scopo si potrebbe valutare la rilevanza della decisione sopravvenuta in fase esecutiva, nell'ambito del giudizio di ottemperanza.

Si potrebbe anche ipotizzare l'introduzione di un obbligo di riesame gravante sull'amministrazione, analogamente a quanto affermato dal Conseil d'État, con riguardo agli effetti delle sopravvenute decisioni della CEDU.

efficacemente *“in un momento in cui è ancora possibile evitare la formazione del giudicato contrastante con il diritto dell'Unione.”*³¹

Va però obiettato che il potere di intervento del giudice deve essere strettamente correlato proprio alle regole che disciplinano lo svolgimento del processo nei suoi vari gradi, definendo l'ambito della cognizione riservata, di volta in volta, al giudizio di impugnazione.

Il ricorso per cassazione impedisce che la decisione del Consiglio di Stato passi in giudicato, ma questo non significa affatto che la Cassazione possa estendere il proprio sindacato a questioni che non rientrano nel concetto di *giurisdizione*.

La stessa Cassazione evidenzia che la direttiva ricorsi esige la massima rapidità del giudizio relativo alla violazione del diritto UE. In questa prospettiva, l'aggiunta di un terzo grado comporterebbe un palese rallentamento della definizione del giudizio.

Tale esito comporterebbe anche una violazione del principio di equivalenza, poiché determinerebbe un appesantimento del processo non prevista, invece, nei casi in cui entri in gioco il diritto nazionale.

12. LA GIURISPRUDENZA DELLA CGUE E DELL'ADUNANZA PLENARIA RIGUARDANTI LA PREVALENZA DEL DIRITTO UE SUL GIUDICATO: LA PORTATA DELL'INDIRIZZO INTERPRETATIVO E LA SUA INFLUENZA SULLA QUESTIONE DELL'AMPLIAMENTO DEL SINDACATO DELLA CASSAZIONE.

Parte della dottrina ritiene che la necessità di impedire la formazione del giudicato derivi dall'orientamento espresso dalla stessa Adunanza Plenaria nel 2016, secondo cui la violazione del diritto UE, anche al di fuori dei casi specifici del mancato rinvio pregiudiziale, potrebbe giustificare il ricorso per Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato³².

³¹ La pronuncia afferma che *“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) (...)”*

³² L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (9 giugno 2016, n. 11) ha 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 anti comunitario 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, da luogo alla violazione di un “limite esterno” della giurisdizione, rientrando in

Ma si tratta, all'evidenza, di una pronuncia pienamente rispettosa dell'indirizzo ascrivibile alla teoria *evolutiva* o *dinamica* della giurisdizione delle Sezioni Unite, affermata in quel periodo storico, indirizzo ora però superato dalla ferma posizione espressa dalla Corte costituzionale con la decisione n. 6/2018.

13. LA REVISIONE DEL GIUDICATO COME POSSIBILE RIMEDIO ALLA VIOLAZIONE DEL DIRITTO UE. L'INCIDENZA SISTEMATICA SULL'AMPLIAMENTO DEL RICORSO PER CASSAZIONE.

In questa cornice si inquadra il tema³³, riguardante la praticabilità dello strumento della revisione del giudicato o della decisione amministrativa che, all'esito del giudizio nazionale, svolto senza interrogare la Corte di Giustizia mediante il rinvio pregiudiziale, abbia realizzato un risultato complessivamente contrastante con il diritto UE.

Giova evidenziare, tuttavia, che il presupposto necessario per l'applicazione del rimedio della revisione della sentenza nazionale, anche se passata in giudicato, è costituito dall'accertamento di una *violazione sostanziale* del diritto UE, mentre non è mai stata considerata sufficiente, a tale scopo, la riscontrata trasgressione *mera* dell'obbligo procedimentale di disporre il rinvio pregiudiziale.

Questo aspetto deve essere valorizzato con la massima attenzione, perché la prospettata *erosione del giudicato*, necessaria allo scopo di riparare le accertate violazioni del diritto UE, per quanto ampliata, non riguarda certamente i casi in cui si rimproveri al giudice nazionale di non avere effettuato il rinvio, astrattamente obbligatorio, ma la decisione finale risulta, in concreto, conforme al diritto UE.

14. L'OMISSIONE IMMOTIVATA DEL RINVIO DI INTERPRETAZIONE QUALE SCONFINAMENTO DELLA GIURISDIZIONE NAZIONALE NELLA SFERA DEI POTERI DI COGNIZIONE RISERVATI ALLA CGUE. IL SISTEMA PLURALISTICO DELLE GIURISDIZIONI NELLA COSTITUZIONE E L'ASSETTO MULTILIVELLO EUROPEO. IL RUOLO DEL RINVIO PREGIUDIZIALE CHIAVE DI VOLTA DELL'ORDINAMENTO UE.

L'ordinanza n. 19598 propone, poi, un altro argomento, particolarmente interessante.

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 "n 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, esplichi 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".

³³ FERRARO, op. cit., cui si rinvia anche per l'accurata ricostruzione delle diverse posizioni dottrinarie espresse al riguardo.

Il giudice nazionale che omette il rinvio pregiudiziale “*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, poiché esercita un potere giurisdizionale di cui è privo, esponendosi, nell’ordinamento italiano, al ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione.*”

In senso analogo, secondo una parte della dottrina³⁴, le decisioni del Consiglio di Stato che negano il rinvio pregiudiziale sono impugnabili in cassazione, non solo considerando l’assetto normativo eurounitario, ma altresì alla luce della nozione di *motivi inerenti alla giurisdizione* prevista dalla Costituzione, riletta in chiave storica evolutiva.

In tale ottica, si ricorda la complessità del dibattito sviluppato nell’Assemblea Costituente, in occasione della redazione dell’art. 111, comma ottavo. La proposta di una *giurisdizione unica*, o comunque a struttura *monistica*, con vertice nella Cassazione, venne accantonata e si preferì realizzare l’attuale impianto *pluralistico* delle giurisdizioni. La disciplina dell’art. 111, però, dovrebbe essere oggi riletta, *evolutive*³⁵, alla luce delle trasformazioni derivanti dal diritto europeo, contrassegnate da un nuovo *pluralismo delle giurisdizioni*. Alla Cassazione, quindi, dovrebbe spettare il ruolo di garante delle sfere di attribuzioni spettanti alle giurisdizioni nell’ambito *sovranzionale*. Il nuovo *sistema multilivello* delle tutele è disegnato dall’art. 11 e dall’attuale formulazione dell’art. 117, comma primo, della Cost., che proiettano l’ordinamento italiano nella dimensione europea.

Si aggiunge che proprio il meccanismo del *rinvio pregiudiziale* costituirebbe l’espressione più pregnante del *sistema pluralistico transnazionale*. Andrebbe stigmatizzata, quindi, ogni regola di diritto interno volta ad impedire l’esercizio del potere di rinvio, o a limitarne illegittimamente l’operatività: le norme nazionali, anche di matrice costituzionale, che prevedono una *preclusione impropria* all’obbligo di rinvio pregiudiziale entrano in collisione frontale con il diritto UE e vanno conseguentemente disapplicate.

L’itinerario della dottrina svolge un passaggio cruciale: quando il Consiglio di Stato omette il rinvio pregiudiziale afferma, in sostanza, “*la propria giurisdizione su materia (l’interpretazione e l’applicazione di norme dell’Unione europea) attribuita ad altra giurisdizione (la Corte di giustizia), in un caso di obbligo di operare il rinvio.*”

³⁴ TESAURO, op. cit.

³⁵ Il riferimento alla concezione “evolutiva” della nozione di giurisdizione è visibilmente influenzato dall’orientamento minoritario della Cassazione, favorevole al concetto dinamico o funzionale. Ma è proprio questa impostazione che la Corte costituzionale ha espressamente bocciato con la sentenza n. 6/2018, anche con riferimento alla rilevanza della normativa europea.

In altri termini, la pronuncia del giudice amministrativo costituirebbe un caso tipico di *difetto relativo di giurisdizione*, rientrante a pieno titolo nell'art. 111, comma 8, della Costituzione. Già a diritto vigente, quindi, la pronuncia che omette il rinvio obbligatorio sarebbe impugnabile in cassazione, senza alcuna necessità di dubitare della conformità della norma costituzionale con l'assetto dell'ordinamento europeo³⁶.

L'originario pluralismo delle giurisdizioni statali contemplato dal Costituente si sarebbe trasformato progressivamente in un *pluralismo transnazionale*, che condiziona inevitabilmente la portata del sindacato della Cassazione sul corretto esercizio delle funzioni spettanti ai diversi plessi giurisdizionali.

Il ragionamento definisce il rapporto tra gli ordinamenti nazionali e quello europeo, in coerenza con le regole che il Trattato ha fissato per garantire il corretto dialogo tra le giurisdizioni.

Non convince, però, il successivo determinante passaggio argomentativo, secondo cui l'art. 111, comma ottavo, della Costituzione, per come interpretato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 6/2018, costituirebbe un caso emblematico di illegittima e non consentita *preclusione impropria* alla piena attuazione dell'obbligo eurounitario del rinvio.

Infatti, la norma costituzionale, insieme alla corretta e puntuale interpretazione che ne fornisce la Consulta, non riguarda i presupposti e i limiti dell'obbligo del rinvio imposto al giudice nazionale, obbligo che resta pienamente assoggettato alle regole generali di derivazione europea. L'art. 111, co. 8, concerne, semmai, il diverso tema dei *rimedi* e delle *conseguenze* della violazione dell'obbligo, nel solo ambito dell'ordinamento nazionale.

L'attuale impianto processuale amministrativo non pone alcun vincolo diretto a limitare od ostacolare il rinvio pregiudiziale. Non emergono, pertanto *preclusioni, proprie o improprie*, all'adempimento dell'obbligo imposto al giudice di ultima istanza³⁷. Né si riscontrano, oggi, prassi interpretative del giudice amministrativo orientate sistematicamente ad ostacolare o condizionare il rinvio pregiudiziale.

³⁶ GINEVRA GRECO, op. cit.

³⁷ Secondo l'impostazione tradizionale la preclusione costituisce la perdita, o estinzione, o consumazione di un potere processuale che si subisce per il fatto: a) di non aver osservato l'ordine assegnato dalla legge al suo esercizio mediante l'imposizione di termini perentori o mediante l'indicazione di una successione legale predeterminata per il compimento di certe attività; b) di aver compiuto un'attività incompatibile con l'esercizio del potere; c) di aver già esercitato il potere stesso.

È forse vero il contrario: il Consiglio di Stato utilizza con grande frequenza lo strumento³⁸, anche allo scopo di ottenere dalla CGUE la massima certezza interpretativa.

15. LA PROCEDURA DI INFRAZIONE COME REAZIONE ESTREMA ALLA VIOLAZIONE DELL'OBBLIGO DI RINVIO. LA SANZIONE DELLE OMISSIONI DI MAGGIORE GRAVITÀ. GLI ORIENTAMENTI RESTRITTIVI DELLA COMMISSIONE E DELLA CGUE. L'INOPPORTUNITÀ DI UN FORMALE AMPLIAMENTO DELLE IPOTESI DI INFRAZIONE.

Si potrebbe forse ipotizzare che, in assenza di un efficace strumento processuale di reazione immediata alla violazione, l'obbligo di rinvio resterebbe svuotato nella sostanza, o fortemente menomato. Ma neanche questa obiezione coglie nel segno.

Il diritto dell'UE prevede appositi mezzi di contrasto alla violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, consistenti oltre che nella tutela risarcitoria, nella procedura di infrazione nei confronti dello Stato cui appartiene il giudice nazionale responsabile della trasgressione, ai sensi degli articoli 258 e 259 TFUE richiede qualche puntualizzazione.

Al riguardo, l'atteggiamento della Commissione risulta piuttosto prudente, con la conseguenza che anche la CGUE pare circoscrivere le ipotesi in cui riscontrare, concretamente, l'inadempimento dello Stato.

In un primo tempo la procedura di infrazione era apparsa subordinata ai soli casi in cui sia riscontrabile un *inadempimento strutturale* e sistematico da parte del giudice nazionale, che trascura qualsiasi forma di dialogo con la CGUE.

Invece, la procedura d'infrazione appare difficilmente proponibile nelle ipotesi di «*pronunce giurisdizionali isolate o fortemente minoritarie in un contesto giurisprudenziale caratterizzato da un diverso orientamento, o ancora un'interpretazione smentita dal supremo giudice nazionale*»³⁹

Successivamente, tuttavia, si è ritenuta configurabile l'infrazione anche in presenza di una *singola* violazione dell'obbligo di rinvio, purché questa sia accompagnata anche dall'accertamento di una trasgressione "sostanziale", ancorché

³⁸ Si veda, al riguardo, la notazione di BIAVATI, op. cit. "Le statistiche della Corte di giustizia ci dicono, a chiari numeri, che dall'inizio dell'avventura comunitaria a tutto il 2019, i giudici italiani hanno proposto 1205 rinvii pregiudiziali. Di questi, 1205 provengono da giudici di merito, 4 dalla Corte costituzionale, 204 dal Consiglio di Stato e "soltanto" 170 dalla Corte di Cassazione. Il mio "soltanto" intende dire che, a volgersi indietro, ci si accorge che Palazzo Spada, almeno quantitativamente, ha dialogato con Lussemburgo più di piazza Cavour (...)La dura franchezza dei numeri mi dice che, dietro all'elegante questione giuridica, nulla assicura che assegnare alla Cassazione l'ultima parola sui rinvii pregiudiziali porterebbe un incremento del dialogo con la Corte di giustizia".

³⁹ Corte giust., 9 dicembre 2003, causa C-129/00, *Commissione c. Italia*.

non sia necessario dimostrare la sussistenza di un danno e degli altri requisiti indispensabili per la configurazione dell'illecito comunitario⁴⁰.

Va osservato, peraltro, che la procedura di infrazione, se costituisce un forte deterrente per il giudice nazionale, non determina una *tutela diretta* della parte interessata, poiché non vi è alcun obbligo della Commissione di attivarla e, in ogni caso, non sono ammessi strumenti di impugnazione della scelta, anche implicita, di non attivare la procedura.⁴¹

Allo stato attuale, peraltro, sembra assai improbabile che la Commissione possa dilatare in modo significativo i presupposti per l'avvio delle procedure di infrazione, fino ad estenderle ad ogni ipotesi di singola (e mera) trasgressione dell'obbligo di rinvio.

16. L'IMPUGNAZIONE DELLA DECISIONE CHE OMETTE IL RINVIO NELLA REPUBBLICA FEDERALE TEDESCA E NEL REGNO DI SPAGNA.

Allo stato, quindi, non si intravede alcuna disposizione od orientamento della Corte di giustizia che imponga agli Stati membri di prevedere sempre un rimedio impugnatorio, volto a contestare la decisione del giudice di ultima istanza di non effettuare il rinvio pregiudiziale.

Né risulta che la maggior parte degli altri ordinamenti nazionali prevedano meccanismi processuali i quali permettano l'impugnazione della pronuncia di mancato rinvio.

Solo la Germania⁴² e la Spagna⁴³, secondo una lettura interpretativa affermata dalla giurisprudenza nazionale, prevedono speciali strumenti di reazione, i quali,

⁴⁰ Corte giust., sentenza 4 ottobre 2018, causa C-416/17, Commissione/Francia. Si tratta del primo caso di condanna della Corte per violazione dell'art. 267, par. 3, TFUE (in dottrina, A. ILIOPOULOU-PENOT, *La sanction des juges suprêmes nationaux pour défaut de renvoi préjudiciel. Réflexions autour de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, 4 octobre 2018, Commission c/France, aff. C-416/17*, in *Revue française de droit administratif*, 35e année, n. 1, 2019, p. 139 ss.

⁴¹ FERRARO, op. cit. 156, il quale menziona l'interessante prospettiva della dottrina, secondo cui l'omesso avvio della procedura di infrazione potrebbe generare una responsabilità risarcitoria dell'Unione nei confronti del singolo.

⁴² La Corte costituzionale tedesca ritiene che la Corte di giustizia sia un «giudice legale» delle parti ai sensi dell'art. 101 della Costituzione tedesca. Ne deriva che, allorché un organo giurisdizionale supremo non effettua un rinvio pregiudiziale, in violazione dell'art. 234, terzo comma, CE, la Corte costituzionale è competente a cassare una tale sentenza per violazione della Costituzione. V., ad esempio, ordinanza 9 gennaio 2001 del *Bundesverfassungsgericht* relativa a una decisione del *Bundesverwaltungsgericht* in materia di parità tra uomini e donne nell'ambito della professione medica (BvR 1036/99).

⁴³ La posizione del Tribunal Constitucional spagnolo, al riguardo, è più cauta, perché ipotizza, in linea generale la sindacabilità del mancato rinvio come possibile lesione del diritto all'effettività della tutela giurisdizionale.

Sul punto si può consultare il contributo di SCHEPISI, *Rinvio pregiudiziale obbligatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*.

peraltro, non sembrano affatto riconducibili a meccanismi ordinari di impugnazione connessi riparto di giurisdizione conosciuti dal sistema italiano.

L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'UE è considerata, in questa parte, pienamente rispettosa del principio di effettività della tutela giurisdizionale, garantita, appunto, dalla previsione di regole che assicurino, *ex post*, un'adeguata tutela risarcitoria.

17. IL PROBLEMA SPECIFICO DEL MANCATO RINVIO PREGIUDIZIALE DI VALIDITÀ. IL CASO LIMITE DEL GIUDICE CHE DICHIARA L'INVALIDITÀ DI UNA NORMA EUROUNITARIA E IL DIFETTO ASSOLUTO DI GIURISDIZIONE.

È opportuno considerare, a questo punto, la particolare problematica collegata all'omesso rinvio di "validità" della norma eurounitaria rilevante ai fini della decisione della controversia.

Si tratta di un'evenienza di difficile ricorrenza, che l'esperienza giurisprudenziale italiana non ha avuto ancora occasione di esaminare.

Potrebbero prospettarsi, al riguardo, due simmetriche situazioni.

A) Il giudice nazionale, nonostante la presenza di oggettivi dubbi circa la validità della norma UE rilevante nella concreta controversia, emersi d'ufficio o in seguito alle deduzioni difensive delle parti, risolve l'incertezza nel senso della sua legittimità, senza interrogare pregiudizialmente la Corte di giustizia.

B) Il giudice nazionale afferma espressamente l'invalidità della norma comunitaria, senza che sul punto si sia previamente espressa la CGUE.

Nel primo caso, l'obiettiva violazione dell'obbligo di rinvio non pare determinare apprezzabili conseguenze, a meno che l'interpretazione fornita non abbia determinato un risultato contrastante con il diritto UE, considerato nel suo insieme. Ne conseguiranno, allora i possibili effetti comuni ad ogni violazione del diritto UE, che non comprendono necessariamente il mezzo impugnatorio.

Nel secondo caso, invece, è possibile sostenere che il giudice nazionale abbia esercitato un potere che non gli compete, il quale va oltre la fisiologica attività di interpretazione della normativa europea. Ciò è evidente nell'eventualità, peraltro del tutto ipotetica, che la decisione pretenda di affermare, con effetto costitutivo o dichiarativo di giudicato, l'annullamento o la nullità della norma eurounitaria.

Ma lo straripamento di potere si verifica parimenti nel caso in cui il giudice basi la propria decisione sull'affermazione *incidenter tantum* (senza effetti di

giudicato) di invalidità della norma comunitaria. Non compete al giudice nazionale, infatti, il potere di disapplicazione del diritto UE⁴⁴.

Tale ipotesi, quindi, pare riconducibile alla nozione di motivo inerente alla giurisdizione, legittimando la proposizione del ricorso ai sensi dell'art. 111, co. ottavo.

18. L'INAMMISSIBILITÀ DEL RICORSO PER CASSAZIONE E IL PRINCIPIO DI *EQUIVALENZA*. GLI ALTRI CASI DI OMESSO RINVIO PREGIUDIZIALE CONTEMPLATI DAL PROCESSO AMMINISTRATIVO ITALIANO.

Occorre considerare un altro aspetto della questione, ancorché estraneo all'itinerario argomentativo dell'ordinanza n. 19589. L'inammissibilità del ricorso per cassazione in relazione alla censura di mancato rinvio pregiudiziale, può ritenersi in contrasto con il principio di *equivalenza* delle tutele riguardanti le situazioni giuridiche riconosciute rispettivamente, dal diritto nazionale da quello europeo? Vi sono casi in cui l'ordinamento processuale nazionale, o la prassi applicativa della giurisprudenza, prevedono una tutela più efficace per contrastare errate decisioni che omettono *rinvii pregiudiziali obbligatori* secondo il diritto interno?

Al riguardo, è sufficiente osservare che, al momento, la Cassazione non ha mai affermato che mediante il ricorso ex art. 111, comma ottavo, possano impugnarsi decisioni del Consiglio di Stato per altre fattispecie di *omesso rinvio*: si pensi al caso del mancato deferimento alla Corte costituzionale di una questione di legittimità costituzionale⁴⁵ dedotta dalle parti.

Parimenti, non si è considerata impugnabile con il ricorso per cassazione la pronuncia che omette il rinvio all'Adunanza Plenaria, qualora la Sezione semplice decida in modo difforme da un precedente. Né parrebbe ammissibile la decisione del Consiglio di Stato che omette il rinvio (evidentemente non *pregiudiziale*, ma pur sempre obbligatorio) al TAR, ai sensi dell'art. 105 del codice del processo amministrativo.

Per nessuno di citati casi di omesso rinvio le norme processuali nazionali prevedono il potere di impugnazione della decisione. Né la giurisprudenza ha mai

⁴⁴ Si potrebbero prospettare, forse, anche situazioni più complesse, in cui l'interpretazione e il giudizio di invalidità si intrecciano. Si pensi al caso in cui il giudice interpreti una decisione della CGUE, resa in un giudizio concernente la validità di una norma UE.

⁴⁵ Un'acuta riflessione al riguardo è compiuta da M.A. SANDULLI, L'Autrice osserva coerentemente che l'ambito del ricorso per cassazione non può essere diversificato in funzione del parametro normativo della violazione denunciata. Pertanto, in questa prospettiva, se si ammette il ricorso in cassazione per il caso di mancato rinvio pregiudiziale alla CGUE, lo stesso rimedio deve applicarsi al rifiuto di rinvio alla Corte costituzionale.

ritenuto, in via pretoria, che la questione di giurisdizione possa comprendere anche statuizioni a contenuto tipicamente processuale.

Dunque, l'art. 111, comma ottavo, e la sua interpretazione consolidata, sotto l'aspetto della conformità al principio di *equivalenza* delle tutele, non sembrano destare particolari sospetti di illegittimità comunitaria.

19. IL DIVIETO DI PRECLUSIONI ALL'OBBLIGO DI RINVIO E L'INCIDENZA SULL'IMPUGNABILITÀ DELLA DECISIONE DEL CONSIGLIO DI STATO.

L'ordinanza n. 19598 evidenzia il ruolo centrale dell'obbligo di rinvio e sottolinea l'illegittimità comunitaria di norme nazionali che pongano *preclusioni* o limiti al potere-dovere del giudice di ultima istanza.

Particolarmente significativo, in tal senso, è il riferimento alla sentenza *Puligienica*, la quale ha affermato il principio della prevalenza dell'obbligo di rinvio alla CGUE sul deferimento all'Adunanza Plenaria, previsto dall'art. 99 del CPA⁴⁶.

Ma nemmeno tale prospettazione assume peso decisivo, perché pare confondere l'illegittimità comunitaria dei limiti nazionali che impediscono in radice la proposizione del rinvio pregiudiziale con l'autonomia procedurale riconosciuta agli Stati membri per individuare gli eventuali rimedi, non necessariamente impugnatori, diretti a riparare o sanzionare la violazione dell'obbligo.

Un ulteriore argomento è individuato dalla dottrina nella "sentenza *Geologi*", in forza della quale il giudice nazionale di ultima istanza non può incontrare limiti

⁴⁶ Corte giust. 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica*, punto 41. L'affermazione della CGUE, peraltro, potrebbe destare perplessità, nella parte in cui pare fraintendere il carattere interno alla medesima autorità giurisdizionale del rapporto tra le sezioni del Consiglio di Stato e l'Adunanza Plenaria.

Sul piano dell'opportunità, poi, resta da chiedersi se, qualora la Sezione abbia un dubbio circa la compatibilità del principio di diritto espresso dalla Plenaria e la normativa UE, non sia preferibile sollecitare un nuovo intervento dell'Adunanza Plenaria, anziché provocare una decisione pregiudiziale della CGUE.

In attuazione della *Puligienica*, peraltro, la Plenaria (27.7.2016, n. 19 e n. 20) ha chiarito che *la sezione del Consiglio di Stato cui è assegnato un ricorso, qualora non condivida un principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria su una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'UE, può alternativamente:*

a) *rimettere previamente la questione all'Adunanza Plenaria affinché questa riveda il proprio orientamento;*

b) *adire la Corte di giustizia ex art. 267 TFUE ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale;*

c) *disattendere direttamente il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria ove esso risulti manifestamente in contrasto con una interpretazione del diritto dell'Unione già fornita, in maniera chiara ed univoca, dalla giurisprudenza comunitaria.*

In concreto, la prassi ora seguita dalle Sezioni semplici è costantemente nel senso di privilegiare la strada del previo passaggio attraverso la Plenaria.

Sul punto sia consentito rinviare a M. LIPARI, *Ricorso principale e ricorso incidentale*, Libro dell'anno, Treccani 2017.

all'obbligo di rinvio pregiudiziale⁴⁷: “l'art. 267, terzo comma, deve essere interpretato nel senso che spetta unicamente al giudice del rinvio determinare e formulare le questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione del diritto dell'Unione che esso ritiene rilevanti ai fini della soluzione del procedimento principale. Non devono essere applicate norme nazionali che abbiano l'effetto di ledere tale competenza” (punto 36).

Anche la citata decisione della CGUE, tuttavia, si iscrive nell'ambito delle pronunce tese a rafforzare la cogenza dell'obbligo di rinvio, senza toccare il diverso tema della determinazione dei “rimedi” di diritto interno alla sua violazione⁴⁸.

Non meno interessante è il richiamo, compiuto dalla dottrina, alle pronunce della CGUE le quali hanno chiarito che il potere del giudice nazionale di proporre la questione pregiudiziale non è vincolato in modo assoluto dallo sviluppo del procedimento, conseguente alla fase successiva all'annullamento con rinvio disposto dalla Cassazione.

Anche tale filone giurisprudenziale, tuttavia, si colloca sul piano dei presupposti del rinvio pregiudiziale, lasciando del tutto impregiudicata la questione riguardante le conseguenze dell'eventuale trasgressione dell'obbligo.

In definitiva, l'orientamento consolidato della Corte del Lussemburgo, pur chiarissima nel sottolineare la centralità del rinvio pregiudiziale, non indica affatto la doverosità di strumenti processuali interni di natura impugnatoria.

20. IL RICORSO PER CASSAZIONE CIRCOSCRITTO AL SOLO CASO DI VIOLAZIONE TOTALMENTE IMMOTIVATA DELL'OBBLIGO DI RINVIO.

L'ordinanza 19598, nella formulazione e nell'argomentazione del secondo quesito, ritiene che il ricorso per cassazione sia ammissibile solo nei casi di omesso rinvio *totalmente* immotivato.

Il punto merita di essere esaminato a fondo, perché, in tal modo, la Cassazione circoscrive la portata dell'auspicato ampliamento del sindacato sulle pronunce del Consiglio di Stato.

⁴⁷ Corte giust. 18 luglio 2013, C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi/AGCM*, punto 32. Per un commento, P. IANNUCELLI, *La responsabilisation des juges nationaux dans le cadre du renvoi préjudiciel. Un bon exemple en droit de la concurrence: CJUE, 18 juillet 2013, Consiglio Nazionale dei Geologi, aff. C-136/12*, in *Revue des affaires européennes*, 20e année, n. 3, 2013 (2014), p. 553 ss.. Secondo la pronuncia, le norme nazionali di procedura non possono ridurre la competenza e gli obblighi incombenti su un giudice nazionale in quanto giudice di rinvio ai sensi dell'articolo 267 TFUE.

⁴⁸ La CGUE riserva comunque al giudice nazionale di ultima istanza il potere di verificare in concreto la pertinenza e rilevanza delle questioni pregiudiziali, in relazione alle domande ed eccezioni delle parti.

Come è noto, secondo la CGUE, l'obbligo di rinvio non sussiste quando il giudice di ultima istanza ritiene di poter sciogliere, da solo, il prospettato dubbio interpretativo, sia per l'esistenza di precedenti conformi della CGUE, sia perché convinto di poter individuare autonomamente la soluzione che gli appare *chiara*.

La CGUE ha dunque reso l'obbligo del rinvio molto più elastico di quanto la lettera del Trattato lascerebbe forse intendere, al condivisibile scopo di semplificare il giudizio, tanto in ambito nazionale, quanto nell'eventuale fase dinanzi alla Corte.

In questa direzione, del resto, si pone il costante incoraggiamento della prassi dell'*interpretazione conforme* del diritto nazionale, tanto più utile quando il giudice comune della nomofilachia risulta effettivamente in grado di garantire la corretta applicazione del diritto di matrice UE, assicurandone la piena armonizzazione con le norme interne.

In questa cornice, si deve valutare il caso in cui il Consiglio di Stato motiva *espressamente* la decisione del mancato rinvio, anche tenendo conto delle eventuali deduzioni svolte dalle parti.

In tale eventualità il sindacato della Cassazione sul rispetto dell'obbligo di rinvio apparirebbe scarsamente giustificabile, poiché si tradurrebbe, all'evidenza, in una valutazione di merito, attinente alla correttezza della lettura interpretativa fornita dal Consiglio di Stato e alla congruità della motivazione. Non sarebbe in alcun modo circoscritta alla verifica del rispetto del riparto di competenze tra CGUE e giudice nazionale.

Pertanto, il ricorso per cassazione, così ampliato, non potrebbe trovare alcuna giustificazione nell'art. 111, comma ottavo, della Costituzione, quale motivo di giurisdizione, traducendosi, semmai, in un inammissibile sindacato della pronuncia, per *violazione di legge*.

Più complessa è la situazione che si verifica quando il mancato rinvio risulta *totalmente* immotivato. Occorre chiarire, intanto, quando si può verificare questa ipotesi.

Anzitutto, va messa da parte la fattispecie in cui la motivazione del mancato rinvio è *implicita*, ma giuridicamente sussistente: l'esame della questione di interpretazione del diritto UE è precluso dalla previa valutazione di altri profili assorbenti della controversia.

L'assenza totale di motivazione potrebbe comprendere, allora, le seguenti fattispecie:

- a) Il giudice interpreta ed applica il diritto UE, in modo errato, senza spiegare perché ritiene di non rinviare la questione ermeneutica alla CGUE;
- b) Il giudice trascura erroneamente, in radice, ogni possibile riferimento al diritto UE, applicando la sola normativa nazionale;

c) Il giudice non si pronuncia in alcun modo, nemmeno implicitamente, su un'apposita *richiesta di rinvio, formulata da una delle parti*.

21. LA PRONUNCIA TOTALMENTE IMMOTIVATA CHE OMETTE IL RINVIO, IN ASSENZA DI RICHIESTE O DEDUZIONI DI PARTE. L'INTERPRETAZIONE ERRATA DEL DIRITTO UE.

La prima situazione si verifica quando, in assenza di apposite richieste delle parti, il giudice applica il diritto dell'UE, procedendo ad una sua scorretta interpretazione, senza spiegare perché non ritiene necessario sottoporre la questione ermeneutica alla CGUE.

A ben vedere, però, anche in un caso del genere il giudice ritiene implicitamente superfluo il rinvio, perché è convinto – sia pure erroneamente - della correttezza della propria lettura interpretativa. La motivazione logica della mancata sollecitazione dell'intervento interpretativo della CGUE deriva dalla convinzione – sbagliata - che il diritto UE possa essere interpretato senza sollevare dubbi ermeneutici.

Pertanto, anche in tale ipotesi, la censura riguardante il mancato rinvio si sostanzia nella contestazione della congruità della motivazione implicita contenuta nella pronuncia e nella confutazione della esegesi seguita dal Consiglio di Stato: la doglianza non prospetta una *questione di giurisdizione*, ma deduce una *violazione di legge*.

La seconda ipotesi di omissione del rinvio *totalmente immotivata* si verifica quando il giudice non motiva affatto il mancato rinvio e, ancora più in radice, trascura di considerare l'esistenza del diritto UE rilevante ai fini della decisione, applicando, erroneamente, il solo diritto nazionale.

È questo il caso concreto esaminato dall'ordinanza della Cassazione n. 19598. Infatti, l'impugnata decisione del Consiglio di Stato omette qualsiasi riferimento al diritto UE.

Questo particolare può considerarsi come omissione *totalmente immotivata* dell'obbligo del rinvio denunciabile con il ricorso per Cassazione, secondo la prospettiva dell'ordinanza n. 19598?

Molteplici argomenti impediscono di considerare l'ipotesi in esame come questione inerente alla giurisdizione, ex art. 111, comma ottavo, della Cost.

Il prospettato errore della decisione non attiene affatto al mancato rispetto del confine che separa le sfere di competenza giurisdizionale della CGUE e del Consiglio di Stato, ma si risolve, puramente e semplicemente, in una *violazione di legge*, posta al di fuori dell'ambito operativo dell'art. 111, comma ottavo, della Costituzione.

L'errata decisione del giudice amministrativo che si disinteressa del diritto europeo e, quindi, non ha ragione di evidenziare dubbi interpretativi sul significato della normativa UE comportanti l'obbligo del rinvio pregiudiziale, deriva direttamente e unicamente dalla scorretta applicazione del diritto UE, non da uno sbaglio riferito al limite del suo potere di cognizione e decisione.

Ammettendo il ricorso ex art. 111, la Cassazione dovrebbe effettuare un accertamento di notevole complessità, riguardante la ricostruzione della normativa nazionale ed europea rilevante ai fini della decisione, con implicazioni di merito e persino di fatto, del tutto incompatibile con il suo ruolo di regolatore della giurisdizione.

La Cassazione non potrebbe limitarsi a riscontrare l'oggettiva mancanza della *motivazione del mancato rinvio*. Al contrario, dovrebbe effettuare una valutazione riguardante l'individuazione della normativa europea che il giudice amministrativo ha trascurato di considerare ai fini della decisione.

Si pensi proprio alla vicenda esaminata dall'ordinanza n. 19598: la pronuncia ha affrontato il tema della legittimazione al ricorso nelle controversie relative all'affidamento dei contratti pubblici, esaminando accuratamente la vicenda contenziosa e le correlate questioni giuridiche.

In ogni caso, l'ipotizzabile vizio della decisione attiene comunque alla *mancata motivazione* del rinvio, poiché essa, se presente, risulterebbe idonea a soddisfare i criteri *Cilfit*⁴⁹: quindi, se si ritenesse ammissibile il ricorso, l'eventuale decisione di accoglimento della Cassazione non si tradurrebbe affatto nella individuazione del giudice munito di giurisdizione sulla questione pregiudiziale, ma nella imposizione dell'obbligo di motivare in ordine alla sussistenza, o meno, dei presupposti per il rinvio pregiudiziale.

E, ovviamente, impostata la questione dell'illegittimo mancato rinvio in termini di mero *difetto relativo di giurisdizione*, la Cassazione non potrebbe imporre altri vincoli sostanziali in ordine al contenuto del rinvio pregiudiziale, perché, così facendo, invaderebbe il campo riservato alla giurisdizione amministrativa. Ne consegue che il Consiglio di Stato potrebbe poi legittimamente confermare la propria decisione di non effettuare il rinvio, arricchita dalla motivazione prima mancante.

Vi sarebbe quindi il serio rischio di una defatigante dilatazione dei tempi di definizione del processo, senza alcuna garanzia di assicurare, all'esito, una maggiore correttezza della decisione e una sua conformità al diritto UE.

⁴⁹ Se, viceversa, si ammettesse che la Cassazione possa sindacare anche l'adeguatezza della motivazione formalmente presente, il sindacato toccherebbe direttamente sul merito della controversia e sul vizio di violazione di legge.

22. IL RUOLO CONTRADDITTORIO DELLA CASSAZIONE, PROSPETTATO DALL'ORDINANZA N. 19598: GIUDICE DI ULTIMA ISTANZA E REGOLATORE DEL RIPARTO DI COMPETENZE TRA GIUDICE COMUNE E CORTE DI GIUSTIZIA.

Non va nemmeno trascurato il ruolo del tutto insolito e contraddittorio che si vorrebbe assegnare alla Cassazione, attribuendole il potere di sindacare le decisioni del Consiglio di Stato che omettono il rinvio pregiudiziale, ancorché limitatamente alle ipotesi in cui sia totalmente carente la motivazione della decisione.

La posizione della Cassazione, chiamata a vagliare il rispetto dell'obbligo di rinvio, finirebbe, infatti, per snaturarsi in un ibrido, strutturale e funzionale, del tutto estraneo al nostro sistema.

Da un lato, la Cassazione, assumendo il potere di verificare la sussistenza dell'obbligo di rinvio del Consiglio di Stato, diventerebbe l'organo titolare della parola definitiva sul rinvio, trasformandosi, sostanzialmente, nell'autorità giurisdizionale di ultima istanza⁵⁰.

Dall'altro lato, invece, dilatando la portata dell'art. 111 comma ottavo, si finirebbe per assegnare alla Cassazione il compito improprio di stabilire se il Consiglio di Stato, giudice nazionale di ultimo grado, abbia violato o meno l'obbligo del rinvio, invadendo la sfera spettante alla CGUE.⁵¹ La Cassazione, quindi, avrebbe addirittura il potere di definire il riparto di competenze tra l'organo giurisdizionale interno e quello europeo.

Questo esito sarebbe difficilmente accettabile, perché delinea una sorta di subordinazione della CGUE al *decisum* della Cassazione.

La prospettazione del mancato rinvio come difetto relativo di giurisdizione o travalicamento assoluto dei poteri giurisdizionali spettanti al Consiglio di Stato pare delineare un rapporto gerarchico tra le giurisdizioni, che la stessa Corte disconosce da tempo, privilegiando semmai, l'idea collaborativa del giudice nazionale quale "*giudice dell'Unione di diritto comune*", ovvero di "*giudice decentrato del diritto dell'Unione*".

23. IL MANCATO RINVIO OBBLIGATORIO TOTALMENTE IMMOTIVATO COME POSSIBILE VIOLAZIONE DEL DIRITTO CEDU. LA PORTATA DEGLI ORIENTAMENTI ESPRESSE DALLA CORTE DI

⁵⁰ Tale configurazione rimarrebbe ferma, anche ritenendo che la Cassazione sia priva del potere di procedere direttamente al rinvio pregiudiziale e il Consiglio di Stato, in seguito all'accoglimento del ricorso, conserverebbe la facoltà di decidere, *motivatamente*, di non effettuare il rinvio.

⁵¹ Non è detto, infatti, che la Cassazione assuma sempre decisioni *più favorevoli* alla CGUE, ampliandone la sfera di competenza esclusiva. Al contrario, potrebbe avallare orientamenti restrittivi.

D'altro canto, non è scontato che la CGUE condivida un'eccessiva dilatazione dell'ambito del rinvio obbligatorio, imposta dagli orientamenti di un giudice nazionale.

STRASBURGO. I LIMITI DELLA *RESPONSABILITÀ* DELLO STATO E L'IRRILEVANZA AI FINI DELLA TUTELA IMPUGNATORIA.

Occorre considerare attentamente, allora, la terza situazione di omesso rinvio pregiudiziale *totalmente immotivato*, che si verifica quando la decisione del giudice tralascia di considerare, esplicitamente o implicitamente, le espresse deduzioni delle parti interessate, volte a sollecitare l'intervento della CGUE.

Un importante filone della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) ha affermato che il mancato rinvio pregiudiziale sollecitato dalle parti, può configurare una lesione del diritto fondamentale al processo contrastante con l'ordinamento convenzionale⁵².

Questo indirizzo del giudice di Strasburgo potrebbe influire sulla soluzione della questione riguardante le conseguenze alla violazione dell'obbligo del rinvio pregiudiziale, imponendo l'ampliamento del ricorso per cassazione?

La posizione manifestata dalla CEDU determina un delicato problema di definizione dei rapporti con l'ordinamento UE e con le competenze della Corte di Giustizia. La giurisprudenza CEDU volta ad accertare la sussistenza dell'obbligo del rinvio e la sua eventuale violazione, infatti, potrebbe apparire invasiva di una prerogativa rientrante nelle sfere di attribuzioni riservate alle istituzioni europee alla CGUE, anche considerando che, allo stato, l'Unione europea non ha ancora aderito alla Convenzione.

Il rischio di una collisione tra CGUE e CEDU è attenuato dalla circostanza che la Corte di Strasburgo sembra incline a definire la portata dell'obbligo del rinvio applicando pedissequamente i criteri fissati dalla stessa CGUE. Resta ferma, però, la criticità di un indirizzo ermeneutico inaugurato dalla CEDU, che finisce per interpretare, applicare e sanzionare il diritto dell'Unione europea.

Superate queste riserve di fondo, non sembra, tuttavia, che l'indirizzo della CEDU possa condizionare la soluzione del problema concernente l'estensione del sindacato della Cassazione.

Così delimitata la portata concreta dell'indirizzo espresso dalla CEDU, le sue ricadute nell'ordinamento nazionale italiano, ai fini della dilatazione del ricorso per cassazione, appaiono modeste, alla luce dei seguenti rilievi.

a) La CEDU ha assunto, in concreto, una posizione piuttosto misurata, riconoscendo la lesione del diritto all'equo processo solo in casi di motivazione del

⁵² Corte EDU, sentenza 20 settembre 2011, *Ullens De Schooten e Rezabek c. Belgio*, ricorso n. 3989/97 e n. 38353/07; Corte EDU, 6 dicembre 2012, *Michaud c. Francia*, ricorso n. 12323/11.

In dottrina vedi RUGGERI, *Rinvio pregiudiziale mancato e (im)possibile violazione della CEDU (a margine del caso Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio)*, in *Quaderni cost.*, 3 novembre 2011; A. Di STASI, *Equo processo ed obbligo di motivazione del mancato rinvio pregiudiziale alla Corte giust. da parte del giudice di ultima istanza nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *federalismi*, n. 3/2016.

mancato rinvio totalmente assente o tautologica, a fronte di apposite richieste formulate dalle parti.

b) La CEDU ha stigmatizzato la violazione dell'obbligo dell'omesso rinvio, senza mai occuparsi del distinto problema concernente la mancanza strutturale di uno strumento processuale nazionale volto a sanzionare la riscontrata trasgressione.

c) Il descritto indirizzo della CEDU, per tradursi nella introduzione di un nuovo strumento impugnatorio o nell'ampliamento dei casi di ricorso in cassazione, dovrebbe passare attraverso un intervento legislativo o una pronuncia additiva della Corte costituzionale.

d) La violazione del diritto CEDU non è qualificabile mai come autonomo motivo di giurisdizione, ai sensi dell'art. 111, comma ottavo, secondo quanto affermato dalla decisione della Corte costituzionale n. 6/2018.

e) È assai improbabile che la CGUE possa considerare l'ipotizzata violazione del diritto CEDU come trasgressione della normativa UE, tale da imporre l'introduzione, negli Stati membri, di rimedi impugnatori contro le decisioni che omettono il rinvio pregiudiziale obbligatorio.

24. L'OMESSO ESAME, TOTALMENTE IMMOTIVATO, DELL'ESPLICITA RICHIESTA DI RINVIO PREGIUDIZIALE FORMULATA DALLE PARTI: UN'IPOTESI RARA, INQUADRABILE NELL'ERRORE REVOCATORIO SUI FATTI PROCESSUALI.

A ben vedere, però, il caso dell'omesso rinvio totalmente immotivato, a fronte delle richieste formulate in giudizio dagli interessati, potrebbe essere inquadrato, già a diritto vigente, nell'ambito della revocazione per errore sugli atti processuali.

Si tratta di un'evenienza rara, nell'esperienza del Consiglio di Stato. Tuttavia, alla luce di una consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, l'omesso esame di una deduzione difensiva di parte (anche se non qualificabile come domanda od eccezione in senso stretto) può costituire errore di fatto sugli atti processuali, denunciabile con l'impugnazione per revocazione e non con il ricorso per cassazione⁵³.

⁵³ La consolidata giurisprudenza (Cons. Stato, Ad. plen. n. 1 del 2013; Sez. III, n. 5487 del 2013; Sez. IV, n. 3499 del 2009, Ad. plen., n. 3 del 1997, Cass. civ., sez. III, 14 giugno 2011, n. 12958) evidenzia che il vizio revocatorio - pur astrattamente considerabile a fianco dell'errore di diritto derivante dalla violazione del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato ex art. 112 c.p.c. - può avere rilevanza solo se la mancata pronuncia sia dipesa da un errore nella percezione dell'esistenza o del contenuto dell'atto processuale e non già in un errore di valutazione delle difese, sicché esso:

- deve risultare in via immediata e diretta dall'esame del testo della pronuncia e della sua motivazione;
- non è configurabile se nella decisione impugnata per revocazione si sia fatto univoco (ancorché implicito) riferimento agli scritti difensivi delle parti ed alle tesi e richieste ivi prospettate;
- si apprezza favorevolmente se nella pronuncia impugnata si affermi espressamente che una certa domanda o eccezione non sia stata proposta o al contrario sia stata proposta;
- alla luce del dovere di sinteticità sancito dall'art. 3 c.p.a. - non essendo mai esigibile una motivazione che in modo pedissequo confuti ogni argomento difensivo e dovendosi al contrario ritenere sufficiente una

25. CONCLUSIONI. L'EFFETTIVITÀ DELL'OBBLIGO DI RINVIO PREGIUDIZIALE, IL PROBLEMA DELLA CORRETTA INDIVIDUAZIONE DEGLI STRUMENTI DIRETTI A GARANTIRNE L'APPLICAZIONE. L'INCONFIGURABILITÀ DI UNA QUESTIONE DI GIURISDIZIONE SECONDO I PARAMETRI DELLA SENTENZA N. 6/2018. IL DIALOGO TRA LE CORTI IN AMBITO NAZIONALE ED EUROPEO.

L'assoluta cogenza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale posto in capo al Consiglio di Stato, in presenza delle condizioni imposte dalla giurisprudenza comunitaria, non può essere messa in discussione. Né deve essere ostacolata da illegittime prassi limitative.

Allo stato attuale, peraltro, l'obbligatorietà del rinvio non pare seriamente minacciata né dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, né dal complessivo atteggiamento aperto e collaborativo del giudice amministrativo, che ha garantito, finora, l'armonica e rapida espansione del diritto eurounitario nell'ordinamento nazionale.

È senz'altro lecito verificare se, nell'ordinamento italiano, esista un concreto *deficit* di effettività della tutela davanti al giudice amministrativo, connesso alla ventilata difficoltà di garantire l'intervento preventivo della Corte di Giustizia.

L'elevatissimo numero dei rinvii pregiudiziali disposti dal Consiglio di Stato⁵⁴ indica, tuttavia, una propensione del giudice amministrativo verso il dialogo con la Corte di Giustizia, che non ha riscontro in alcun'altra esperienza degli organi giurisdizionali degli Stati membri.

Si è dubitato, semmai, dell'eccessivo uso dello strumento del rinvio pregiudiziale, nonostante sia frequentissima la tecnica dell'*interpretazione conforme*

motivazione che dimostri l'autonomo percorso logico prescelto dal giudice nel dirimere la controversia - è da escludersi la possibilità di prospettare, come una sorta di automatismo, un vizio revocatorio per mancata pronuncia esplicita su tutte le censure o eccezioni; tale approccio rigoroso è suffragato dalla casistica giurisprudenziale che ha ritenuto vizi revocatori, tra gli altri, il mancato esame della domanda di risarcimento del danno (Cons. St., Sez. V, n. 1300 del 2007); il mancato esame dell'eccezione di tardività dell'appello (Cons. St., Sez. IV, n. 2707 del 2007); il mancato esame dell'appello incidentale (Cons. St., Sez. V, 5552 del 2009);

- il vizio di mancata pronuncia su un vizio deve essere accertato con riferimento alla motivazione della sentenza nel suo complesso, senza privilegiare gli aspetti formali, cosicché esso può ritenersi sussistente soltanto nell'ipotesi in cui risulti non essere stato esaminato il punto controverso e non quando, al contrario, la decisione sul motivo d'impugnazione risulti implicitamente da un'affermazione decisoria di segno contrario ed incompatibile (Con. Stato, Sez. IV, 1° luglio 2019, n. 44749)."

Ovviamente, se l'omesso esame deriva da un assorbimento implicito della questione sottesa al rinvio, non si configura alcun errore revocatorio, ma, eventualmente, una violazione di legge.

⁵⁴ Alle ordinanze di rinvio devono aggiungersi le numerose pronunce di *sospensione impropria* del giudizio, in attesa delle decisioni della CGUE.

del diritto nazionale, anche allo scopo di risolvere questioni ermeneutiche complesse⁵⁵.

L'atteggiamento istituzionale del Consiglio di Stato pone in evidenza una crescente attenzione verso la dimensione europea del diritto UE e CEDU. Il dialogo orizzontale con le altre giurisdizioni amministrative di ultima istanza è ormai una realtà concreta.

Non sembra, quindi, profilarsi, al momento, un'urgente esigenza di rafforzamento delle garanzie del diritto UE, attuato mediante un mutamento dell'assetto costituzionale delle giurisdizioni.

La possibilità di episodici errori del giudice nazionale, chiamato all'applicazione del diritto UE, va comunque considerata con attenzione. Questi potrebbero essere fisiologicamente corretti e prevenuti attraverso gli strumenti nomofilattici interni al sistema della giustizia amministrativa e l'applicazione coerente dello strumento della revocazione.

L'ipotizzata dilatazione del ricorso ex art. 111, comma ottavo, della Costituzione, ancorché circoscritto ai soli casi di omesso rinvio *totalmente immotivato*, finirebbe per complicare il quadro delle tutele processuali, allungando i tempi di definizione dei giudizi.

Permangono, tuttavia, alcune zone d'ombra in ordine alla definizione omogenea, in sede europea, dei rimedi indispensabili per garantire uniformemente la corretta applicazione dell'obbligo del rinvio pregiudiziale.

Una parte delle persistenti incertezze deriva, peraltro, dalla riscontrata flessibilità dell'obbligo di rinvio, che attribuisce al giudice comune di ultima istanza un ruolo attivo nella stessa valutazione dei presupposti applicativi dell'art. 267 TFUE.

La delicatezza del tema suggerirebbe, però, un approccio prudente e cauto da parte delle istituzioni europee. La decisione di introdurre un obbligatorio rimedio impugnatorio di diritto interno, rivolto contro le pronunce che escludono il rinvio, non può spettare unicamente alla CGUE, attraverso pronunce additive, ma deve essere accuratamente valutata dagli organi titolari del potere normativo in ambito UE, ponderando costi e benefici di ogni possibile innovazione.

MARCO LIPARI

Presidente di sezione del Consiglio di Stato

⁵⁵ Un esempio recente è la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 12/2020, sulla decorrenza del termine per la proposizione del ricorso nel *rito appalti*. La pronuncia ha individuato la propria *ratio decidendi* facendo leva sugli indirizzi manifestati dal giudice comunitario, senza sollevare una questione pregiudiziale.

