

**GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA E RINVIO PREGIUDIZIALE
ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA**

REPORT ANNUALE – 2015 – ITALIA

(Giugno 2015)

Sergio FOÀ

INDICE:

- 1. QUESTIONE PREGIUDIZIALE DI INTERPRETAZIONE E GIUDIZIO DI RILEVANZA**
- 2. PRECLUSIONI NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO E OBBLIGO DI RINVIO PREGIUDIZIALE**
- 3. RIFLESSI SULLA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO E SULLA RESPONSABILITÀ DEL GIUDICE PER OMESSO RINVIO**
- 4. LA RISPOSTA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA: IL GIUDICE DI RINVIO “DOMINUS” DELLA RILEVANZA DELLA QUESTIONE**
- 5. LA RILEVANZA DELLA QUESTIONE PREGIUDIZIALE E LA LEALE COLLABORAZIONE TRA GIUDICI**
- 6. RINVII PREGIUDIZIALI “DISTORSIVI” RISPETTO ALL'ORDINAMENTO PROCESSUALE NAZIONALE: A) RINVIO ACCELERATO DEL T.A.R. PER “DISAPPLICARE” IL GIUDICATO DEL CONSIGLIO DI STATO; B) DUBBI SULLA FUNZIONE NOMOFILATTICA DELL'ADUNANZA PLENARIA**

1. QUESTIONE PREGIUDIZIALE DI INTERPRETAZIONE E GIUDIZIO DI RILEVANZA

Negli ultimi anni la giustizia amministrativa ha mostrato un crescente interesse verso l'utilizzo del rinvio pregiudiziale di interpretazione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (art. 267, par. 3, TFUE) e sui rapporti intercorrenti tra tale istituto e le regole processuali nazionali¹.

Il Consiglio di Stato italiano ha addirittura 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 ricorrente².

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”³.

¹ Sul rinvio pregiudiziale in generale, 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 pronuncia*, 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.

² 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.

³ 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” (2012/C 338/01), che tengono conto del nuovo regolamento di procedura della Corte di giustizia, adottato a Lussemburgo il 25 settembre 2012 (GU L 265 del 29.9.2012, pag. 1). Tali “Raccomandazioni” sostituiscono la nota informativa

Il giudice amministrativo italiano ha tuttavia ravvisato un asserito profilo di contrasto tra il suddetto obbligo, volto a richiedere la pronuncia interpretativa al giudice comunitario 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.

Ulteriori profili di inammissibilità delle questioni poste discendono dal diritto processuale nazionale: la genericità del parametro normativo invocato⁴; l'utilizzo improprio del rinvio pregiudiziale, con il quale si chiede la soluzione del caso specifico alla Corte di Giustizia⁵; 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.

riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali (2011/C 160/01) che il Consiglio di Stato con la rimessione di cui nel testo, aveva ritenuto "non (...) del tutto esaustivi" (cfr. punto 9.10 in diritto).

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

⁵ 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.

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, occorre inoltre verificare se la censura di legittimità costituzionale possa essere trattata alla stregua di un motivo di parte in sede di gravame⁶.

Un’analisi empirica della giurisprudenza sovranazionale dimostra che il giudizio sulla “rilevanza” espresso dal giudice nazionale sulla pregiudiziale interpretativa è stato

⁶ 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.

finora censurato dalla Corte di giustizia per contestare il difetto di tale requisito, invece riscontrato dal giudice a quo⁷.

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 esame⁸.

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 surrettiziamente⁹.

⁷ S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità*, cit., 151 ss.

⁸ Richiami giurisprudenziali in S. FOÀ, *op. e loc. cit.*

⁹ 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,

2. PRECLUSIONI NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO E OBBLIGO DI RINVIO PREGIUDIZIALE

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

Commento all'art. 40, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 385 ss.

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 processo¹⁰.

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?

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

¹⁰ 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.

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. RIFLESSI SULLA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO E SULLA 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 UE¹¹.

¹¹ 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”¹², 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 magistrati¹³.

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 nazionali¹⁴.

¹² CGCE, 30 settembre 2003 C-224/01, *Kobler*, in *Racc.*, 2003, p. I-10239.; Id. 13 giugno 2006 C-173/03, *Traghetti 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*, in *Common Market Law Review*, 2005, 9.

¹³ 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. pubbl. com.*, 2004, 1153 ss.

¹⁴ 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.

Con riferimento all'ordinamento italiano si è prospettata ricorribilità per Cassazione per motivi inerenti la giurisdizione, delle 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 tenuto¹⁵.

Anche con riferimento a tali profili correttamente il Consiglio di Stato intende ottenere chiarimenti, specie dopo la recente 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 UE¹⁶.

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 conforme¹⁷, quanto il parametro della diligenza professionale, che rimarca l'accostamento

¹⁵ 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.

¹⁶ 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 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.

¹⁷ 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".

del giudice alla più generale figura del funzionario pubblico cui è affidato l'esercizio della funzione giurisdizionale¹⁸.

Il recente 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”¹⁹.

¹⁸ Da ultimo, M. A. SANDULLI, *Riflessioni sulla responsabilità civile per le violazioni di legge commesse dagli organi giudiziari*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012.

¹⁹ 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”.

4. LA 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 sollevata²⁰.

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 TFUE²¹.

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 necessità obiettiva inerente alla definizione di una controversia”. Lo spirito di

²⁰ 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”.

²¹ In tali termini R. CONTI, *op. loc. cit.*

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”²².

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”²³.

Il vero punto cruciale, lucidamente individuato dall’ordinanza di remessione, 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

²² 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.

²³ 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.

diritto comunitario con il regime processuale nazionale e le correlate preclusioni relative alla decadenza dei termini di impugnazione dell'atto amministrativo²⁴.

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 europea²⁵; 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 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'UE²⁶.

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 tutela²⁷. Ciò ovviamente non preclude al giudice

²⁴ 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.

²⁵ 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).

²⁶ 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.

²⁷ 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.

amministrativo di rilevare questioni d'ufficio, purché rispetti il principio del contraddittorio²⁸.

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.

Era prevedibile che il giudice dell'Unione Europea funzionalizzasse nuovamente l'autonomia processuale dello Stato rimettente²⁹ 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

²⁸ 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.

²⁹ 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. CHITTE 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.

questioni da sottoporre ad essa spettano al giudice nazionale e le parti in causa nel procedimento principale non possono modificarne il tenore³⁰. 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 stesse³¹. 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”³².

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 causa³³.

³⁰ 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.

³¹ Cfr. già CGUE, sentenza 21 luglio 2011, *Kelly*, C-104/10, Racc. pag. I-6813, punto 65.

³² 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.

³³ CGUE, Sez. IV, 18 luglio 2013, causa C 136/12, cit., punto 34.

5. LA RILEVANZA DELLA QUESTIONE PREGIUDIZIALE E LA LEALE COLLABORAZIONE TRA GIUDICI

Già prima della risposta del Giudice dell'Unione europea ai quesiti formulati, la Sez. V del Consiglio di Stato ha 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 pregiudiziale³⁴.

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 derivato³⁵; in altro

³⁴ 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, 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.

³⁵ 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.

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 sollevata³⁶; 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 rispettati³⁷.

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 suprema³⁸.

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 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 questione³⁹.

Anche la Corte di Giustizia ha mutato sensibilità riguardo all’ammissibilità dei rinvii pregiudiziali non adeguatamente motivati, come recentemente ricordato nelle conclusioni dell’Avvocato generale riferite a domande formulate da un giudice amministrativo italiano di primo grado.⁴⁰

³⁶ 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.

³⁷ 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.

³⁸ Cons. Stato, Sez. V, sentenza 23 ottobre 2013, n. 5131, in www.giustizia-amministrativa.it, 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

³⁹ Corte europea dei diritti dell’uomo, sez. II, 8 marzo 2012, nn. 3989/97 e 38353/07.

⁴⁰ Conclusioni dell’Avvocato generale Nils Wahl presentate il 12 marzo 2015, Causa C-497/12, *Davide Gullotta Farmacia di Gullotta Davide & C. Sas c. Ministero della Salute, Azienda Sanitaria Provinciale di Catania*.

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.⁴¹

Nel caso di specie il giudice rimettente non aveva motivato la rilevanza delle questioni pregiudiziali⁴², 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 si ponga in contrasto con l’art. 94 del regolamento di procedura della Corte di Giustizia.

Nel 2014 sono state quasi 40 le cause in cui la Corte ha respinto le domande di pronuncia pregiudiziale in quanto inammissibili o per palese carenza di competenza. In un numero egualmente significativo di cause, le domande dei giudici nazionali sono state parzialmente respinte per gli stessi motivi. La maggioranza di tali cause riguardava questioni attinenti all’interpretazione delle libertà fondamentali benché tutti gli aspetti del

⁴¹ 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.

⁴² 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”.

procedimento principale fossero limitati a un solo Stato membro⁴³; questioni attinenti all'interpretazione della Carta europea dei diritti fondamentali in casi che non presentavano un chiaro collegamento con il diritto dell'Unione⁴⁴; ordinanze di rinvio che omettevano di descrivere il contesto di base fattuale e normativo delle questioni poste⁴⁵.

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.

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 che 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 Giustizia⁴⁶.

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

⁴³ Sentenza *Airport Shuttle Express* (EU:C:2014:74) nonché ordinanze *Tudoran* (EU:C:2014:2051) e *Szabó* (EU:C:2014:2220).

⁴⁴ Ordinanze *Kárász* (C-199/14, EU:C:2014:2243); *Panczyk* (C-28/14, EU:C:2014:2003), e *Široká* (C-459/13, EU:C:2014:2120).

⁴⁵ Ordinanze *Herrenknecht* (C-366/14, EU:C:2014:2353); *Hunland-Trade* (C-356/14, EU:C:2014:2340), e *3D I* (C-107/14, EU:C:2014:2117).

⁴⁶ 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).

nella formulazione dei quesiti alla Corte di Giustizia, in ragione del crescente rigore selettivo che essa utilizza per ammettere i rinvii pregiudiziali.

6. RINVII PREGIUDIZIALI “DISTORSIVI” RISPETTO ALL’ORDINAMENTO PROCESSUALE NAZIONALE: A) RINVIO ACCELERATO DEL T.A.R. PER “DISAPPLICARE” IL GIUDICATO DEL CONSIGLIO DI STATO; B) DUBBI SULLA FUNZIONE NOMOFILATTICA DELL’ADUNANZA PLENARIA

Sono infine da segnalare alcuni rinvii pregiudiziali che mirano ad alterare il fisiologico svolgersi dei meccanismi interni di giustizia amministrativa.

A) 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 Stato⁴⁷.

La giurisprudenza europea ha rimesso al giudice nazionale la scelta della fase processuale nella quale sottoporre alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale⁴⁸: 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 obbligato⁴⁹.

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

⁴⁷ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, ord. 15 gennaio 2013, n. 123, in www.giustizia-amministrativa.it, con commento di S. FOÀ in corso di stampa in *Giur. It.*, 2013.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ 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).

luogo l'obbligo di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte di Giustizia⁵⁰.

In sintesi, qualora un provvedimento amministrativo, ritenuto legittimo da una sentenza definitiva del giudice nazionale, si riveli confligente 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 casi⁵¹.

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

⁵⁰ 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*.

⁵¹ C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005; A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 912 ss.

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 primato del diritto UE, la norma nazionale che riconosce la forza di res iudicata alla sentenza in questione deve essere disapplicata dal giudice del rinvio⁵². 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"⁵³.

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 procedura⁵⁴: a sostegno della richiesta sono invocate le sentenze della Corte, richiamate in motivazione, adottate "per vicende analoghe a quella oggetto del (presente) rinvio".

⁵² 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.

⁵³ CGUE, Sez. II, 3 settembre 2009, C-2/08, *Fallimento Olimpiclub S.r.l.*

⁵⁴ 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".

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 in esame.

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 ordinari⁵⁵. 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 norma⁵⁶. Anche il numero rilevante 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 accelerato⁵⁷.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ 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-344/04, *IATA 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, *Accor*, punto 10.

⁵⁷ 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, *Lesoochránárske zoskupenie*, punto 11.

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 giustifichino una rapida pronuncia della Corte sulle questioni proposte"⁵⁸.

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.

Non solo: quando la Corte è chiamata a decidere sulla domanda nell'ambito di un procedimento accelerato o di un procedimento d'urgenza, risulta "utile" che il giudice del rinvio indichi succintamente "il suo punto di vista sulla soluzione da dare alle questioni pregiudiziali sottoposte"⁵⁹.

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.

⁵⁸ "Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale" (2012/C 338/01), cit., punto 38

⁵⁹ "Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali", cit., punto 24.

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 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 completa⁶⁰.

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

⁶⁰ 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.

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 in esame.

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.

B) 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 Europea⁶¹.

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

⁶¹ Cons. Giust. Amm., Sez. giurisd., Ordinanza 17 ottobre 2013 n. 848.

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, 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 comunitario 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.