

10 FEBBRAIO 2021

Giustizia amministrativa e rinvio  
pregiudiziale alla CGUE: da strumento  
“difensivo” a mezzo per ridiscutere il  
sistema costituzionale

di Sergio Foà

Professore ordinario di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Torino

# Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla CGUE: da strumento “difensivo” a mezzo per ridiscutere il sistema costituzionale\*

**di Sergio Foà**

Professore ordinario di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Torino

**Abstract [It]:** L'articolo analizza il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE riferito alla giustizia amministrativa, sia come provenienza della rimessione sia come oggetto del dubbio interpretativo. Registra un primo atteggiamento “difensivo” dei giudici amministrativi, collegato alla doverosità o alla opportunità del rinvio, e un recente utilizzo più disinvolto, sia dei giudici amministrativi sia della Corte di Cassazione, inteso a ricercare nuove potenzialità dell'istituto. L'ultima frontiera, analizzata criticamente, invoca un sindacato della Corte di Giustizia sulle previsioni costituzionali dedicate al rapporto tra le giurisdizioni e un'interpretazione del giudice sovranazionale riguardo a istituti già scrutinati dalla Corte costituzionale, mediante un nuovo e criticabile utilizzo della “doppia pregiudizialità”.

**Abstract [En]:** The essay analyzes the preliminary reference to the EU Court of Justice referred to administrative justice, both as the origin of the remittance and as the object of the interpretative doubt. It remarks a first "defensive" attitude of the administrative judges, linked to the dutifulness or opportunity of referral, and a recent more pervasive use, both of the administrative judges and of the Court of Cassation, aimed at seeking new potential of the institute. The last frontier, critically analyzed, calls for a review by the Court of Justice on the constitutional provisions dedicated to the relationship between jurisdictions and an interpretation by the supranational judge regarding institutes already scrutinized by the Constitutional Court, through a new and criticizable use of the "double preliminary question".

**Sommario:** **1.** Il rinvio pregiudiziale di interpretazione e i suoi presupposti. **2.** L'obbligo di rinvio pregiudiziale e le preclusioni del processo amministrativo. **3.** La ragionevole durata del processo e la responsabilità del giudice per omesso rinvio. **4.** Una prima risposta della Corte di Giustizia: il giudice di rinvio “dominus” della rilevanza della questione. **5.** I persistenti dubbi del Consiglio di Stato sui rischi della “pan-ermeneutica” europea. **6.** La motivazione della rimessione e la leale collaborazione tra giudici. **7.** Rinvii pregiudiziali “distorsivi” rispetto all'ordinamento nazionale. **7.1.** Rinvio accelerato del T.a.r. in sede di ottemperanza per “disapplicare” il giudicato del Consiglio di Stato. **7.2.** Il dubbio delle singole sezioni verso la nomofilachia dell'Adunanza Plenaria e la conformità al diritto UE del principio di diritto. **7.3.** Rinvio della Corte di Cassazione per sindacare il giudicato del Consiglio di Stato ritenuto contrastante con il diritto UE. Inammissibile *vis expansiva*. **8.** Il parametro di pregiudizialità “conteso” tra Corte di Giustizia UE e Corte costituzionale. Assimilazioni forzate. La nuova frontiera: rinvio pregiudiziale per “modificare” la Costituzione in via interpretativa?

## 1. Il rinvio pregiudiziale di interpretazione e i suoi presupposti

Negli ultimi anni la giustizia amministrativa è stata ripetutamente interessata dall'applicazione del rinvio pregiudiziale di interpretazione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (art. 267, par. 3, TFUE). Tale

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

coinvolgimento ha conosciuto diverse sfumature, da un atteggiamento “difensivo” legato alla doverosità o alla opportunità del rinvio, fino a un atteggiamento disinvolto, sia dei giudici amministrativi sia della Corte di Cassazione, inteso a ricercare nuove potenzialità dell’istituto, esteso al punto di invocare un sindacato sulle previsioni costituzionali dedicate al rapporto tra le giurisdizioni e un’interpretazione del giudice sovranazionale in ordine a istituti già scrutinati dalla Corte costituzionale<sup>1</sup>.

Prendendo avvio dall’atteggiamento “difensivo”, il Consiglio di Stato italiano ha più volte utilizzato lo strumento in esame proprio per ottenere dal giudice europeo chiarimenti sulle modalità del relativo esercizio e sull’ambito del proprio sindacato di ammissibilità allorché la domanda di rinvio sia formulata dal ricorrente<sup>2</sup>.

Di regola le richieste formulate dalla parte obbligano il giudice di ultima istanza al rinvio pregiudiziale, quando sostanziano questioni di interpretazione del diritto dell’Unione europea, questioni rilevanti al fine della decisione del giudizio, questioni non perfettamente identiche ad altre già decise dalla Corte di giustizia, nonché questioni sulle quali la corretta applicazione del diritto dell’Unione europea “non si impone con tale evidenza da non lasciar adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alle questioni sollevate”<sup>3</sup>.

Il giudice amministrativo italiano ha tuttavia ravvisato un asserito profilo di contrasto tra il suddetto obbligo, volto a richiedere la pronuncia interpretativa al giudice dell’Unione europea per conformare ad essa la decisione del caso controverso, e le regole processuali nazionali, che renderebbero inammissibili le questioni poste per difetto di rilevanza.

Sotto un primo profilo il Consiglio di Stato censura la formulazione della questione in termini generici o riferita a norme dell’Unione europea palesemente non pertinenti, sì da suggerire una declaratoria di irrilevanza o di inammissibilità o, in alternativa, una integrale riformulazione della questione interpretativa da parte del giudice.

---

<sup>1</sup> Sul rinvio pregiudiziale in generale, F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino 2020; R. CICCONE, *Il rinvio pregiudiziale e le basi del sistema giuridico comunitario*, Napoli 2011; E. D’ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronunzia*, Torino 2012. Con particolare riferimento alla giustizia amministrativa, S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale. I confini dell’interpretazione conforme*, Napoli, 2011; ID., *Giustizia amministrativa atipicità delle azioni ed effettività della tutela*, Napoli, 2012, 182 ss.

<sup>2</sup> Cons. Stato, Sez. VI, ord. 5 marzo 2012, n. 1244 (Pres. Volpe - est. De Nictolis), con commento di S. FOÀ, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia obbligatorio anche a dispetto dei principi e delle preclusioni processuali nazionali?*, in *Nuovo dir. amm.*, 2012, n. 2, 29 ss.

<sup>3</sup> Le modalità di formulazione dei quesiti sono chiarite dalla Corte di Giustizia mediante le “Raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale” (oggi 2019/C 380/01), che tengono conto del regolamento di procedura della Corte di giustizia. Il Consiglio di Stato, con la rimessione di cui nel testo, aveva ritenuto “non (...) del tutto esaustivi” i riferimenti delle “Raccomandazioni” allora pubblicate (2011/C 160/01).

Ulteriori profili di inammissibilità delle questioni poste discendono dal diritto processuale nazionale: la genericità del parametro normativo invocato<sup>4</sup>; l'utilizzo improprio del rinvio pregiudiziale, con il quale si chiede la soluzione del caso specifico alla Corte di Giustizia<sup>5</sup>; la formulazione delle questioni mediante elementi della fattispecie concreta, ricostruiti talora in modo parziale; la confusione tra questione di "interpretazione del diritto dell'Unione europea" e l'applicazione dello stesso diritto al caso specifico.

Il Consiglio di Stato si interroga sulla portata del proprio scrutinio di ammissibilità della questione pregiudiziale e lamenta la contrazione dei poteri di valutazione (o di "filtro", per utilizzare l'espressione dell'ordinanza) di fronte alla richiesta del ricorrente: il rinvio pregiudiziale potrebbe essere negato solo se la norma di diritto dell'Unione europea sia chiara al di là di ogni ragionevole dubbio.

L'interpretazione del diritto dell'Unione europea è tuttavia riservata alla Corte di Giustizia, e dato che l'art. 267, par. 3, TFUE prevede un obbligo di rinvio se la parte solleva questione pregiudiziale, sembrerebbe che il giudice nazionale non abbia alcun potere di stabilire che "il diritto comunitario è chiaro" e non dà adito a dubbi interpretativi, e conseguentemente non abbia alcun potere di rifiutare il rinvio pregiudiziale. Alla questione posta dalla parte corrisponderebbe per l'effetto una presunzione assoluta di rilevanza ai fini dell'interpretazione sovranazionale.

Ciò a differenza della questione di legittimità costituzionale sollevata dinanzi al Giudice delle leggi, con riferimento alla quale al giudice (anche di ultima istanza) è riservata la valutazione di rilevanza e non manifesta infondatezza. In siffatta valutazione di "non manifesta infondatezza" il giudice può interpretare sia la legge ordinaria, sia la Costituzione. Rispetto al ragionamento seguito dal giudice amministrativo,

---

<sup>4</sup> Nel caso di specie si chiedeva l'interpretazione de "l'art. 101 TFUE o altra norma europea".

<sup>5</sup> Che invece esula dalle competenze della stessa, posto che nel procedimento di rinvio pregiudiziale ogni valutazione dei fatti di causa rientra nella competenza del giudice nazionale: CGUE, Sez. II, sentenza 6 settembre 2012, causa C-273/11, *Mecsek-Gabona Kft*, punto 53, che ribadisce l'incompetenza della Corte a verificare e valutare le circostanze di fatto relative al procedimento principale. Spetta quindi al giudice nazionale effettuare una "valutazione globale di tutti gli elementi e le circostanze di fatto relativi a detto procedimento". Cfr. anche le Conclusioni dell'Avvocato generale Y. Bot presentate il 27 marzo 2012, Causa C-83/11, *Secretary of State for the Home Department*: spetta (...) solo ai giudici nazionali cui è stata sottoposta la controversia e a cui incombe la responsabilità della decisione giudiziaria valutare, tenendo conto delle specificità di ogni causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale all'emanazione della loro sentenza sia la rilevanza delle questioni che essi sottopongono alla Corte. La Corte può rifiutare di pronunciarsi su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale solo qualora risulti manifestamente che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale oppure qualora il problema sia di natura ipotetica, oppure nel caso in cui la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte. Cfr. anche CGUE 7 luglio 2011, C-310/10, *Agafitei e a.*, punti 25 e 27 e giurisprudenza ivi citata; 8 maggio 2008 C-491/06; 9 giugno 2005, cause riunite C-211/03, C-299/03 e da C-316/03 a C-318/03; 18 luglio 2007, C-119/05; in particolare, la Corte può pronunciarsi unicamente sull'interpretazione o sulla validità di un testo comunitario in base ai fatti indicati dal giudice nazionale: v. CGUE 16 marzo 1978 C-104/77; 28 settembre 2006 C-467/04. Per un più ampio corredo giurisprudenziale, S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità*, cit., 152 s.

occorre inoltre verificare se la censura di legittimità costituzionale possa essere trattata alla stregua di un motivo di parte in sede di gravame<sup>6</sup>.

Un'analisi empirica della giurisprudenza sovranazionale dimostra che il giudizio sulla "rilevanza" espresso dal giudice nazionale sulla pregiudiziale interpretativa è stato finora censurato dalla Corte di giustizia per contestare il difetto di tale requisito, invece riscontrato dal giudice *a quo*<sup>7</sup>.

Non è invece chiaro quale sia l'ambito del potere del giudice nazionale di escludere la rilevanza, se per valutare la rilevanza occorra comunque stabilire se il diritto dell'Unione europea è o no applicabile al caso concreto, né quali sono le conseguenze giuridiche, anche in termini di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea, se il giudice *a quo* esclude la rilevanza della questione di interpretazione del diritto dell'Unione europea, errando nel valutare se questo è o meno applicabile al caso concreto.

La giurisprudenza europea è sul punto eterogenea: le questioni poste dai giudici nazionali riguardanti l'interpretazione di una norma di diritto dell'Unione europea comportano in via di principio l'obbligo della Corte di statuire, a meno che non appaia in modo manifesto che la domanda di pronuncia pregiudiziale tende in realtà ad indurla a pronunciarsi mediante una controversia fittizia o a formulare pareri su questioni generali o astratte, oppure che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non ha alcuna relazione con l'oggetto della controversia, o ancora che la Corte non dispone degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni sottoposte al suo esame<sup>8</sup>.

L'interpretazione letterale dell'art. 267, par. 3, TFUE escluderebbe secondo il Consiglio di Stato la possibilità per il giudice nazionale di esprimere giudizio di rilevanza, perché ogni qual volta vengano in considerazione, nel giudizio, norme dell'Unione europea, per ciò solo la questione interpretativa dovrebbe essere rilevante. Il passaggio argomentativo sul punto è veloce e sintetizza la tendenza della giurisprudenza europea ad estendere la portata del rinvio pregiudiziale; la vera questione riguarda il caso in cui il rinvio pregiudiziale sia formulato come motivo di ricorso o lo integri surrettiziamente<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme*, Napoli, 2011, 61 ss.; N. PIGNATELLI, *Gli effetti dell'illegittimità costituzionale «nei limiti» dei motivi di impugnazione del provvedimento amministrativo: le regole processuali del Consiglio di Stato* (Nota a C. Stato, sez. VI, 25 agosto 2009, n. 5058, *Soc. Italcementi c. Reg. Campania*), in *Foro it.*, 2010, III, 86.

<sup>7</sup> S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità*, cit., 151 ss.

<sup>8</sup> Richiami giurisprudenziali in S. FOÀ, *op. e loc. cit.*

<sup>9</sup> In letteratura, sui motivi di ricorso, L. IANNOTTA, *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi nel processo amministrativo*, Napoli, 1989; M.A. QUAGLIA, C. MIGNONE, *Art. 19 L. Tar*, in Alb. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992; R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *Commento all'art. 40*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 385 ss.

## 2. L'obbligo di rinvio pregiudiziale e le preclusioni del processo amministrativo

L'incompletezza dei chiarimenti resi in via pretoria dal Giudice dell'Unione europea sul rapporto tra obbligo di rinvio pregiudiziale e regole processuali nazionali impone di enucleare i principi del processo amministrativo italiano potenzialmente confliggenti con l'obbligo di investire la Corte di Giustizia della questione interpretativa.

Il fulcro del ragionamento individua nella "domanda pregiudiziale" proposta dall'appellante come motivo di appello un "motivo di ricorso" alla stregua delle regole processuali nazionali. Se così è, la valutazione giudiziale della stessa domanda pregiudiziale, in quanto motivo di ricorso, deve avvenire nel rispetto del principio della specificità della formulazione, con conseguente inammissibilità dei motivi generici, del divieto di modifica dei motivi in corso di causa; in ossequio al principio della domanda, il giudice non può modificare una domanda di parte, pena la violazione del principio del contraddittorio.

Ove il ricorrente miri a censurare l'atto amministrativo impugnato per contrasto con il diritto dell'Unione europea, senza tuttavia trattare la medesima censura come ordinario motivo di ricorso, la sua condotta violerebbe i richiamati principi processuali e le correlate disposizioni del Codice del processo amministrativo italiano.

Anziché censurare in primo grado puntualmente il provvedimento gravato, la parte avrebbe utilizzato impropriamente la questione di interpretazione del diritto UE, senza peraltro chiarire e delimitare l'ambito della stessa questione posta. Senza dimenticare che un utilizzo improprio dell'istituto può rappresentare una forma di abuso del processo<sup>10</sup>.

Il quesito posto al Giudice dell'Unione europea è consequenziale e pone una rigida alternativa: la primazia del diritto sovranazionale prevale sui sistemi processuali nazionali e quindi impone al giudice, a dispetto delle regole processuali nazionali, di interpretare, modificare e adattare la domanda di parte, in modo che il quesito pregiudiziale sollevato dalla parte rispetti i requisiti formali e sostanziali richiesti, oppure prevale l'autonomia processuale nazionale, così vietando al giudice di esercitare un potere di soccorso nel senso di correggere e modificare la domanda di parte e di evitare il rinvio non dovuto senza incorrere in responsabilità per violazione del citato art. 267, par. 3, TFUE?

---

<sup>10</sup> L'ordinanza in esame non si esprime in tali termini, ma sottolinea il carattere emulativo di tale condotta, posto che "una siffatta interpretazione" (intesa ad eludere il principio della domanda) "rischia, da un lato, di incoraggiare il proliferare di richieste di rinvii pregiudiziali in modo emulativo, e dall'altro lato di creare un imbuto alla rovescia con un aggravio del carico di lavoro della Corte di Giustizia oltre ogni ragionevole limite" (cfr. punto 9.10.5. in diritto). Il riferimento compare in altro passaggio argomentativo: "secondo il giudice rimettente, in ossequio ai principi di ragionevole durata del processo, divieto di abuso del diritto di difesa, lealtà processuale, l'art. 267, par. 3 TFUE andrebbe interpretato nel senso che (...)" (punto 9.10.8 in diritto, su cui subito *infra* nel testo). Sull'abuso del processo amministrativo, C.E. GALLO, *L'abuso del processo nel giudizio amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 1005; N. PAOLANTONIO, *Abuso del processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir. - Annali*, Milano, 2008, vol. II, tomo I, 1.

Rimessa alla Corte di Giustizia la soluzione di tale dubbio, il Consiglio di Stato non rinuncia tuttavia a esprimere la propria opzione ermeneutica, ritenendo che l'art. 267, par. 3 TFUE non dovrebbe ostare alle regole processuali nazionali in tema di termini di ricorso, specificità dei motivi di ricorso, principio della domanda, divieto di modifica della domanda in corso di causa, divieto per il giudice di soccorso della parte nella formulazione delle domande, in violazione della parità delle armi, sicché quando la parte solleva una questione pregiudiziale comunitaria davanti al giudice nazionale dovrebbe farlo in termini sufficientemente chiari e specifici, e coerenti con i parametri richiesti dalla Corte di Giustizia.

L'obbligo di rinvio pregiudiziale non impedirebbe inoltre un vaglio critico da parte del giudice *a quo* della questione d'interpretazione del diritto dell'Unione europea, consentendogli di non rinviare la questione non solo nel caso di "assoluta chiarezza" della norma comunitaria, ma anche nel caso in cui il giudice nazionale ritenga, in base ad un parametro di ragionevolezza e diligenza professionale, che la norma europea sia "ragionevolmente chiara" e non necessiti di ulteriore chiarificazione.

Permanendo tuttavia il dubbio tra le opposte interpretazioni prospettate, il Giudice amministrativo, con tecnica alquanto originale, formula la questione pregiudiziale interpretativa in via alternativa, in ragione della risposta che il Giudice dell'Unione europea vorrà fornire sull'esatta portata dello stesso rinvio pregiudiziale. Così è formulato un rinvio "principale" per il caso in cui la Corte di giustizia dovesse accedere alla tesi del "filtro a maglie larghe" come sopra esposta, e la pregiudiziale è rimessa "negli esatti termini in cui è stata formulata da parte appellante". È proposta altresì una questione "subordinata" risultante dalla riformulazione della domanda di parte effettuata dal giudice *a quo*, che in tal senso anticipa una possibile risposta del Giudice dell'Unione europea.

### **3. La ragionevole durata del processo e la responsabilità del giudice per omesso rinvio**

Altre questioni interpretative attengono alla compatibilità dell'obbligo di rinvio processuale "incondizionato" al principio della ragionevole durata del processo, sancito dal diritto italiano, dallo stesso diritto dell'Unione europea e dal diritto internazionale pattizio. Il giudice amministrativo intende conoscere se il correlato allungamento dei tempi processuali possa far escludere, dal computo dei termini di ragionevole durata del processo interno, la fase di rinvio e decisione della pregiudiziale comunitaria e anche questa è una questione di interpretazione del diritto UE<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Per effetto dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea che riconosce alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (per quanto di interesse, art. 47 che comprende tra i diritti fondamentali dell'Unione anche quello alla ragionevole durata del processo).



È invocato un chiarimento in ordine ai casi in cui il mancato rinvio pregiudiziale darebbe luogo a “manifesta violazione del diritto comunitario”<sup>12</sup>, e se tale nozione possa essere di diversa portata e ambito ai fini dell’azione speciale nei confronti dello Stato ai sensi della legge 13 aprile 1988, n. 117 per “risarcimento danni cagionati nell’esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati” e dell’azione generale nei confronti dello Stato per violazione del diritto comunitario, e tanto, anche al fine di evitare che i giudici nazionali, nel timore di incorrere in violazione del diritto comunitario, aggravino la Corte di Giustizia con rinvii puramente “difensivi” finalizzati a prevenire azioni di responsabilità civile contro i magistrati<sup>13</sup>.

La preoccupazione non è peregrina, solo ove si ricordi, ad esempio, che la Commissione europea ha inviato alla Svezia una opinione motivata ai sensi dell’art. 258 TFUE, avviando procedura di infrazione a causa del numero troppo esiguo di rinvii pregiudiziali ex art. 267 TFUE operati dagli organi giudiziari di ultima istanza e dall’assenza di motivazione dei provvedimenti che respingono le istanze di rinvio pregiudiziale sollevate dalle parti nei giudizi nazionali<sup>14</sup>.

Con riferimento all’ordinamento italiano, come si vedrà, la Cassazione rivendica il proprio sindacato per motivi inerenti la giurisdizione in ordine alle decisioni con cui il Consiglio di Stato non rinvii alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale ai sensi dell’art. 267 TFUE nei casi in cui vi sia tenuto<sup>15</sup>.

Anche con riferimento a tali profili correttamente il Consiglio di Stato ha inteso ottenere chiarimenti, specie dopo la pronuncia della Corte di Giustizia che ha censurato la legge italiana sulla responsabilità civile dei magistrati, ritenendo le limitazioni di responsabilità ivi contemplate contrarie al diritto UE<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> CGCE, 30 settembre 2003 C-224/01, *Kobler*, in *Racc.*, 2003, p. I-10239.; Id. 13 giugno 2006 C-173/03, *Tragbetti del Mediterraneo*; Id., sez. III 24 novembre 2011, C 379/10. Commissione europea c. Repubblica italiana: con toni critici P.J. WATTEL, *Köbler, CILFIT and Welthgrove: We can't go on meeting like this*, in *Common Market Law Review*, 2004, 184, auspica l’applicazione della giurisprudenza *Köbler* anche a livello comunitario per risarcire ex art. 215 del Trattato i danni determinati dagli errori di giudizio della stessa Corte di giustizia; M. BREUER, *Wrongs and Community Law: the Case of Gerhard Köbler v Austria*, in *European Law Review*, 2004, 243; C.D. CLASSEN, *Case Note: Gerhard Köbler v. Republik Österreich*, in *Common Market Law Review*, 2004, 81; J. KOMAREK, *Federal Elements in the State Liability for Judicial Community Judicial System: Building Coherence in the Community Legal Order*, *Common Market Law Review*, 2005, 9.

<sup>13</sup> Critica la natura non selettiva del rinvio pregiudiziale G. FALCON, *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni soggettive europee*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2004, 1153 ss.

<sup>14</sup> Documento della Commissione 2003/2161, C(2004) 3899 del 13.10.2004. U. BERNITZ, *The Duty of Supreme Court to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden*, in *Swedish Studies in European Law*, vol. 1, 2006; M. SCMAUCH, *Lack of preliminary Rulings as an Infringement of Article 234 EC? (Commission Case COM 2003/2161, Procedure Against The Kingdom of Sweden)*, in *European Law Reporter* 2005, 445. Già il *Report by the Working Party on the Future of the European Communities' Court System* (noto come “The Due Report”), consegnato al Presidente della Commissione europea R. Prodi nel 2000 avanzava la possibilità per la Commissione di esperire azioni in carenza ex art. 226 per far valere la violazione dell’art. 234 del Trattato (oggi art. 267 TFUE) da parte delle corti nazionali di ultima istanza.

<sup>15</sup> *Infra*, sub parr. 7.3 e 8. Su tema, cfr. già L. CANNADA BARTOLI, *Impugnabilità in Cassazione, ex art. 111 ultimo comma della Costituzione, per omesso rinvio di pregiudiziali da parte del Consiglio di Stato alla CGCE*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 941 ss., spec. 955 ss.

<sup>16</sup> CGUE, 24 novembre 2011, C-379/10. M.R. DONNARUMMA, *Responsabilità dei magistrati e giurisprudenza della Corte europea di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 669; M. NISTICÒ, *Dalla Corte di giustizia una censura al diritto vivente in*



Se è vero che l'omesso rinvio pregiudiziale *ex se* non è fonte di responsabilità nell'esercizio della funzione giurisdizionale, ma deve collegarsi ad una violazione sostanziale del diritto sovranazionale, non si può omettere di considerare che le proposte di modifica legislativa giacenti in Parlamento attribuiscono un ruolo essenziale all'omesso rinvio. In tale contesto deve essere letta la richiesta intesa ad ottenere il *placet* dal giudice europeo sulla possibilità di omettere il rinvio quando la norma UE sia "ragionevolmente chiara". È particolare il richiamo ai mezzi di cui il giudice dispone per valutare la chiarezza della disposizione normativa: non già gli strumenti ermeneutici e la possibilità di interpretazione conforme<sup>17</sup>, quanto il parametro della diligenza professionale, che rimarca l'accostamento del giudice alla più generale figura del funzionario pubblico cui è affidato l'esercizio della funzione giurisdizionale<sup>18</sup>.

L'intervento del legislatore italiano di modifica della disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati conferma le preoccupazioni del Consiglio di Stato, laddove afferma che "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"<sup>19</sup>.

Nonostante la risposta della Corte di Giustizia di cui subito in seguito, ancora oggi il Consiglio di Stato dispone rinvii pregiudiziali di tipo "difensivo", assistiti da motivazioni del seguente (perplesso) tenore: "Il Collegio, pertanto, pur consapevole della infondatezza della pretesa dell'appellante e della ingiustificata protrazione dei tempi del processo collegati alla pendenza della questione pregiudiziale, al solo fine di ottemperare al dovere di rinvio pregiudiziale da parte del Giudice nazionale di ultima istanza ed in

---

tema di responsabilità dei magistrati, in *Quad. cost.*, 2012, 149; M.P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Giustizia-amministrativa*, 2012.

<sup>17</sup> Secondo la Corte di Giustizia "il principio di interpretazione conforme esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio, nei limiti delle loro competenze, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della previsione del diritto UE e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima": da ultimo CGUE, Grande Sezione, 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Joao Pedro Lopes Da Silva Jorge*, punti 55 e 56, ed ivi richiami giurisprudenziali, ove sono altresì evidenziati i limiti all'applicazione del principio: "l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto (di una decisione quadro) nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del diritto interno trova un limite nei principi generali del diritto e non può servire a fondare un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale".

<sup>18</sup> M.A. SANDULLI, *Riflessioni sulla responsabilità civile per le violazioni di legge commesse dagli organi giudiziari*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2012; P. MENGOZZI, *La responsabilità dello Stato per atti del potere giudiziario: dalla sentenza Köbler alla sentenza Ferreira da Silva e Brito*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2016, 401 ss.

<sup>19</sup> Art. 2, comma 3-*bis*, della legge n. 117 del 1988 introdotto dalla legge n. 18 del 2015: "Fermo restando il giudizio di responsabilità contabile di cui al decreto legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639, ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea 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".

considerazione del fatto che l'inosservanza di siffatto dovere determina una diretta responsabilità dello Stato membro di carattere sostanzialmente oggettivo (*omissis*), nonché la responsabilità civile del magistrato ai sensi dell'art. 2, comma 3-*bis*, l. n. 117 del 1988 come introdotto dalla l. n. 18 del 2015, rimette alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, sulla base della prospettazione dell'appellante, la seguente questione pregiudiziale (...)»<sup>20</sup>. Il giudice sacrifica quindi espressamente il principio di economia processuale e abdica dalla valutazione di ammissibilità della richiesta di rinvio, deducendo un proprio difetto di legittimazione sul punto, ancorché - paradossalmente - ritenga priva di fondatezza la stessa questione.

#### **4. Una prima risposta della Corte di Giustizia: il giudice di rinvio “dominus” della rilevanza della questione**

L'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato è stata da taluni criticata proprio riguardo all'impossibilità per il giudice di far valere *ex art.* 267 TFUE il proprio diverso apprezzamento rispetto a quello manifestato dalla parte, una volta che la questione di rinvio sia stata da quest'ultima sollevata<sup>21</sup>.

Per il vero tali critiche non colgono appieno le peculiarità del sistema del processo amministrativo nazionale, salvo argomentare che se l'effetto prodotto dalle disposizioni processuali nazionali evocate dal giudice remittente fosse quello di escludere il “dovere di soccorso” giudiziale, da ciò discenderebbe la contrarietà delle stesse disposizioni al meccanismo del rinvio pregiudiziale, che verrebbe fortemente limitato per effetto di una disposizione interna. Soluzione, quest'ultima, che non potrebbe essere “tollerata” dalla Corte di Giustizia, posto che l'istituto del rinvio pregiudiziale esula dalla competenza degli Stati membri ed è disciplinato dal TFUE<sup>22</sup>.

Tale ragionamento è fondato sulla nota giurisprudenza della Corte di Giustizia che affida al giudice nazionale il compito di specificare i motivi per i quali essi ritengano necessaria alla definizione della controversia la soluzione delle questioni loro proposte, sicché alla Corte di giustizia è riservato il compito “non di esprimere pareri a carattere consultivo su questioni generali o ipotetiche, ma di contribuire all'amministrazione della giustizia negli Stati membri. Ad essa non compete pertanto la soluzione di questioni di interpretazione che le siano proposte nell'ambito di schemi processuali precostituiti dalle parti al fine di indurla a pronunciarsi su taluni problemi di diritto comunitario non rispondenti ad una

<sup>20</sup> Da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 5 agosto 2020, n. 4943, punto 13.

<sup>21</sup> Tale premessa è ritenuta “discutibile e, francamente, inesatta” da A. RUGGERI, *Il Consiglio di Stato e il “metarinvio” pregiudiziale (a margine di Cons. St. n. 4584 del 2012)*, in *diritticomparati.it*, 2012; cfr. altresì R. CONTI, *I dubbi del Consiglio di Stato sul rinvio pregiudiziale alla Corte UE del giudice di ultima istanza. Ma è davvero tutto così poco “chiaro”?* (Note a prima lettura su Cons Stato 5 marzo 2012 n. 4584), *ibidem*, 2012 ritiene che “Ammettere, così, l'esistenza di un meccanismo di preclusione nei termini prospettati dal Consiglio di Stato finirebbe col tradire (...) l'essenza stessa del rinvio pregiudiziale”.

<sup>22</sup> In tali termini R. CONTI, *op. loc. cit.*

necessità obiettiva inerente alla definizione di una controversia”. Lo spirito di collaborazione che presidia le funzioni assegnate al giudice nazionale ed alla Corte di giustizia – ora vieppiù confermato dalla richiesta al giudice *a quo* di offrire una possibile soluzione al quesito pregiudiziale proposto - impone per un verso l’obbligo di rispettare le competenze del giudice nazionale, ma anche la funzione specifica di cui la Corte è investita, che riguarda “non soltanto gli interessi delle parti in causa, ma altresì quelli della comunità e quelli degli Stati membri”<sup>23</sup>.

Se della delibazione sulla rilevanza della questione comunitaria è *dominus* il giudice nazionale, residuano tuttavia dubbi proprio sull’estensione della servente valutazione, anche in merito all’applicabilità al giudizio pendente della disposizione normativa europea che la parte del giudizio invoca. Il vincolo ai motivi di parte del giudice amministrativo nel nostro ordinamento può così indurre lo stesso, nei casi dubbi, ad ampliare i casi di rinvio pregiudiziale alla Corte; soprattutto riguardo all’inquadramento del caso concreto alla fattispecie delineata dalla fonte sovranazionale. Si sono già notate per l’effetto pronunce del giudice dell’Unione europea occasionate da rimessioni perplesse, tanto da far affermare alla Corte che “(...) il Consiglio di Stato ritiene che la direttiva (...) non si applichi al caso. (...) Il Consiglio di Stato nutre tuttavia dubbi a tale riguardo”<sup>24</sup>.

Il vero punto cruciale, lucidamente individuato dall’ordinanza di remissione, attiene all’utilizzo del rinvio pregiudiziale alla stregua di motivo di ricorso, e in tal senso sorge spontaneo l’interrogativo sull’applicabilità delle preclusioni processuali nazionali alla domanda di parte. In questo quadro devono essere iscritte le note pronunce della Corte di giustizia, ripetutamente invocata in via pregiudiziale a conciliare il principio di effettività del diritto comunitario con il regime processuale nazionale e le correlate preclusioni relative alla decadenza dei termini di impugnazione dell’atto amministrativo<sup>25</sup>.

La Corte di giustizia si è pronunciata più volte sull’ammissibilità di norme processuali nazionali di preclusione a fronte di domande fondate sul diritto dell’Unione europea<sup>26</sup>; la soluzione, in vero, non è delineabile in modo generalizzato, richiedendo un’analisi sugli effetti in termini di tutela della situazione soggettiva protetta riguardo alla specifica norma di preclusione. I precedenti consentono comunque di

---

<sup>23</sup> Già CGCE 16 dicembre 1981, causa C 244/1980, *Foglia c. Novello*, punti 16 ss. Per maggiori riferimenti giurisprudenziali, S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità*, cit., 153.

<sup>24</sup> CGUE, Sez. II, 29 gennaio 2009, C-311/06, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri contro Ministero della Giustizia, Marco Cavallera*, riguardo al riconoscimento dei diplomi ai sensi della Direttiva 89/48/CEE e la conseguente omologazione del titolo di studio di Ingegnere.

<sup>25</sup> Sulla tensione tra i principi di effettività ed autonomia processuale e procedurale, F. BECKER, *Application of Community Law by Member States’ Public Authorities: Between Autonomy and Effectiveness*, in *Common Market Law Review*, 2007, 1044 ss.

<sup>26</sup> Sentenza 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93, *Van Schijndel e Van Veen* (Racc., p. I-4705); E. RUSSO, *È sempre “diffuso” il controllo di conformità al diritto comunitario ad opera del giudice nazionale?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 701 ss.; Sentenza 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98 (Racc., p. I-4941); Sentenza 15 settembre 1998, causa C-231/96, *Edis* (Racc., p. I-4951, punto 48).

dimensionare la portata del principio di effettività e dei limiti imposti agli ordinamenti processuali nazionali. Nello sviluppo della giurisprudenza, la Corte di giustizia ha dovuto affrontare resistenze concettuali alla trasposizione del principio della primazia del diritto comunitario con riferimento alla tutela giurisdizionale esperibile avverso atti amministrativi, e le ha risolte funzionalizzando l'autonomia processuale degli Stati all'effettività delle previsioni del diritto dell'UE<sup>27</sup>.

La stessa Corte di giustizia ha negli ultimi anni affermato che il principio dispositivo nel processo amministrativo impedisce al giudice nazionale di sollevare d'ufficio un motivo fondato sulla violazione di norme comunitarie, senza che ciò contrasti con i principi di equivalenza e di effettività della tutela<sup>28</sup>. Ciò ovviamente non preclude al giudice amministrativo di rilevare questioni d'ufficio, purché rispetti il principio del contraddittorio<sup>29</sup>.

E così anche l'istituto del rinvio pregiudiziale è stato differentemente percepito da parte della Corte di giustizia, che nella prima giurisprudenza tendeva ad utilizzarlo come strumento di economia processuale correlato all'efficacia del "precedente persuasivo" della pronuncia comunitaria, mentre oggi è inteso quale meccanismo di collaborazione tra giurisdizioni, che sta raggiungendo in via di prassi un nuovo equilibrio, effetto dell'amplificazione del diritto dell'Unione europea accompagnato dall'autolimitazione dei giudici nazionali.

In sintesi pare doversi condividere la scelta del rinvio operato dal Consiglio di Stato con l'ordinanza esaminata, perché se è vero che la disciplina del rinvio pregiudiziale è riservata al diritto dell'Unione europea, è altresì innegabile che il suo esercizio si innesta in meccanismi processuali nazionali che nel giudizio amministrativo mantengono ancora una marcata peculiarità. Non è tanto la costruzione del rinvio pregiudiziale in genere a preoccupare il giudice amministrativo, ma l'utilizzo improprio dello stesso istituto, sì da tradursi in motivi di ricorso inammissibili secondo la legge processuale nazionale.

---

<sup>27</sup> CGCE, Sez. II, 29 aprile 1999, C-224/97, *Erich Ciola e Land Vorarlberg*, in *Racc.*, 1999, I-2517 spec. punto 24, ed ivi la posizione assunta dal governo austriaco, avversa ad applicare "senza alcun vaglio e senza limiti la giurisprudenza sulla preminenza del diritto comunitario ad atti amministrativi individuali e concreti". La posizione veniva fondata sulla esecutorietà degli atti amministrativi, sostenuta dai richiami alla giurisprudenza comunitaria sulla autonomia processuale degli Stati membri. Affermare la preminenza del diritto comunitario nei confronti di un atto amministrativo esecutivo avrebbe potuto rimettere in questione i principi della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento o dei diritti legittimamente acquisiti.

<sup>28</sup> CGUE, Sez. IV, 7 giugno 2007, C-222/05, *Van der Weerd*, in *Racc.*, 2007, p. I- 4233, con riferimento alla disciplina processuale dei Paesi Bassi. A commento J.H. JANS, A.T. MARSEILLE, in *Common Market Law Rev.*, 2008, 853 ss.

<sup>29</sup> Sul punto il Codice del processo amministrativo italiano si è allineato alla giurisprudenza europea ed alle previsioni del codice processuale civile. Cfr. art. 73, co. 3, Cod. proc. amm.: "Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie". Il principio è stato esaminato da Cons. Stato, Ad. plen., 2 dicembre 2010, n. 3, in *Giust. amm.*, 2010.

Era prevedibile che il giudice dell'Unione Europea funzionalizzasse nuovamente l'autonomia processuale dello Stato rimettente<sup>30</sup> e così in effetti è avvenuto, anche se la Corte di Giustizia non ha dedicato attenzione alle specifiche questioni processuali poste dal Consiglio di Stato. Così la Corte ha ribadito che la determinazione e la formulazione delle questioni da sottoporre ad essa spettano al giudice nazionale e le parti in causa nel procedimento principale non possono modificarne il tenore<sup>31</sup>. Se è pur vero che il predetto giudice è libero di invitare le parti in causa nel procedimento per il quale è adito a suggerire formulazioni che possano essere raccolte nella redazione delle questioni pregiudiziali, resta tuttavia il fatto che solo al giudice medesimo spetta decidere, da ultimo, in merito tanto alla forma quanto al contenuto delle questioni stesse<sup>32</sup>. La Corte afferma quindi che spetti unicamente al giudice del rinvio determinare e formulare le questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione del diritto dell'Unione che sono necessarie ai fini della risoluzione della controversia oggetto del procedimento principale.

Sbrigativamente il giudice europeo si esprime in ordine alle “norme nazionali di procedura”, che sarebbero state invocate dal Consiglio di Stato “senza, però, chiarire la loro esatta portata”: al riguardo la Corte ritiene sufficiente ricordare che “siffatte norme non possono ridurre la competenza e gli obblighi incombenti su di un giudice nazionale in quanto giudice di rinvio ai sensi dell'articolo 267 TFUE”<sup>33</sup>.

Tale interpretazione consente alla Corte di Giustizia di non affrontare l'eventuale incidenza del principio della durata ragionevole del processo, parimenti menzionata dal giudice del rinvio, visto che la questione è stata da esso formulata solamente per il caso in cui l'articolo 267 TFUE dovesse essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di ultima istanza un obbligo incondizionato di rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione, sollevata da una parte in causa<sup>34</sup>.

## 5. I persistenti dubbi del Consiglio di Stato sui rischi della “pan-ermeneutica” europea

La giurisprudenza della Corte di giustizia sul c.d. “atto chiaro” ribadisce che, al fine di escludere ogni ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione di interpretazione del diritto UE e, pertanto, al

---

<sup>30</sup> Sulla funzionalizzazione dell'autonomia processuale, L. DE LUCIA, *Amministrazione europea e tutela giurisdizionale*, in ASTRID, *Lo Spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M.P. CHITI E A. NATALINI, Bologna, 2011; S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale*, cit., 191, in termini di “autonomia processuale condizionata”. Sulla tensione tra i principi di effettività ed autonomia processuale e procedurale, F. BECKER, *Application of Community Law by Member States' Public Authorities: Between Autonomy and Effectiveness*, in *Common Market Law Review*, 2007, 1044 ss.

<sup>31</sup> CGUE, Sez. IV, 18 luglio 2013, causa C-136/12, punto 29; in precedenza sentenze 14 aprile 2011, Vlaamse Dierenartsenvereniging e Janssens, C-42/10, C-45/10 e C-57/10, Racc. pag. I-2975, punto 43, nonché 21 dicembre 2011, Danske Svineproducenter, C-316/10, Racc. pag. I-13721, punto 32.

<sup>32</sup> Cfr. già CGUE, sentenza 21 luglio 2011, *Kelly*, C-104/10, Racc. pag. I-6813, punto 65.

<sup>33</sup> CGUE, Sez. IV, 18 luglio 2013, causa C 136/12, cit., punto 32; CGUE sentenza 16 dicembre 2008, *Cartesio*, C-210/06, Racc. pag. I-9641, punti 93, 94 e 98.

<sup>34</sup> CGUE, Sez. IV, 18 luglio 2013, causa C 136/12, cit., punto 34.

fine di escludere la necessità del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, “il giudice nazionale di ultima istanza deve maturare il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe anche ai giudici degli altri Stati membri ed alla Corte. Solo in presenza di tali condizioni, il giudice nazionale può astenersi dal sottoporre la questione alla Corte risolvendola sotto la propria responsabilità”<sup>35</sup>; con la precisazione, da un lato, che “il giudice nazionale, le cui decisioni non siano più soggette a ricorso giurisdizionale, è tenuto a rivolgersi alla Corte in via pregiudiziale in presenza del minimo dubbio riguardo all’interpretazione o alla corretta applicazione del diritto dell’Unione”<sup>36</sup>; dall’altro, che “l’assenza di dubbi in tal senso necessita di prova circostanziata”<sup>37</sup>.

Il Consiglio di Stato ritiene che le condizioni poste dalla Corte di Giustizia per escludere l’obbligo di rinvio pregiudiziale gravante sul giudice di ultima istanza risultino di difficile accertamento “nella parte in cui fanno riferimento alla necessità che il giudice precedente, certo dell’interpretazione e dell’applicazione da dare al diritto unionale rilevante per la soluzione della controversia nazionale, provi in maniera circostanziata che la medesima evidenza si imponga anche presso i giudici degli altri Stati membri e la Corte”<sup>38</sup>.

Il giudice amministrativo sottolinea la “soggettività dell’attività interpretativa” nella ricostruzione del significato precettivo da assegnare alle norme giuridiche che, per quanto possa essere limitata, non risulta in radice eliminabile; sicché appare arduo, se non impossibile, escludere nel caso concreto ogni “minimo dubbio” in ordine all’eventualità che altro giudice nazionale appartenente ad uno Stato membro o la stessa Corte di Giustizia decida la medesima questione pregiudiziale in maniera, anche soltanto in parte, divergente da quanto ritenuto dal giudice nazionale precedente.

La prova circostanziata della carenza di dubbio trasmoderebbe in una *probatio diabolica*, con conseguente obbligo di rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, ogni qual volta la questione interpretativa posta nel giudizio nazionale, rilevante ai fini della soluzione della controversia, non sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale.

In tal senso il Consiglio di Stato ha nuovamente investito la Corte di Giustizia per ottenere chiarimenti sulla formulazione “tale da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata”, nell’ambito della stretta cooperazione tra la Corte e i giudici degli Stati membri alla base del procedimento pregiudiziale, secondo le stesse Raccomandazioni offerte dalla Corte di Giustizia<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> CGUE, sentenza 28 luglio 2016, in causa C-379/15, *Association France Nature Environnement*, punto 48.

<sup>36</sup> CGUE, sentenza 28 luglio 2016, in causa C-379/15, cit., punto 51.

<sup>37</sup> CGUE, sentenza 28 luglio 2016, in causa C-379/15, cit., punto 52.

<sup>38</sup> Cons. Stato, Sez. VI, ord. 9 luglio-24 settembre 2020, n. 5588 (Presidente Montedoro-Estensore De Luca), punto 59.

<sup>39</sup> CGUE, Raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale, 2018/C 257/01, poi 2019/C 380/01, spec. punto 2.



Per escludere ogni ragionevole dubbio da dare alla questione sollevata e, quindi, per ritenere derogato l'obbligo di rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* gravante sul giudice di ultima istanza, il Consiglio di Stato ha chiesto di chiarire se “il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe anche ai giudici degli altri Stati membri ed alla Corte di Giustizia”:

a) debba essere accertato in senso soggettivo, motivando in ordine alla possibile interpretazione suscettibile di essere data alla medesima questione dai giudici degli altri Stati membri e dalla Corte di Giustizia ove investiti di identica questione; ovvero

b) come ritenuto dallo stesso Consiglio di Stato, al fine di evitare una *probatio diabolica* e consentire la concreta attuazione delle circostanze derogatorie all'obbligo di rinvio pregiudiziale indicate da codesta Corte di Giustizia, se sia sufficiente accertare la manifesta infondatezza della questione pregiudiziale (di interpretazione e corretta applicazione della disposizione europea rilevante nel caso concreto) sollevata nell'ambito del giudizio nazionale, escludendo la sussistenza di ragionevoli dubbi al riguardo, tenuto conto, sul piano meramente oggettivo - senza un'indagine sul concreto atteggiamento interpretativo che potrebbero tenere distinti organi giurisdizionali - della terminologia e del significato propri del diritto unionale attribuibili alle parole componenti la disposizione europea (rilevante nel caso di specie), del contesto normativo europeo in cui la stessa è inserita e degli obiettivi di tutela sottesi alla sua previsione, considerando lo stadio di evoluzione del diritto europeo al momento in cui va data applicazione alla disposizione rilevante nell'ambito del giudizio nazionale<sup>40</sup>.

È quindi la stessa VI Sezione del Consiglio di Stato, che già aveva richiesto il conforto interpretativo del giudice sovranazionale circa i presupposti di obbligatorietà del rinvio, che ritorna sul tema, invocando la sufficienza di un'operazione ermeneutica condotta a livello nazionale, scevra da “un'indagine sul concreto atteggiamento interpretativo che potrebbero tenere distinti organi giurisdizionali”.

## **6. La motivazione della rimessione e la leale collaborazione tra giudici**

Già prima della risposta del Giudice dell'Unione europea ai quesiti formulati sul primo “meta-rinvio”, la Sez. V del Consiglio di Stato aveva recisamente negato la sussistenza dell'obbligo di rimettere alla Corte di giustizia la questione di interpretazione di una norma comunitaria quando questa non sia ritenuta rilevante ai fini della decisione o quando ritenga di essere in presenza di un *acte claire* che, in ragione dell'esistenza di precedenti pronunce della Corte ovvero dell'evidenza dell'interpretazione, rende inutile (o non obbligato) il rinvio pregiudiziale<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Cons. Stato, Sez. VI, ord. 9 luglio-24 settembre 2020, n. 5588, cit. punto 63.

<sup>41</sup> Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2012, n. 3474. In tale occasione l'appellante aveva presentato istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, affinché fosse verificata la conformità all'art. 1 della direttiva comunitaria 18/2004 ed ai principi in materia di partenariato pubblico privato di un rapporto di concessione mediante *project financing* nel quale,

Anche in tal caso, tuttavia, così come nella giurisprudenza richiamata, il Giudice amministrativo ha potuto valutare l'irrilevanza della questione posta perché inconferente rispetto al *thema decidendum*, ma non ha toccato il profilo dell'utilizzo del rinvio pregiudiziale alla stregua di motivo di ricorso e del relativo trattamento processuale.

In un caso, infatti, difettavano i presupposti per sollevare una questione per rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia in relazione alla compatibilità con il trattato istitutivo delle misure censurate, non venendo nella specie in rilievo una questione relativa all'interpretazione e all'applicazione del diritto comunitario primario e derivato<sup>42</sup>; in altro caso il diniego di rinvio è stato ricondotto alla “chiarezza, univocità ed evidenza della corretta applicazione del diritto comunitario”, tale da non dare adito a nessun ragionevole dubbio interpretativo sulla soluzione da dare alla questione processuale sollevata<sup>43</sup>; così come nel caso dell'insussistenza di dubbi interpretativi sull'applicazione del Trattato e laddove i principi, univoci nella loro portata vincolante per gli Stati membri, risultino rispettati<sup>44</sup>.

Da ultimo, confortato dalla giurisprudenza europea, il Consiglio di Stato ha escluso la sussistenza di un diritto incondizionato dei singoli cittadini a vedere sempre sollevata una questione pregiudiziale interpretativa da parte di una Corte suprema<sup>45</sup>.

Alle medesime conclusioni è pervenuta la Corte europea dei diritti dell'uomo che, negata la sussistenza di tale diritto incondizionato dei singoli cittadini a vedere sollevata una questione pregiudiziale

---

ferma restando l'assunzione da parte del concessionario del rischio di costruzione e del rischio di disponibilità, il rischio di domanda è assunto dal soggetto pubblico, ed altresì se potesse ritenersi conforme al principio dell'equilibrio economico e finanziario caratterizzante l'istituto concessorio e più in generale quello del partenariato pubblico privato una previsione nazionale che precluda la revisione del piano economico finanziario ai fini del ripristino delle condizioni di equilibrio, nel caso in cui le variazioni alle condizioni ed ai presupposti di base della concessione dipendano da una riduzione della domanda rispetto all'offerta prevista nel progetto originario, allorché il soggetto pubblico abbia assunto su di sé il rischio di domanda. Il Consiglio di Stato ha ritenuto manifestamente irrilevanti i quesiti posti, in quanto eludono la questione principale della controversia, ossia se è possibile omettere le procedure concorrenziali per l'affidamento di una concessione di lavori pubblici al fine di consentire al precedente concessionario di recuperare le perdite o i mancati guadagni. Quesito di agevole soluzione allorché si interpretino le norme del codice dei contratti pubblici che vengono in rilievo alla luce dei principi comunitari.

<sup>42</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4388, in *giustizia-amministrativa*, che ha escluso che la fissazione del particolare regime normativo di cui ai commi 16 e 17 dell'art. 81 d.l. n. 112 del 2008 abbia istituito un regime configurabile come aiuto di Stato ai sensi degli art. 107 e 108, t.f.u.e., per l'effetto venendo meno il presupposto del rinvio pregiudiziale.

<sup>43</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3655, in *giustizia-amministrativa*, relativo alla mancata dichiarazione del possesso dei requisiti per la gara che comporta l'inammissibilità del ricorso, sull'interesse all'aggiudicazione dell'appalto che esclude quello alla sua rinnovazione; sulla sufficienza della dimostrata lesione della libera concorrenza per integrare la legittimazione al ricorso.

<sup>44</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3642, in *giustizia-amministrativa*, sulla questione relativa all'interpretazione del d.lgs. n. 157 del 1995, nella parte in cui introduceva misure limitative dell'accesso alle procedure d'appalto, laddove non sussistevano dubbi interpretativi sulla portata dei principi comunitari ispiratori e, dunque, sulla portata delle disposizioni applicative.

<sup>45</sup> Cons. Stato, Sez. V, sentenza 23 ottobre 2013, n. 5131, in *giustizia-amministrativa*, che ha ritenuto pacifico che la prospettata questione di rinvio pregiudiziale fosse stata già esaminata e risolta dalla Corte di giustizia (sez. VI, 12 febbraio 2004, C-230/02) nel senso che l'impresa che non partecipa alla gara non può in nessun caso contestare l'aggiudicazione in favore di ditte terze.

interpretativa da parte di una corte suprema, ha escluso la conseguente responsabilità omissiva dello Stato membro ai sensi dell'art. 6, § 1, CEDU fatte salve limitate eccezioni riferibili ad una errata valutazione della effettiva rilevanza della questione<sup>46</sup>.

Anche la Corte di Giustizia ha mutato sensibilità riguardo all'ammissibilità dei rinvii pregiudiziali non adeguatamente motivati, come ricordato nelle conclusioni dell'Avvocato generale riferite a domande formulate da un giudice amministrativo italiano di primo grado<sup>47</sup>.

Le critiche riguardano il pregresso "atteggiamento generoso" della Corte nel valutare l'ammissibilità delle domande, che induce a chiedere se la Corte "non debba ora adottare un approccio più rigoroso al riguardo". Il significativo ampliamento della giurisdizione della Corte per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, insieme all'allargamento dell'Unione europea nell'ultimo decennio, potrebbe avere un impatto importante sulla capacità della Corte di trattare le cause con la dovuta celerità, pur mantenendo inalterata la qualità delle decisioni<sup>48</sup>.

Nel caso di specie il giudice rimettente non aveva motivato la rilevanza delle questioni pregiudiziali<sup>49</sup>, sicché l'Avvocato generale suggeriva, in mancanza di qualsiasi "spiegazione in merito agli aspetti cruciali della controversia", che la correlata questione pregiudiziale sottoposta dal TAR Sicilia dovesse essere dichiarata inammissibile, ove l'ordinanza di rinvio fosse in contrasto con l'art. 94 del regolamento di procedura della Corte di Giustizia.

Sono frequenti le ordinanze di rinvio immotivate riguardo alla rilevanza delle disposizioni europee ai fini del giudizio di rinvio e le ipotesi in cui, al contrario, i giudici dubitano della compatibilità di disposizioni normative nazionali con il diritto dell'Unione, senza tuttavia individuare alcuna specifica disposizione dell'UE quale parametro del sindacato di rilevanza.

---

<sup>46</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, 8 marzo 2012, nn. 3989/97 e 38353/07.

<sup>47</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Nils Wahl presentate il 12 marzo 2015, Causa C-497/12, Davide Gullotta Farmacia di Gullotta Davide & C. Sas Contro Ministero della Salute, Azienda Sanitaria Provinciale di Catania.

<sup>48</sup> Cfr. le conclusioni dello stesso Avv. Generale nella causa Venturini e a. [da C-159/12 a C-161/12, EU:C:2013:529, paragrafi da 22 a 25.

<sup>49</sup> Conclusioni Avv. Gen. in Causa C-497/12, cit., par. 68: "L'ordinanza di rinvio non spiega, neppure in termini generali, perché il giudice del rinvio ritenga che l'interpretazione dell'articolo 15 della Carta sia necessaria al fine di dirimere la controversia dinanzi ad esso pendente. Il giudice nazionale afferma unicamente di nutrire dubbi circa la piena applicabilità dei principi derivanti dalla suddetta disposizione alla professione di farmacista anche se la professione in parola è stata assoggettata a una serie di obblighi di interesse generale" e par. 73: "Alla luce di siffatto contesto, ci si attenderebbe di rinvenire nell'ordinanza di rinvio qualche spiegazione delle ragioni per le quali il giudice del rinvio ha ritenuto che la normativa nazionale controversa non bilanciasse correttamente i suddetti due diritti fondamentali o delle ragioni per le quali essa non rispettava l'essenza del diritto sancito nell'articolo 15 della Carta". Cfr. anche par. 79: "Anche rispetto alla terza questione devo esprimere i miei dubbi circa la sua ammissibilità. Ancora una volta, l'ordinanza di rinvio non contiene alcuna spiegazione delle ragioni per le quali il giudice del rinvio reputa detta normativa non in linea con gli articoli 102 e 106 TFUE".

L'atteggiamento più rigoroso assunto dalla Corte di Giustizia si fonda sull'art. 19, par. 1, TUE, che designa come custodi del rispetto dell'ordinamento giuridico e del sistema giurisdizionale dell'UE sia la Corte sia gli organi giurisdizionali degli Stati membri.

Il principio di leale collaborazione giudiziaria deve operare quindi in maniera reciproca: se il giudice nazionale è *dominus* della valutazione della rilevanza della questione pregiudiziale, deve anche essere consapevole dei limiti che i Trattati pongono all'attività della Corte di Giustizia<sup>50</sup>.

In tali termini il sindacato di rilevanza che il giudice amministrativo ha recuperato anche in ultimo grado di giudizio su questioni poste dalle parti, impone maggiore attenzione nella formulazione dei quesiti alla Corte di Giustizia, in ragione del crescente rigore selettivo che essa utilizza per ammettere i rinvii pregiudiziali.

## 7. Rinvii pregiudiziali “distorsivi” rispetto all’ordinamento nazionale

Sono infine da segnalare alcuni rinvii pregiudiziali che mirano ad alterare il fisiologico svolgersi dei meccanismi interni di giustizia amministrativa, fino a estendersi indebitamente a sindacare disposizioni costituzionali.

### 7.1. Rinvio accelerato del T.a.r. in sede di ottemperanza per “disapplicare” il giudicato del Consiglio di Stato

In un caso la questione pregiudiziale è stata sollevata nell'ambito del giudizio di ottemperanza relativo alla sentenza di primo grado, sulla quale è sopravvenuto il giudicato (di annullamento) del Consiglio di Stato<sup>51</sup>.

La giurisprudenza europea ha rimesso al giudice nazionale la scelta della fase processuale nella quale sottoporre alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale<sup>52</sup>: il giudice amministrativo di primo grado, nonostante un'interpretazione differente offerta dal giudice di seconda istanza in sede cautelare, può così decidere di sospendere il procedimento avanti a sé pendente per rimettere alla Corte di giustizia la questione interpretativa, ancorché non vi sia obbligato<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Sul principio di leale collaborazione, cfr. le sentenze *The Chartered Institute of Patent Attorneys* (C-307/10, EU:C:2012:361, punto 31) e *Danske Slagterier* (C-445/06, EU:C:2009:178, punto 65). Cfr. anche sentenza *Meilicke* (C-83/91, EU:C:1992:332, punto 22), sentenze *Kamberaj* (C-571/10, EU:C:2012:233, punto 41); *Zurita García e Choque Cabrera* (C-261/08 e C-348/08, EU:C:2009:648, punto 36), e *Schneider* (C-380/01, EU:C:2004:73, punto 23).

<sup>51</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, ord. 15 gennaio 2013, n. 123, in *www.giustizia-amministrativa.it*, con commento di S. FOÀ, *Rinvio pregiudiziale accelerato del T.A.R. per “disapplicare” il giudicato del Consiglio di Stato*, in *Giur. It.*, 2013, n. 6, 1432.

<sup>52</sup> S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale*, cit., 140 ss.; CGUE 30 marzo 2000, causa C-236/98, *JämO*, *Racc.* pag. I-2189, punto 30, nonché 17 luglio 2008, causa C-303/06, *Coleman*, punto 29.

<sup>53</sup> CGUE (Prima Sezione), sentenza 6 dicembre 2007, procedimenti riuniti C-463/04 e C-464/04, *Federconsumatori, Adiconsum et al.* (C-463/04); *Associazione Azionariato Diffuso dell'AEM SpA et al.* (C-464/04).

Nel caso richiamato, il T.a.r. rimettente chiede la disapplicazione del sopravvenuto giudicato, invocando a sostegno alcuni noti precedenti della Corte di Giustizia. In primo luogo l'obbligo di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte di Giustizia<sup>54</sup>.

In sintesi, qualora un provvedimento amministrativo, ritenuto legittimo da una sentenza definitiva del giudice nazionale, si riveli configgente con l'interpretazione della previsione del diritto dell'Unione Europea pertinente fornita successivamente dalla Corte di giustizia, tale provvedimento dovrà essere rivalutato dagli organi amministrativi statali anche a costo di incidere sul principio di certezza del diritto. L'argomentazione richiama le questioni sorte sull'ammissibilità dell'esercizio di poteri di autotutela a fronte di un giudicato formatosi a seguito di sentenza di rigetto del giudice amministrativo; problema non univocamente risolto dalla giurisprudenza nazionale, nella quale residuano ancora dubbi sulla stessa configurabilità del giudicato sostanziale in tali casi<sup>55</sup>.

Secondo la Corte di giustizia ai fini del "diritto all'autotutela" non occorre che le parti debbano aver sollevato dinanzi al giudice nazionale la questione di diritto europeo correlata alla sopravvenuta interpretazione: è sufficiente che la questione di diritto dell'Unione europea, la cui interpretazione si è rivelata erronea alla luce di una sentenza successiva della Corte, sia stata esaminata dal giudice nazionale che statuisce in ultima istanza, oppure che essa "avrebbe potuto essere sollevata d'ufficio da quest'ultimo". Il c.d. diritto al riesame di un provvedimento amministrativo definitivo viene quindi configurato secondo una ricostruzione del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, per effetto della quale il ricorrente, nella causa principale, non deve aver necessariamente invocato argomenti di diritto dell'Unione europea a sostegno delle censure proposte avverso il provvedimento amministrativo.

A sostegno del rinvio pregiudiziale richiesto, il T.a.r. rimettente invoca anche le pronunce della Corte di Giustizia che hanno rilevato l'anticomunitarietà dell'art. 2909 cod. civ., volto a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva. Pertanto, per effetto del

---

<sup>54</sup> L'obbligo sussiste qualora ricorrano le seguenti circostanze: l'amministrazione disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di riesaminare tale decisione; la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 267, par. 3, TFUE; l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza. In tal senso CGUE, sentenza 13 gennaio 2004, C-453/00, Kühne & Heitz, in Racc. 2004, p. I-837; CGUE 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Willy Kempter KG e Hauptzollamt Hamburg-Jonas*.

<sup>55</sup> C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005; A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 912 ss.

primato del diritto UE, la norma nazionale che riconosce la forza di *res iudicata* alla sentenza in questione deve essere disapplicata dal giudice del rinvio<sup>56</sup>. Tale orientamento è stato ribadito dalla Corte di Giustizia in materia tributaria, fuori dal tema degli aiuti di Stato, in risposta ad un rinvio pregiudiziale della Cassazione italiana relativo al superamento del c.d. “principio della frammentazione dei giudicati”<sup>57</sup>.

In forza di tali precedenti, il T.a.r. rimettente chiede alla Corte di giustizia l’applicazione del procedimento accelerato ai sensi dell’art. 105, par. 1 del relativo regolamento di procedura<sup>58</sup>: a sostegno della richiesta sono invocate le sentenze della Corte, richiamate in motivazione, adottate “per vicende analoghe a quella oggetto del (presente) rinvio”.

Secondo il giudice rimettente la “natura” della causa e le correlate esigenze di rapido trattamento discenderebbero dalla stessa giurisprudenza del giudice europeo, dalla quale si evincerebbe un principio di diritto applicabile anche al caso controverso.

Non constano precedenti specifici sul procedimento pregiudiziale accelerato riferito alla giustizia amministrativa, ma possono assumere rilevanza due recenti casi in cui la Corte di giustizia ha rigettato le domanda di trattazione accelerata di questioni pregiudiziali poste da giudici ordinari<sup>59</sup>. In entrambi i casi, con motivazione identica, il presidente della Corte ha ritenuto che il giudice del rinvio non avesse dimostrato l’urgenza di decidere la controversia.

Con l’evidente fine di limitare un abuso del rinvio accelerato, la Corte di Giustizia ha finora interpretato in modo restrittivo la sussistenza dei presupposti genericamente previsti dal proprio regolamento di procedura: né il rischio di perdite economiche, né il carattere economico o socialmente rilevante della causa principale integrano *ex se* l’urgenza straordinaria richiesta dalla norma<sup>60</sup>. Anche il numero rilevante

---

<sup>56</sup> CGUE, 8 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, in *Racc.* p. I-6199 G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2008, 515 s., afferma che la disapplicazione dell’art. 2909 cod. civ. costituisce un risultato « umiliante quanto abnorme » atteso che il nostro regime dell’atto amministrativo è del tutto conforme ai principi comunitari dell’equivalenza e dell’effettività.

<sup>57</sup> CGUE, Sez. II, 3 settembre 2009, C-2/08, *Fallimento Olimpiclub S.r.l.*

<sup>58</sup> A mente del quale: “Su domanda del giudice del rinvio o, in via eccezionale, d’ufficio, quando la natura della causa richiede un suo rapido trattamento, il presidente della Corte, sentiti il giudice relatore e l’avvocato generale, può decidere di sottoporre un rinvio pregiudiziale a procedimento accelerato, in deroga alle disposizioni del presente regolamento”.

<sup>59</sup> Ordinanza del Presidente della Corte di giustizia 1 ottobre 2010, *Affatato*, C-3/10, in *Racc.* 2010 I-121, su rinvio del Tribunale di Rossano: “Il giudice del rinvio, ritenendo che dette questioni richiedessero una risposta urgente da parte della Corte in considerazione, in particolare, del fatto che il diritto del lavoro mal si concilia con tempi lunghi di giudizio e della circostanza che un gran numero di controversie identiche sono pendenti dinanzi ai giudici nazionali, ha chiesto alla Corte di sottoporre questo rinvio pregiudiziale a procedimento accelerato, in applicazione dell’art. 104 bis, primo comma, del regolamento di procedura. (...) Il presidente della Corte ha respinto tale richiesta con ordinanza 16 marzo 2010, ritenendo non soddisfatte le condizioni previste da detto art. 104 bis, primo comma” (oggi art. 105 del nuovo regolamento di procedura della Corte di Giustizia). Riporta la stessa motivazione anche l’ordinanza del Presidente della Corte di giustizia 16 marzo 2010, *Vino*, C-20/10, in *Racc.* 2010 I-148, su rinvio del Tribunale di Trani.

<sup>60</sup> Ordinanze del Presidente della Corte 18 marzo 2005, causa C-11/05, *Friesland Coberco Dairy Foods*, punti 11 e 12; 23 gennaio 2007, causa C-467/06, *Consel Gi. Emme*, punto 8; 3 luglio 2008, causa C 201/08, *Plantanol*, punto 9, e 4 dicembre 2008, causa C-384/08, *Attanasio Group*, punto 11. Ordinanze del Presidente della Corte 24 settembre 2004, causa C-



di persone o situazioni giuridiche potenzialmente interessate dalla decisione che il giudice del rinvio dovrà adottare dopo aver adito la Corte in via pregiudiziale non può costituire, come tale, una circostanza eccezionale tale da giustificare il ricorso ad un procedimento accelerato<sup>61</sup>.

Anche le richiamate Raccomandazioni della Corte di giustizia ai giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale invitano ad un ricorso parsimonioso all'istituto, atteso che tale procedimento “impone vincoli rilevanti a tutti i partecipanti al medesimo e, in particolare, al complesso degli Stati membri invitati a presentare osservazioni, scritte o orali, in termini molto più brevi di quelli ordinari”, sicché la sua applicazione dev'essere richiesta “solo in circostanze particolari, che giustificano una rapida pronuncia della Corte sulle questioni proposte”<sup>62</sup>.

Proprio perché le informazioni fornite nelle decisioni di rinvio pregiudiziale devono consentire ai governi degli Stati membri nonché alle altre parti interessate di presentare osservazioni ai sensi dell'art. 20 dello Statuto, la Corte deve provvedere affinché tale possibilità sia salvaguardata, tenuto conto del fatto che, a norma della disposizione citata, alle parti interessate vengono notificate solo le decisioni di rinvio. Quindi, è indispensabile che il giudice nazionale che solleva la questione fornisca un minimo di spiegazioni sulle ragioni della scelta delle norme [dell'UE] di cui chiede l'interpretazione e sul rapporto che egli ritiene esista fra tali disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia.

Nel caso di specie, il giudice rimettente ha proposto e motivato la soluzione giuridica da fornire alle questioni pregiudiziali sollevate e si è espresso anche sulle ragioni della scelta delle disposizioni del diritto dell'Unione Europea di cui ha chiesto l'interpretazione e sul rapporto ritenuto sussistente fra tali disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia.

Debole pare invece l'apparato motivazionale riguardo alle ragioni d'urgenza addotte a sostegno della richiesta del rito speciale, che discenderebbero da precedenti pronunce della Corte di giustizia. Se è vero che tali pronunce sono accomunate da una lettura “sostanziale” di alcuni istituti rilevanti in materia di contratti pubblici, è altresì vero che non si può desumere dalle stesse un principio di diritto che imponga *ipso jure* l'interpretazione suggerita dal richiedente. La vicenda controversa richiede peraltro una motivazione “rafforzata” sulla rilevanza della questione pregiudiziale, dovendo superare il giudicato del Consiglio di Stato, che si è espresso ritenendo integrata in maniera “plateale” una causa tassativa di

---

344/04, *LATA e ELFAA*, punto 9; 15 novembre 2005, causa C-341/05, *Laval un Partneri*, punti 8 10; 8 novembre 2007, causa C-456/07, *Mihal*, punto 8, e 19 ottobre 2009, causa C-310/09, *Acor*, punto 10.

<sup>61</sup> Ordinanze del Presidente della Corte 21 settembre 2006, cause riunite C-283/06 e C-312/06, *KÖGAZ e a.*, punto 9; *Plantanol*, cit., punto 10; 3 dicembre 2008, cause riunite C-403/08 e C-429/08, *Football Association Premier League e a. e Murphy*, punto 9, nonché 23 ottobre 2009, causa C-240/09, *Lesoochbranárske zoskupenie*, punto 11.

<sup>62</sup> “Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale” (2019/C 380/01), cit., punti 33 ss.

esclusione, senza sollevare alcun dubbio sulla conformità di tale conseguenza rispetto alla fonte normativa dell'UE.

È noto del resto che il sindacato della Corte di Giustizia è anche di tipo fattuale, ripetendo essa la delibazione già effettuata dai giudici amministrativi nazionali e valutando il comportamento complessivo dell'Amministrazione: si pensi alla asserita contrarietà al diritto dell'Unione europea di un atto amministrativo precedente ravvisata nel corso di una procedura di gara, con riferimento al quale la Corte di Giustizia ha esaminato la clausola all'origine della controversia e la relativa pubblicazione, le riserve in ordine alla legittimità della clausola comunicate dalla ricorrente all'autorità aggiudicatrice, la reazione di quest'ultima rinviando l'apertura delle offerte e richiedendo alle imprese interessate di trasmettere una documentazione completa<sup>63</sup>.

Se la Corte deve dunque effettuare una ricostruzione della vicenda fattuale, nel caso prospettato, vertente sull'interpretazione della clausole di esclusione dalla gara e sull'ambito consentito dell'integrazione documentale, la stessa Corte dovrebbe essere chiamata a valutare il contenuto del disciplinare di gara, la documentazione presentata dall'impresa ricorrente, le successive dichiarazioni riguardanti il direttore tecnico, al fine di comprendere se dalla vicenda complessiva derivi una correzione formale o una integrazione sostanziale dei documenti presentati entro il termine decadenziale. Tale delibazione fattuale dovrebbe poi essere rapportata al giudizio in diritto, comportando la valutazione in ordine al corretto, o meno, recepimento della disciplina sovranazionale ad opera del diritto interno, nella sua applicazione al caso controverso.

Proprio perché le precedenti pronunce della Corte di Giustizia invocate dal rimettente non consentono un'immediata soluzione della questione interpretativa, la rimessione non pare consentire l'accesso al rito accelerato, in difetto di una motivazione rafforzata sulle invocate ragioni d'urgenza, specie a fronte di un giudicato contrario del Consiglio di Stato, giudice di ultima istanza.

Ed invece la Corte di Giustizia ha ritenuto ammissibile il rinvio pregiudiziale, ricordando che una norma di diritto nazionale, ai sensi della quale gli organi giurisdizionali non di ultima istanza siano vincolati da valutazioni formulate dall'organo giurisdizionale superiore, non può privare detti primi organi giurisdizionali della facoltà di sottoporle questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione, relative a dette valutazioni<sup>64</sup>. La Corte ha infatti considerato che il giudice che non decide in ultima istanza dev'essere libero, se esso ritiene che la valutazione in diritto formulata dal giudice di grado superiore possa condurlo ad emettere un giudizio contrario al diritto dell'Unione, di sottoporre alla Corte le

---

<sup>63</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Siegbert Alber presentate il 7 febbraio 2002, Causa C-327/00, *Santex SpA c. Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, par. 101.

<sup>64</sup> CGUE, Sez. X, causa C-42/13, *Cartiera dell'Adda SpA contro CEM Ambiente SpA*, sentenza 6 novembre 2014, punto 27.

questioni con cui deve confrontarsi<sup>65</sup>. Ne consegue che la sentenza del Consiglio di Stato, quand'anche abbia l'autorità di cosa giudicata secondo il diritto nazionale, non può impedire al giudice del rinvio di deferire alla Corte questioni pregiudiziali, se questi ritiene che tale sentenza possa essere contraria al diritto dell'Unione<sup>66</sup>.

## **7.2. I dubbi delle singole sezioni verso la nomofilachia dell'Adunanza Plenaria e la conformità al diritto UE del principio di diritto**

In altro caso il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione Sicilia ha rimesso alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale se, limitatamente alle questioni suscettibili di essere decise mediante l'applicazione del diritto dell'Unione europea, osti con l'interpretazione di detto diritto e, segnatamente con l'art. 267 TFUE, l'art. 99, comma 3, c.p.a., laddove stabilisce la vincolatività, per tutte le Sezioni e i Collegi del Consiglio di Stato, di ogni principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, nei casi in cui questi, investiti della trattazione della causa, dubitino della conformità o compatibilità con il diritto dell'Unione europea di un principio di diritto già enunciato dall'Adunanza plenaria e pertanto siano tenuti a rimettere a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso, in ipotesi ancor prima di poter effettuare un rinvio pregiudiziale alla CGUE per la corretta interpretazione del diritto controverso, ovvero se invece la Sezione o il Collegio del Consiglio di Stato possano, o piuttosto debbano, in quanto giudici nazionali di ultima istanza, sollevare autonomamente, una questione pregiudiziale alla CGUE per la corretta interpretazione del diritto dell'Unione Europea<sup>67</sup>.

La Corte di Giustizia è stata anche investita della questione pregiudiziale se, qualora ogni Sezione e Collegio del Consiglio di Stato possa sollevare direttamente questioni pregiudiziali davanti alla CGUE ovvero, in ogni caso in cui la CGUE si sia comunque espressa, viepiù se successivamente all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, affermando la sussistenza di una difformità, o di una non completa conformità, tra la corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea e il principio di diritto interno enunciato dall'Adunanza plenaria - ogni Sezione e ogni Collegio del Consiglio di Stato, quali giudici comuni di ultima istanza del diritto dell'Unione europea possano o debbano dare immediata applicazione alla corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea per come interpretato dalla CGUE o se,

<sup>65</sup> CGUE, Sez. X, causa C-42/13, cit. e ivi richiami alle sentenze *Elchinov*, C-173/09, EU:C:2010:581, punti 25 e 27, nonché *Interedil*, C-396/09, EU:C:2011:671, punto 35.

<sup>66</sup> CGUE, Sez. X, causa C-42/13, cit., punto 28.

<sup>67</sup> Cons. giust. amm. Sic., Sez. giur., ord. 17 ottobre 2013 n. 848, con nota di P. QUINTO, *La nomofilachia della CGUE e dell'Adunanza Plenaria: collaborazione o concorrenza?*, in *Urb. e app.*, 2014, 328 ss. Cfr. anche A. CALDARERA, *Il principio dello stare decisis e la funzione nomofilatica dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Judicium.it*, 2015, 1 ss.; C. SCHEPISI, *Consiglio di Stato, "giudicato interno" e rinvio pregiudiziale: ancora sui rapporti tra sezioni e adunanza plenaria*, in *dirittounione.europa.ec*, 2017, 1 ss.; E. ANDREIS, *La nomofilachia del giudice amministrativo tra Italia e Spagna: il paradigma dell'"interesse alla formazione della giurisprudenza"*, in *Federalismi*, n. 9/2019.

invece, anche in tali casi siano tenuti a rimettere, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso all'Adunanza plenaria, con l'effetto di demandare all'esclusiva valutazione di quest'ultima, e alla sua discrezionalità giurisdizionale, l'applicazione del diritto dell'Unione europea, già vincolativamente dichiarato dalla CGUE.

Infine è stata rimessa alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale concernente la compatibilità con il diritto dell'Unione europea di un sistema processuale che rimanda all'esclusiva valutazione della Adunanza Plenaria l'eventuale decisione in ordine ad un rinvio pregiudiziale, risultando più difficoltosa la corretta applicazione dei principi di ragionevole durata del giudizio e di rapida proposizione di un ricorso in materia di appalti, riguardo l'esigenza che il diritto dell'Unione Europea riceva attuazione immediata da ogni giudice di ciascuno Stato membro, in maniera conforme alla interpretazione stabilita dalla CGUE, anche ai fini della massima estensione dei principi del c.d. "effetto utile" e del primato del diritto dell'Unione Europea sul diritto sostanziale e processuale interno del singolo Stato membro.

La Corte di Giustizia ha censurato le disposizioni di diritto nazionale che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, impongano a una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo giurisdizionale, a rinviare la questione all'adunanza plenaria, senza poter adire la Corte di Giustizia ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale<sup>68</sup>.

Il rinvio pregiudiziale è stato infine disposto dalla singola sezione del Consiglio di Stato dopo aver investito l'Adunanza plenaria su un punto di diritto ed aver riassunto la causa per la successiva definizione della controversia<sup>69</sup>. Invero la Corte di Giustizia si era già pronunciata sui rapporti tra le sezioni del Consiglio di Stato e l'Adunanza plenaria e sulla possibilità per le prime di disporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nonostante il vincolo, *ex art. 99 cod proc. amm.*, di rispettare le statuizioni espresse sui medesimi profili dalla seconda<sup>70</sup>. Il Consiglio di Stato si interrogava «se la Sezione o il Collegio del Consiglio di Stato [...] laddove dubitino della conformità o compatibilità con il diritto dell'Unione europea di un principio di diritto già enunciato dall'adunanza plenaria, siano tenuti a rimettere a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso, [...] ovvero [...] possano, o piuttosto debbano, in quanto giudici nazionali di ultima istanza, sollevare autonomamente, quali giudici comuni del diritto dell'Unione europea, una questione pregiudiziale» (corsivo aggiunto). La Corte di giustizia si era recisamente espressa nel senso della contrarietà di una disposizione nazionale che impedisca a un organo

<sup>68</sup> CGUE (Grande Sezione) 5 aprile 2016 causa C-689/13, *Puligienica Facility Esco SpA (PFE) contro Airgest SpA*.

<sup>69</sup> Cons. Stato, Sez. VI, ord. 17 gennaio 2017, n. 167.

<sup>70</sup> CGUE, causa C-689/13, *Puligienica*, sentenza 5 aprile 2016, cit. A commento, M. MORETTI, *Continua il dialogo tra Corte di giustizia e giudice amministrativo sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale nel contenzioso appalti. Nota a Corte di giustizia, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica c. Airgest*, in *Osservatorio cost.*, n. 3/2016.

giurisdizionale di ultima istanza nazionale di effettuare un rinvio pregiudiziale e lo obblighi invece a rimettere la questione all'Adunanza plenaria di tale organo<sup>71</sup>.

Nel caso oggetto dell'ordinanza di rinvio della singola sezione, l'Adunanza plenaria era intervenuta nell'ambito del medesimo giudizio, sicché la sua statuizione assumeva forza di "giudicato interno" ai fini della soluzione della controversia. L'ordinanza di rinvio non approfondisce la questione della legittimazione a disporre il rinvio, assumendo per scontata la possibilità di discostarsi dal principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria qualora sul punto si riveli necessario, per il giudice, rivolgersi alla Corte di giustizia.

È prevedibile che la Corte di Giustizia, nel conclamato *favor* ad ammettere rinvii pregiudiziali anche laddove ostacolati da preclusioni processuali nazionali, possa ammettere la rimessione disposta dalla singola Sezione, pur dopo la pronuncia della Plenaria, allorché residuino dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione europea.

### **7.3. Rinvio della Corte di Cassazione per sindacare il giudicato del Consiglio di Stato ritenuto contrastante con il diritto UE. Inammissibile *vis expansiva***

Da ultimo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno disposto rinvio pregiudiziale sulla esatta portata da riconoscere all'art. 111 comma 8 Cost., che prevede il potere delle stesse Sezioni Unite di sindacare le sentenze rese dal Consiglio di Stato, per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

Sulla medesima questione si era pronunciata nel 2018 la Corte costituzionale la quale sembrava aver posto fine ad un dibattito sugli esatti confini del suddetto potere. Tuttavia la Corte di Cassazione a Sezioni Unite decide di interpellare sul punto la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, affinché questa intervenga in merito alla possibilità per le Sezioni Unite di utilizzare il potere attribuito loro dall'art. 111 Cost., al fine di impedire la formazione di un giudicato in contrasto col diritto dell'Unione tutte le volte in cui il Consiglio di Stato decide in violazione di principi del diritto dell'Unione europea.

Nel corso degli anni le Sezioni Unite hanno ampliato il proprio sindacato, enfatizzando la nozione di diniego di giurisdizione, alla quale sarebbero riconducibili i casi in cui il giudice amministrativo si rifiuterebbe in concreto di esercitare una giurisdizione allo stesso attribuita. Il diniego di giurisdizione sarebbe avverato, in tale accezione, ove il giudice amministrativo non esamini controversie assegnate, ad esempio accogliendo eccezioni di rito *in limine litis*<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> C. SCHEPISI, *Consiglio di Stato, 'giudicato interno' e rinvio pregiudiziale: ancora sui rapporti tra sezioni e adunanza plenaria*, in *Osservatorio europeo*, 31 maggio 2017.

<sup>72</sup> C.E. GALLO, *Il controllo della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2017; in precedenza P. PATRITO, *I "Motivi inerenti alla giurisdizione" nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli, 2016; M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato*, Padova, 2005.

La materia che ha originato il contrasto riguarda l'esclusione degli operatori economici dalle procedure di affidamento di contratti pubblici e il loro difetto di legittimazione a impugnare il provvedimento di aggiudicazione. Secondo la Cassazione tale impostazione si risolverebbe in una lesione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, e ciò in quanto la clausola “motivi inerenti alla giurisdizione” dell'art. 111 c. 8 Cost. considerando “che è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Rientra pertanto nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, la eroghi concretamente”<sup>73</sup>.

La stessa Cassazione aveva sollevato questione di legittimità costituzionale<sup>74</sup> ritenendo che, in sede di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo dei limiti esterni della giurisdizione non includesse il sindacato sulle scelte interpretative del giudice amministrativo, suscettibili di comportare meri errori in iudicando o in procedendo, “salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tali da ridondare in denegata giustizia, ed in particolare, salvo il caso, tra questi, di errore “in procedendo” costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione Europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia”<sup>75</sup>.

La Corte Costituzionale ha ritenuto inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nell'ambito di un giudizio ex art. 111, comma 8, Cost., in cui ci si duole della interpretazione accolta dal Consiglio di Stato di una norma processuale o sostanziale che impedisce

la piena conoscibilità nel merito di una domanda giudiziaria, “non rientrando siffatta censura nell'ambito del sindacato sui limiti esterni della giurisdizione; ciò in quanto tra i vizi denunciabili con il predetto rimedio sono ricomprese

<sup>73</sup> Cass. Sez. Un. Civ., ord. 18 settembre 2020, n. 19598, con riferimento alla quale sono ormai abbondanti i commenti: G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione»* (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598), in *Giustiziasieme*, 7 ottobre 2020; A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foronews (Foro It.)*, 12 ottobre 2020; A. CARRATTA-G. COSTANTINO, G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Questione Giustizia*, 19 ottobre 2020; B. CARAVITA, *Postilla a S. Barbareschi, L.A. Caruso, La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 195982*, in *Federalismi*, 4 novembre 2020; F. FRANCIOSI, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustiziasieme*, 11 novembre 2020; ID., *'Quel pasticciaccio' della questione di giurisdizione*, in *Federalismi*, 16 dicembre 2020; B. NASCIBENE-P. PIVA, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in *Giustiziasieme*, 24 novembre 2020; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustiziasieme*, 30 novembre 2020. Cfr. inoltre gli atti del convegno “Limiti esterni di giurisdizione e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE (a proposito di Cass. S. U. n. 19598 del 2018)”, Università Roma Tre, 6 novembre 2020, in *Giustiziasieme.it*.

<sup>74</sup> Cass. Sez. Un. Civ., ord. 8 aprile 2016, n. 6981.

<sup>75</sup> Cass. Sez. Un. Civ., sentenza 29 dicembre 2017, n. 31226.



*le sole ipotesi di difetto assoluto ovvero di difetto relativo di giurisdizione mentre non sono tali le questioni attinenti al rispetto dei principi di primazia del diritto comunitario, di effettività della tutela, del giusto processo e dell'unità funzionale della giurisdizione, né il sindacato sugli errores in procedendo o in iudicando*<sup>76</sup>.

Anche l'asserita violazione del diritto dell'Unione europea non integrerebbe l'ipotesi di mancato esercizio del potere giurisdizionale, fermo essendo il limite costituzionale che consente di sindacare le sentenze del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

Le SS.UU. della Cassazione hanno quindi deciso di disporre il rinvio pregiudiziale alla CGUE, chiedendo di stabilire se la prassi formatasi in Italia dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018, cit. laddove essa precluda, nelle materie oggetto di normativa comunitaria, come in materia di appalti, alla Cassazione di porre rimedio ad una violazione del diritto sovranazionale, sia conforme o meno allo stesso diritto UE<sup>77</sup>.

La decisione della Corte Costituzionale è contestata laddove preclude alla Corte di Cassazione di sindacare le sentenze del Consiglio di Stato che violino il diritto comunitario, dando luogo a giudicati contrastanti con il diritto UE. Si chiede, quindi, alla Corte di Giustizia di stabilire se quell'orientamento, dal momento che consente il consolidarsi di una violazione di diritto UE, contrasti con la primazia del diritto sovranazionale, risolvendosi in una sua violazione, tenuto conto dei limiti alla "autonomia processuale" degli Stati membri.

La Cassazione chiede inoltre alla Corte di Giustizia di censurare il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato, anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, non risulti pregiudicato dalla prassi giurisprudenziale nazionale per la quale il ricorso alle SU per i "motivi inerenti alla giurisdizione" non risulta utilizzabile come mezzo di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato che, decidendo su questioni rientranti nella competenza del diritto dell'Unione – come nel caso di specie la materia appalti – omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla CG, anche in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, da quest'ultima tassativamente indicate che esonerano il giudice nazionale dal suddetto obbligo. Dunque le SSUU chiedono se tale prassi non si ponga *in contrasto con il principio secondo cui sono incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi*

---

<sup>76</sup> Corte cost., sentenza 24 gennaio 2018, n. 6.

<sup>77</sup> L'oggetto della rimessione pare vanificare il Memorandum sottoscritto il 15 maggio 2017 dai vertici delle giurisdizioni superiori, al fine di garantire "cooperazione istituzionale e certezza delle regole, nel rispetto dell'indipendenza di ciascuna magistratura". Sul Memorandum, *ex multis*, cfr. B. CARAVITA, *Nota di presentazione al Memorandum sul dialogo tra le giurisdizioni*, in *Federalismi*, n. 11/2017; G. SEVERINI, *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrativa in Italia*, in *Federalismi*, n.14/2017; F. PATRONI GRIFFI, *Per un "dialogo tra le corti" al servizio del cittadino e non di giudici e giuristi*, in *Foro it.*, V/2018, c. 96; S. CASSESE, L. TORCHIA, *La Costituzione dei diritti e la Costituzione delle prerogative*, in *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, V/2018, c. 104 ss.; A. TRAVI, *Rapporti fra le giurisdizioni e interpretazione della Costituzione: osservazioni sul Memorandum dei presidenti delle tre giurisdizioni superiori*, *ibidem*, c. 109; A. PAJNO, *Un Memorandum virtuoso*, *ibidem*, c. 122.

*processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che prevedano una privazione, anche temporanea, della libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario, di rendere irrimediabile (e favorire il consolidamento del)1 'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare la uniforme applicazione e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione'.*

Le questioni poste involgono profili di doppia pregiudizialità (costituzionale e europea), sui quali si tornerà a breve e un'analisi sui limiti della "autonomia processuale" degli Stati membri che, tuttavia, nel caso di specie non trova sede in una fonte primaria di conformazione degli istituti di rito, ma direttamente nella Costituzione. Non potendo tuttavia utilizzare il rinvio pregiudiziale in via diretta per richiedere alla Corte di Giustizia l'interpretazione di un articolo della Costituzione di chiara formulazione, la tecnica di formulazione del rinvio assume come parametro la "prassi" instauratasi dopo la sentenza della Corte costituzionale, di inammissibilità della questione, che avrebbe quindi lasciato aperte le questioni di rilevanza sovranazionale.

## **8. Il parametro di pregiudizialità "conteso" tra Corte di Giustizia UE e Corte costituzionale. Assimilazioni forzate. La nuova frontiera: rinvio pregiudiziale per "modificare" la Costituzione in via interpretativa?**

Sulla c.d. "doppia pregiudizialità", costituzionale e europea, esiste ampia letteratura<sup>78</sup>.

È interessante tuttavia esaminare la diversa lettura data dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Giustizia UE sulla primazia, cronologica e di competenza, rivendicata dalle due Corti nel fornire la risposta alla questione giuridica formulata dal Consiglio di Stato.

Sul punto si può richiamare la rimessione del giudice amministrativo di ultima istanza alla Corte di Giustizia<sup>79</sup> sull'interpretazione degli artt. 26 (mercato interno), 49 (diritto di stabilimento), 56 (libertà di prestazione dei servizi), 63 (libertà di circolazione dei capitali), sullo stesso art. 267 (pregiudiziale comunitaria) TFUE, dell'articolo 16 (libertà d'impresa) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), nonché del principio generale della tutela del legittimo affidamento. La domanda di pronuncia pregiudiziale era stata posta nell'ambito di una controversia in merito alla determinazione dei

---

<sup>78</sup> Con specifico riferimento alla giustizia amministrativa, S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale*, cit., 243 ss. Da ultimo, A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *Consulta on line*, 13 marzo 2020; G. AMOROSO, *La doppia pregiudizialità – costituzionale ed europea – nel quadro della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2020, V, cc. 265 ss.

<sup>79</sup> Cons. Stato, Sez. IV, ordinanza 4 febbraio 2016, n. 2334.

requisiti per la gestione telematica del gioco lecito mediante apparecchi da divertimento e intrattenimento, nonché al bando di gara per l'affidamento in concessione della realizzazione e conduzione della rete per la gestione telematica del gioco lecito; e sul rapporto concessorio modificato per effetto di una successiva previsione legislativa restrittiva per lo svolgimento dell'attività dei concessionari.

Il Consiglio di Stato, prima del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale delle disposizioni di legge nazionale sopraggiunte in materia, per asserita violazione degli artt. 3, 41, primo comma, e 42, terzo comma, della Costituzione.

Il Consiglio di Stato aveva sostanzialmente individuato nelle invocate disposizioni costituzionali il parametro di legittimità delle fonti normative censurate, ritenendo le stesse disposizioni costituzionali corrispondenti al contenuto normativo di cui agli artt. 26, 49, 56 e 63 TFUE e all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. La Corte costituzionale aveva rigettato la questione, ovviamente con riferimento al parametro di costituzionalità invocato dal giudice *a quo*, ritenendo le disposizioni censurate conformi ai principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento<sup>80</sup>.

Ora, nella parte di interesse, il Consiglio di Stato ha nuovamente utilizzato il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per ottenere chiarimenti sull'obbligo di ricorrere al medesimo istituto, questa volta allorché i "parametri normativi" da interpretare siano stati già scrutinati dal giudice costituzionale. Il quesito specifico è stato così formulato: «Se l'art. 267, par. 3, del Trattato FUE possa essere interpretato nel senso che non sussiste l'obbligo incondizionato del giudice di ultima istanza di rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto europeo qualora, nel corso del medesimo giudizio, la Corte costituzionale abbia valutato la legittimità costituzionale della disciplina nazionale, nella sostanza, utilizzando gli stessi parametri normativi di cui si chiede l'interpretazione alla Corte di giustizia, ancorché formalmente diversi perché rivenienti in norme della Costituzione e non dei Trattati europei».

La Corte di giustizia ha ritenuto sussistente l'obbligo di rinvio pregiudiziale, posto che «l'articolo 267, par. 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione»<sup>81</sup>.

Secondo la Corte di giustizia "il giudice nazionale investito di una controversia concernente il diritto dell'Unione, il quale ritenga che una norma nazionale sia non soltanto contraria a tale diritto, ma anche

<sup>80</sup> Corte cost., sentenza n. 56 del 2015.

<sup>81</sup> CGUE, causa C-322/16, *Global Starred Ltd*, sentenza 20 dicembre 2017.

inficiata da vizi di costituzionalità, non è privato della facoltà o dispensato dall'obbligo, previsti dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte questioni relative all'interpretazione o alla validità del diritto dell'Unione per il fatto che la constatazione dell'incostituzionalità di una norma di diritto nazionale è subordinata ad un ricorso obbligatorio dinanzi ad una corte costituzionale. Infatti, l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa se l'esistenza di un ricorso obbligatorio dinanzi ad una Corte costituzionale potesse impedire al giudice nazionale, investito di una controversia disciplinata dal suddetto diritto, di esercitare la facoltà, attribuitagli dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte le questioni vertenti sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, al fine di permettergli di stabilire se una norma nazionale sia compatibile o no con quest'ultimo”<sup>82</sup>.

Il giudice nazionale deve quindi essere libero di sottoporre alla Corte di Giustizia, in qualsiasi fase del procedimento che reputi appropriata, ed anche al termine di un procedimento incidentale di controllo di costituzionalità, qualsiasi questione pregiudiziale che esso consideri necessaria.

Per tali ragioni l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa e l'effetto utile dell'articolo 267 TFUE risulterebbe sminuito se, a motivo dell'esistenza di un procedimento di controllo di costituzionalità, al giudice nazionale fosse impedito di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte e di dare immediatamente al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della Corte<sup>83</sup>.

Il punto centrale del ragionamento e la “avocazione” a sé della questione interpretativa è formulato nei termini che seguono: “Il fatto che la Corte costituzionale italiana si sia pronunciata sulla conformità delle disposizioni del diritto nazionale, costituenti anche l'oggetto della seconda questione pregiudiziale, alle disposizioni della Costituzione italiana che il giudice del rinvio considera, in sostanza, come le norme di riferimento corrispondenti e identiche agli articoli 26, 49, 56 e 63 TFUE e all'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali, non ha alcuna incidenza sull'obbligo, previsto dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte eventuali questioni riguardanti l'interpretazione del diritto dell'Unione»<sup>84</sup>.

Secondo tale lettura, il procedimento di legittimità costituzionale dinanzi alle Corti costituzionali nazionali non produce quindi alcun effetto preclusivo rispetto all'obbligo del rinvio pregiudiziale gravante sui

---

<sup>82</sup> CGUE, causa C-322/16, cit. punto 21 e richiami alla sentenza del 4 giugno 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, C5/14, EU:C:2015:354, punto 34 e la giurisprudenza ivi citata.

<sup>83</sup> CGUE, causa C-322/16, cit. punto 23 e richiami alla sentenza del 4 giugno 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, cit., punto 36 e la giurisprudenza ivi citata.

<sup>84</sup> CGUE, causa C-322/16, cit. punto 25.

giudici nazionali di ultima istanza e di dare immediatamente al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della Corte<sup>85</sup>.

Diverso l'atteggiamento del giudice costituzionale<sup>86</sup> che, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità delle previsioni normative aggiunte al corpo della legge n. 287 del 1990, sulla misura dei contributi dovuti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ha operato una distinzione in ragione dell'efficacia della fonte del diritto UE assunta a parametro di valutazione: ove la legge interna collida con una norma dell'Unione europea, il giudice (fallito il tentativo di interpretazione conforme) è tenuto ad applicare direttamente la disposizione dell'Unione europea dotata di effetti diretti, soddisfacendo, ad un tempo, il primato del diritto dell'Unione e il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.), dovendosi per tale intendere la disciplina del diritto che lo stesso sistema costituzionale gli impone di osservare ed applicare. Quando, invece, una disposizione di diritto interno diverge da norme dell'Unione europea prive di effetti diretti, occorre sollevare una questione di legittimità costituzionale, riservata alla esclusiva competenza della Corte costituzionale, senza delibare preventivamente i profili di compatibilità con il diritto europeo, spettando, in tali ipotesi, alla Corte costituzionale giudicare la legge, anche in riferimento ai parametri europei.

Ove la legge sia oggetto di dubbi di legittimità riferiti sia ai diritti protetti dalla Costituzione italiana sia a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, deve essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, «fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE».

I principi e i diritti enunciati nella Carta “intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)”: allorquando la violazione di un diritto della persona infranga sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione, si rende necessario un intervento *erga omnes* della Corte costituzionale, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte ricorda che il proprio giudizio sarà espresso alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (*ex artt. 11 e 117 Cost.*), “secondo l'ordine di volta in volta appropriato”, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti

---

<sup>85</sup> B. LAGEDER, *Il giudice nazionale tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea e rimessione alla Corte costituzionale, alla luce di due recenti sentenze della Corte costituzionale (sentenza 14 dicembre 2017, n. 269) e della Corte di giustizia dell'Unione europea (sentenza 20 dicembre 2017, causa C-322/16, Global Starned Ltd)*, in *Giustizia-amministrativa*, 25 luglio 2018.

<sup>86</sup> Corte cost., sentenza 14 dicembre 2017, n. 269. A commento, B. LAGEDER, *op. e loc. cit.*, A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing* (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017), in *Rivista Diritti Comparati*, 3/2017; C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il “cammino comunitario”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2017; A. GUAZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell'usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2017.

siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito<sup>87</sup>. Il tutto, peraltro, in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia, affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE). D'altra parte, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE a quelle previste dalla Costituzione italiana può generare un concorso di rimedi giurisdizionali.

A tale proposito, di fronte a casi di “doppia pregiudizialità” (controversie che possono dare luogo a questioni di legittimità costituzionale e a questioni di compatibilità con il diritto dell'Unione) la stessa Corte di giustizia, come visto, ha affermato che il diritto dell'Unione «non osta» al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità di competenza delle Corti costituzionali nazionali, purché i giudici ordinari restino liberi di sottoporre alla Corte di giustizia, «in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria»; di «adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione»; di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione<sup>88</sup>.

Come già da altri rilevato, la prospettiva del giudice delle leggi pare introdurre una sorta di sussidiarietà nel governo del rinvio pregiudiziale, ove la Corte di Giustizia è chiamata a intervenire solo in via sussidiaria rispetto alla Corte costituzionale, che resta il “giudice naturale” della tutela dei diritti della persona<sup>89</sup>.

La Corte costituzionale è tornata sul tema delle questioni sottoponibili alla Corte di giustizia all'esito di una pronuncia di rigetto della questione di legittimità costituzionale: con la sentenza n. 20 del 2019, ha chiarito che «Resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria»<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> La nostra Corte costituzionale richiama l'orientamento analogo di “altre Corti costituzionali nazionali di antica tradizione”: ad esempio Corte costituzionale austriaca, sentenza 14 marzo 2012.

<sup>88</sup> CGUE, Sez. V, sentenza 11 settembre 2014, causa C-112/13 *A contro B e altri*; CGUE, Grande sezione, sentenza 22 giugno 2010, cause C188/10, *Melki* e C-189/10, *Abdeli*.

<sup>89</sup> G. SCACCIA, *L'inversione della doppia pregiudiziale nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017 presupposti teorici e problemi applicativi*, cit.: “Può dirsi, allora, che la sentenza in esame ha introdotto in tema di rinvio pregiudiziale una sorta di regola di sussidiarietà, collocando la Corte di giustizia, quanto alla tutela dei diritti, nella medesima posizione della Corte EDU, quale istanza di tutela ultima ed eventuale, alla quale giungere solo successivamente al pronunciamento della Corte costituzionale, giudice naturale in tema di diritti della persona”.

<sup>90</sup> Corte cost., sentenza 21 febbraio 2019, n. 20, § 2.3. del *Considerato in diritto*.



La richiamata sentenza n. 20 del 2019 ha esteso il sindacato della Corte costituzionale al diritto derivato dell'Unione europea, purché questo interessi i diritti protetti dalla CDFUE, con un ulteriore effetto di accentramento della tutela delle posizioni giuridiche soggettive di origine sovranazionale presso la sola Corte costituzionale.

La complicazione è ancora aumentata con la sentenza n. 63 del 2019 che ha confermato «il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale» oltre al potere dello stesso giudice, ricorrendone i presupposti, di «non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta», ma ha aggiunto: «laddove però sia stato lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta, questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri»<sup>91</sup>. La sentenza lascia quindi al giudice a quo la “scelta” sulla Corte da investire della questione.

In sintesi, la Corte costituzionale ha assecondato la transizione da un regime di precedenza necessaria del giudizio incidentale di costituzionalità a un regime di assenza di precedenze necessarie<sup>92</sup>, minando la salvaguardia del controllo accentrato di costituzionalità affermata con l'*obiter dictum* della sentenza n. 269 del 2017, cit.

In questo quadro potrebbe astrattamente iscriversi anche il rinvio pregiudiziale sopra analizzato (*supra*, par. 7.3) con il quale la Corte di Cassazione, preso atto della sentenza della Corte costituzionale (n. 6 del 2018) in ordine ai limiti del proprio sindacato esperibile sulle pronunce del Consiglio di Stato, invoca una interpretazione della Corte di Giustizia che “superi” la prassi instauratasi dopo la stessa pronuncia del giudice delle leggi, al fine di poter compiere un sindacato nel merito del giudicato amministrativo, ove questo si riveli confliggente con il diritto dell'Unione europea. Pare tuttavia evidente che in tal modo il rinvio pregiudiziale viene utilizzato impropriamente per ottenere una interpretazione difforme dalla Costituzione, incidendo anzi sulla stessa portata precettiva della disposizione costituzionale. Si ritiene inammissibile una pronuncia della Corte di Giustizia che “interpreti” l'art. 111 Cost. oltre il suo dato letterale: non si tratterebbe più, in tal caso, di una lettura delle disposizioni processuali interne servente all'effettività del diritto UE, ma di uno scardinamento, incostituzionale, del sistema di giustizia

---

<sup>91</sup> Corte cost., sentenza 21 marzo 2019, n. 63, § 4.3. del *Considerato in diritto*. A commento delle richiamate sentenze della Corte cost. del 2019, cfr. A. COSENTINO, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in *Questione giustizia*, 6 febbraio 2020.

<sup>92</sup> In tali termini A. COSENTINO, loc. cit.

amministrativa, che offre *ex se* le garanzie per la eventuale attivazione del dialogo con la Corte di Giustizia, nel rispetto dei presupposti sopra esaminati<sup>93</sup>.

La stessa Corte costituzionale ha lucidamente chiarito che l'intervento delle sezioni unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU, non essendo peraltro chiaro, nell'ordinanza di rimessione e nella stessa giurisprudenza ivi richiamata, se ciò valga sempre ovvero solo in presenza di una sentenza sopravvenuta della Corte di giustizia o della Corte di Strasburgo<sup>94</sup>. In ogni caso, ancora una volta, viene ricondotto al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata), motivo sulla cui estraneità all'istituto in esame non è il caso di tornare<sup>95</sup>.

Non disconoscendo il consolidato orientamento della Corte di Giustizia, il problema si pone nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, ma deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 cod. proc. civ., come la stessa Corte costituzionale ha auspicato con riferimento alle sentenze della Corte EDU<sup>96</sup>. Non dimenticando, peraltro, che la pronuncia della Corte costituzionale di interesse è di inammissibilità e non preclude un nuovo accesso al giudice costituzionale ove la questione sia diversamente formulata.

Diversamente opinando, si ammetterebbe un'interpretazione pregiudiziale della Corte di Giustizia UE a fronte di un atto chiaro, segnatamente una disposizione costituzionale, surrettiziamente invocando "una prassi" instauratasi dopo la pronuncia del giudice costituzionale come oggetto dello scrutinio sovranazionale.

---

<sup>93</sup> Non a caso Corte cost., sentenza n. 6 del 2018, cit., punto 12, richiama la precedente nota sentenza n. 204 del 2004 e, in particolare, la posizione assunta in Assemblea Costituente: "Nella stessa sentenza si è osservato come dai lavori dell'Assemblea Costituente emerga chiaramente che ciò comporta l'esclusione della «soggezione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti al controllo di legittimità della Corte di cassazione» e la sua limitazione «al solo "eccesso di potere giudiziario", coerentemente alla "unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica, una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé" (così Mortati, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947)».

<sup>94</sup> Corte cost., sentenza n. 6 del 2018, cit., punto 14.1.

<sup>95</sup> A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Federalismi*, 3 gennaio 2018.

<sup>96</sup> Corte cost., sentenza n. 123 del 2017.