



Il rinvio pregiudiziale e l’atteggiamento “ondivago” del Consiglio di Stato

Susanna De Stefani*

SOMMARIO: 1. Il rinvio pregiudiziale: *ratio* e obbligo – 2. I rinvii “difensivi” del Consiglio di Stato. – 3. I rinvii “mancati” o “di chiusura”. – 4. Considerazioni conclusive.

1. È ben noto come la competenza pregiudiziale riconosciuta, in via esclusiva, alla Corte di giustizia dell’Unione europea dall’articolo 267 TFUE¹ abbia un duplice scopo: da un lato, quello di garantire che non vi siano interpretazioni divergenti del diritto dell’Unione nel territorio degli Stati membri, dall’altro, offrire uno strumento ai giudici nazionali che li aiuti a superare le difficoltà interpretative che il diritto UE e le peculiari caratteristiche del suo ordinamento possono sollevare². Ed

* Dottoranda di ricerca in Diritto dell’Unione europea, Università di Roma “Tor Vergata”.

¹ La CGUE “è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale” sulle questioni di interpretazione del diritto dell’Unione che si pongono nell’ambito di un giudizio instaurato davanti ad “un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri”. In dottrina sul rinvio pregiudiziale in generale, L. DANIELE (con la collaborazione di) S. AMADEO, G. BIAGIONI, C. SCHEPISI, F. SPITALERI, *Diritto dell’Unione europea – Ordinamento – Tutela giurisdizionale - Competenze*, Milano, 2020; F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020.

² Sentenza della Corte del 6 ottobre 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management*, punto 28; del 21 luglio 2011, causa C-104/10, *Kelly*, punto 60; parere della Corte dell’8 marzo 2011 1/09, *Accordo relativo alla creazione di un sistema*

invero, la maggior parte delle norme del diritto dell'Unione sono dotate della capacità di produrre effetti diretti all'interno degli ordinamenti degli Stati membri³, caratteristica che può avere quale inevitabile conseguenza il sorgere di conflitti tra la norma dell'Unione, dotata di efficacia diretta, e una norma nazionale incompatibile. Contrasti di questo tipo sono risolti in base al principio del primato che sancisce la prevalenza della norma UE direttamente efficace⁴. Il potere-dovere di dare piena esecuzione al diritto dell'Unione è rimesso ai giudici nazionali nell'ambito della propria competenza, i quali, avvalendosi del meccanismo pregiudiziale, possono adire la Corte di giustizia “*ogni qual volta lo reputi[no] necessario per emanare la propria sentenza*”.⁵ L'importanza nomofilattica del meccanismo di rinvio viene ribadita dalla stessa Corte in numerosi arresti giurisprudenziali, nei quali sottolinea come questo costituisca “*la chiave di volta del sistema giurisdizionale*” che, “*instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri*”, è in grado garantire unità, piena efficacia e autonomia al diritto dell'Unione⁶.

In questo contesto si colloca l'obbligo di rinvio gravante sugli organi giurisdizionali “*avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno*”⁷, pensato da un lato per evitare il consolidarsi di una giurisprudenza contraria al diritto dell'Unione⁸, dall'altro per tutelare le prerogative dei singoli,

unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti, punto 83 e giurisprudenza ivi citata.

³ L'efficacia diretta di una norma dell'Unione viene affermata per la prima volta nella sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*.

⁴ Il principio si è affermato in via giurisprudenziale a partire dalla sentenza della Corte del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. Enel*.

⁵ Sentenza della Corte del 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Simmenthal*, punto 17 ss.

⁶ Parere della Corte del 18 dicembre 2014, 2/13, *Adesione dell'Unione alla CEDU*, punto 176; sentenza della Corte del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*, punto 37; del 24 ottobre 2018, causa C-234/17, *XC e a.*, punto 41; del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia* (Indipendenza della Corte suprema), punto 45; sentenza *Consorzio Italian Management*, cit., punto 27.

⁷ Art. 267, par. 3, TFUE: “Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte.”

⁸ Sentenza della Corte del 24 maggio 1977, causa 107/76, *Hoffmann-La Roche*, punto 5. Ciò accade per effetto del principio dello *stare decisis* nei sistemi di *common law* o

rappresentando l'ultimo grado di giudizio "l'estrema forma di tutela offerta ai soggetti interessati alla corretta applicazione giudiziaria del diritto dell'Unione europea"⁹. In realtà, tale obbligo non è incondizionato ed è la stessa Corte a farlo presente, affermando che anche ai giudici di ultima istanza spetta il potere di valutare la rilevanza della questione interpretativa¹⁰, ravvisando al contempo alcune ipotesi in cui, pur in presenza di questioni rilevanti, il giudice in questione dispone di una mera facoltà di rinvio. In questi casi il rinvio può essere omesso, seppur con adeguata motivazione, quando la questione sia "*materialmente identica*" ad altra già decisa in via pregiudiziale¹¹, quando il punto di diritto litigioso può trovare soluzione in una giurisprudenza costante della Corte di giustizia e quando "*la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata*" (c.d. teoria dell'*acte clair*)¹².

La giurisprudenza appena richiamata deve essere letta congiuntamente alla sentenza *Köbler*¹³, rappresentante un importante "tassello" del sistema di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione¹⁴. Invero, con la pronuncia in questione la Corte di giustizia, tra gli indici cui il giudice si deve riferire per individuare una "*violazione grave e manifesta*" di una norma dell'Unione, per cui lo Stato membro è tenuto a risarcire i danni causati ai singoli per violazione dei diritti conferiti dallo stesso, ha ritenuto opportuno ricomprendervi anche la mancata osservanza dell'obbligo di

per la tendenza dei giudici delle istanze inferiori a seguire l'interpretazione affermata dalle corti superiori negli ordinamenti di *civil law*.

⁹ Sentenza della Corte del 4 marzo 2020, causa C-34/19, *Telecom Italia*, punti 67-69; del 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo S.p.A.*, punto 31; del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, punti 33-36; in dottrina, L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 434.

¹⁰ *Consorzio Italian Management*, cit., punto 35 nonché giurisprudenza ivi citata.

¹¹ Sentenza della Corte del 27 marzo 1963, cause riunite 28-30/62, *Da Costa*.

¹² Sentenza della Corte del 6 ottobre 1982, causa C-283/81, *CILFIT*, punti 14 e 16.

¹³ Sentenza *Köbler*, cit.

¹⁴ Il principio della responsabilità degli Stati membri per i danni causati ai singoli da violazione del diritto dell'Unione, ed il conseguente diritto al risarcimento del danno riconosciuto a questi ultimi, viene affermato per la prima volta nella sentenza della Corte del 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, punti 31-37.

rinvio¹⁵. Pertanto, un omesso rinvio che non sia adeguatamente accompagnato da una motivazione che richiami le condizioni di cui alla giurisprudenza *CILFIT* può integrare un comportamento arbitrario del giudice di ultima istanza che può dar luogo ad un'ipotesi di responsabilità dello Stato membro di cui trattasi.

Ai fini del discorso che qui si intende intraprendere, è bene notare come, se, da un lato, il timore di essere ritenuti responsabili, in ipotesi di rivalsa dello Stato membro, ha condotto i giudici di ultima istanza ad utilizzare il rinvio pregiudiziale con più frequenza e facilità, dall'altro, si continua a ravvisare una certa riluttanza nell'assecondare le richieste di rinvio sollevate dalle parti. Esempi di entrambe le condotte sono rinvenibili nella giurisprudenza del Consiglio di Stato.

2. Nel panorama dei rinvii pregiudiziali effettuati dalla giustizia amministrativa¹⁶, con particolare riguardo al Consiglio di Stato, si nota come quest'ultimo, nella sua qualità di giudice di ultima istanza, abbia più volte utilizzato lo strumento pregiudiziale in un'ottica meramente "difensiva", connessa all'obbligatorietà del rinvio e all'eventuale responsabilità dello Stato membro per fatto del giudice. Una tale ottica emerge quelle volte in cui, il Consiglio di Stato, chiede, attraverso le sue questioni pregiudiziali, chiarimenti circa la portata dell'obbligo su di esso gravante. Ciò avviene, a volte, interrogando la Corte sul se quelle preclusioni processuali previste dalla normativa interna che impedirebbero alle parti di sollevare questioni pregiudiziali nonché al giudice di ultimo grado di esaminarle, esentino tale giudice dall'obbligo di cui all'art. 267, terzo comma. Altre volte, il massimo giudice amministrativo italiano, chiede invece alla Corte chiarimenti circa il margine di valutazione di cui gode. Vi sono poi quei casi in cui, pur in presenza di questioni evocate dalle parti ritenute dal Consiglio di Stato

¹⁵ Köbler, cit., punto 51 ss. Il giudice nazionale investito di una domanda di risarcimento, al fine di accertare il carattere "manifesto" della violazione del diritto comunitario, oltre a "il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità o l'inescusabilità dell'errore di diritto, la posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria" deve tenere conto anche dell'inosservanza dell'obbligo di rinvio.

¹⁶ Sul rinvio pregiudiziale con riferimento alla giustizia amministrativa, S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme*, Napoli, 2011.

non del tutto rilevanti, tale giudice asseconda comunque i dubbi interpretativi da esse sollevati.

Quali esempi del primo tipo non possono che essere richiamate l'ordinanza n. 1244 del 5 marzo 2012¹⁷ e la più recente n. 4949 del 15 luglio 2019¹⁸. In entrambi i casi sembra che il Consiglio di Stato si sia "imposto" un dovere incondizionato di adire la Corte di giustizia¹⁹ per il solo fatto che le parti abbiano sollevato una serie di questioni pregiudiziali di interpretazione davanti ad un giudice di ultima istanza. In questo contesto, il giudice rimettente ha ritenuto che, alla luce dei parametri indicati dalla giurisprudenza della Corte e sulla base del tenore letterale dell'art.267, par. 3, TFUE, si sarebbe configurato "*in astratto*" un obbligo di rinvio in capo allo stesso²⁰.

Entrando nel merito dei provvedimenti, con riferimento alla prima delle due ordinanze in esame, il Consiglio di Stato, facendo leva sul rischio di sovraccaricare il giudice dell'Unione con "inutili" rinvii, mette in discussione l'obbligatorietà dello strumento ogni qualvolta una domanda di pronuncia pregiudiziale posta dalle parti dovrebbe essere ritenuta inammissibile in applicazione di preclusioni processuali nazionali attinenti alla formulazione della domanda²¹. Quello che in

¹⁷ Ordinanza del Consiglio di Stato, sez. VI, 5 marzo 2012, n. 1244. A commento dell'ordinanza, 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), in *Diritti Comparati*, 2012; G. ZAMPETTI, *Rinvio pregiudiziale di interpretazione obbligatorio e giudice amministrativo: natura giuridica, portata dell'obbligo ex art. 267, par. 3, Tfu e conseguenze della sua mancata osservanza (riflessioni a partire da Cons. Stato, sez. VI, n. 1244 del 5 marzo 2012 e Corte giust., C-136/12, del 18 luglio 2013)*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2014; S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla CGUE: da strumento "difensivo" a mezzo per ridiscutere il sistema costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 4, 2021, p. 126.

¹⁸ Ordinanza del Consiglio di Stato, sez. IV, 15 luglio 2019, n. 4949.

¹⁹ Espressione utilizzata da G. ZAMPETTI, *Rinvio pregiudiziale di interpretazione obbligatorio e giudice amministrativo*, cit.

²⁰ Ordinanza del Consiglio di Stato, sez. VI, 5 marzo 2012, cit., punti 9.10.1. e 9.10.5.; Ordinanza del Consiglio di Stato, sez. IV, 15 luglio 2019, cit., punto 9.4.1.

²¹ Ordinanza del Consiglio di Stato, sez. VI, 5 marzo 2012, cit., punto 9.9. Il Consiglio di Stato, alla luce del principio della specificità dei motivi di ricorso e del divieto di modifica dei motivi in corso di causa, propri del sistema del processo amministrativo italiano, rileva come le questioni sollevate dalle parti siano formulate in termini generici o con riferimento a norme del diritto UE non pertinenti al caso specifico; o ancora come venga operato un riferimento generico "*ad altra norma europea*" senza individuare specifiche disposizioni di cui si chiede l'interpretazione.

realtà il Consiglio di Stato vuole sapere è se può essere consentito al giudice di ultima istanza “filtrare” le questioni pregiudiziali anche in base a parametri imposti dalla legge processuale nazionale, senza tuttavia incorrere in responsabilità per violazione dell’obbligo di rinvio gravante sullo stesso²². Si ha l’impressione che il Consiglio di Stato tenti di estendere le ipotesi in cui possa essere considerato esonerato dall’operare un rinvio alla Corte di giustizia²³ con l’avallo di quest’ultima, proprio per evitare il rischio di esser ritenuto responsabile per violazione del diritto dell’Unione. Un tale timore emerge nel prosieguo dell’ordinanza, nella parte in cui il giudice rimettente, ponendo ulteriori specifici quesiti in questo senso, rappresenta le sue preoccupazioni, lasciando quindi intendere come le sue reali intenzioni fossero sempre state quelle di ottenere chiarimenti in ordine alle circostanze in presenza delle quali un omesso rinvio possa dar luogo alla responsabilità dello Stato membro e, in ipotesi di rivalsa, del giudice rimettente²⁴.

Quanto alla recente ordinanza n. 4949 del 15 luglio 2019, il Consiglio di Stato, ponendosi nuovamente in una prospettiva di obbligo di rinvio incondizionato²⁵, ritiene come lo stesso debba tuttavia essere controbilanciato, ancora una volta, con un sistema di preclusioni processuali che, nel caso di specie, impedirebbe alla parte di sollevare una questione pregiudiziale successivamente al suo atto di costituzione

²² Ordinanza del Consiglio di Stato, sez. VI, 5 marzo 2012, cit., punti 9.10.2. ultimo paragrafo e 9.10.7. Le preoccupazioni del giudice amministrativo nascono altresì dalla diffusione delle azioni di risarcimento promosse contro i magistrati ai sensi della legge n. 117 del 1988 per violazione dell’obbligo di rinvio pregiudiziale.

²³ Il Consiglio di Stato sostiene che “... 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 ancora che “l’art. 267, par. 3 TFUE andrebbe interpretato nel senso che l’obbligo di rinvio pregiudiziale non impedisce un vaglio critico da parte del giudice a quo della questione di interpretazione del diritto comunitario, e consente al giudice a quo 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 ... che la norma comunitaria sia ‘ragionevolmente chiara’ e non necessiti di ulteriore chiarificazione” (cfr. punto 9.10.8.)

²⁴ Ordinanza del Consiglio di Stato, sez. VI, 5 marzo 2012, cit., punti 9.10.4. e 9.10.7.

²⁵ Ordinanza del Consiglio di Stato, sez. IV, 15 luglio 2019, cit., punto 9.4.1., cit.

in giudizio, in quanto, una simile evenienza, finirebbe per alterare il *thema decidendum* della controversia. In aggiunta, quasi come per suggerire alla Corte una risposta che avalli la sua posizione, il Consiglio di Stato rileva come "*la proposizione a catena di questioni pregiudiziali*" oltre a dar luogo a possibili abusi del processo, finirebbe per pregiudicare il principio di ragionevole durata dello stesso in danno del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva²⁶. Si noti come il giudice amministrativo, nel rivolgersi alla Corte, alluda a meccanismi di diritto interno, senza tuttavia richiamare norme specifiche, che, se applicati al caso di specie, lo avrebbero esonerato dall'obbligo di rinvio, tutt'al più considerando che, come lo stesso sottolinea, vi sia già stato un primo rinvio alla Corte di giustizia nella medesima causa²⁷. Seppur non manifestamente dichiarato come nella precedente ordinanza, sembra che il Consiglio di Stato sia stato spaventato, ancora una volta, dallo "spettro" della responsabilità dello Stato-giudice²⁸, motivo per cui rinuncia a salvaguardare le regole del processo amministrativo, arrendendosi allo strumento di rinvio.

Come anticipato, la strategia "difensiva" del Consiglio di Stato assume anche forme diverse da quelle fin qui descritte. Al riguardo, un breve cenno va fatto a quei casi in cui quest'ultimo, pur dichiarando apertamente di ritenere irrilevante o infondata la questione pregiudiziale sollevata dalla parte, decide comunque di rimettere la parola al giudice dell'Unione.

In un primo caso il Consiglio di Stato ammette espressamente di interrogare il giudice di Lussemburgo "*al solo fine di ottemperare*" all'obbligo su di esso gravante per evitare di incorrere in responsabilità²⁹. In un secondo caso, benché il Consiglio di Stato abbia dichiarato più volte di non ritenere rilevante la richiesta di rinvio avanzata dalle parti e nonostante sia ormai consolidato, nella giurisprudenza della CGUE, il principio per cui il giudizio di rilevanza della questione pregiudiziale appartiene al giudice nazionale³⁰, il

²⁶ Ordinanza del Consiglio di Stato, sez. IV, 15 luglio 2019, cit., punto 9.4.2.

²⁷ Ordinanza del Consiglio di Stato, sez. IV, 15 luglio 2019, cit., punto 9.5. lett. a).

²⁸ Espressione utilizzata da P. DE PASQUALE, *Inespugnabile la roccaforte dei criteri CILFIT (causa C-561/19)*, in *BlogDUE*, 2021, p. 5;

²⁹ Sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 5 agosto 2020, n. 4943, punto 13.

³⁰ Sentenza *Consorzio Italian Management*, cit., punto 35 e giurisprudenza ivi citata.

Supremo giudice amministrativo decide comunque di interrogare la Corte di giustizia³¹.

Simili decisioni danno l'impressione che il Consiglio di Stato non avrebbe esitato a pronunciarsi autonomamente sul caso ad esso sottoposto se non si fosse convinto che il diritto UE e, in particolare, l'art. 267 TFUE limita il suo potere giurisdizionale e lo obbliga a rivolgersi alla Corte di giustizia.

3. Gli esempi descritti finora denotano un'accettazione, benché condizionata, da parte dei giudici di Palazzo Spada, dei limiti che le competenze attribuite in via esclusiva alla Corte di giustizia impongono al loro sindacato. Non di meno, nella più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato si registra un cambio di rotta. In alcuni casi, infatti, il Supremo giudice amministrativo si è mostrato meno disposto ad utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale, tanto in circostanze in cui sarebbe stato opportuno, quanto di fronte ad espresse e ampiamente motivate richieste delle parti.

Nella sentenza n. 6837 del 12 ottobre 2021³² il Consiglio di Stato ha ritenuto non sussistenti i presupposti di un rinvio sollecitato da parte appellante facendo leva sull'eccezione del ragionevole dubbio³³.

³¹ Ordinanza del Consiglio di Stato, sez. VI, 18 marzo 2021, n. 2327, punto 9 ss. con particolare riferimento alle prime due questioni pregiudiziali. Il rinvio pregiudiziale in questione si colloca nel contesto di un giudizio di revocazione avente ad oggetto una sentenza del Consiglio di Stato rispetto alla quale le parti ricorrenti, in subordine, deducono la violazione di principi espressi dalla Corte di giustizia in una pronuncia pregiudiziale emessa nell'ambito della medesima controversia. Il Consiglio di Stato, dubitando fortemente della sussistenza della violazione anzidetta posta a fondamento della domanda di pronuncia pregiudiziale, ritiene la questione sollevata priva di rilevanza. Ciò nonostante, il Supremo giudice amministrativo si rivolge comunque alla CGUE chiedendo non solo se una simile violazione possa ritenersi sussistente, ma anche se, in casi come quello in esame, debba essere lo stesso giudice nazionale di ultima istanza, accusato di aver violato il diritto UE, a sindacare l'esistenza di una simile violazione piuttosto che la CGUE. L'ipotesi per cui anche in questo caso si è di fronte ad un rinvio a carattere "difensivo" scaturisce dal fatto che il Consiglio di Stato nonostante sia convinto dell'irrelevanza della questione pregiudiziale e nonostante sia consapevole che una valutazione come quella richiesta esuli dalla competenza della CGUE, rimette comunque la parola a quest'ultima.

³² Sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 12 ottobre 2021, n. 6837.

³³ Sentenza *CILFIT*, cit., punto 16. L'eccezione del ragionevole dubbio viene qui sollevata nella prospettazione elaborata nelle note conclusioni dell'Avvocato generale Bobek nella causa C-561/19, *Consorzio Italian Management*.

Il ragionamento del Supremo giudice amministrativo prende le mosse dall'obbligo di rinvio, sostenendo come, di fronte alle questioni pregiudiziali prospettate dalle parti, il giudice *a quo* sia tenuto ad applicare "un sommario filtro deliberativo" che selezioni i quesiti da sottoporre al giudice di Lussemburgo attraverso un giudizio preliminare che non si limiti a valutare la sola rilevanza della questione ma consideri anche la fondatezza della stessa³⁴. Tale riflessione viene condotta sul presupposto che, assecondando qualsiasi dubbio (soggettivo) paventato dalle parti, che non sia quindi fondato su un contrasto "oggettivo" tra norme, si finirebbe per snaturare la funzione di raccordo e cooperazione cui lo strumento del rinvio è preordinato³⁵. Tuttavia, dalla lettura della sentenza, emerge una evidente contraddizione nel percorso argomentativo. Invero il Consiglio di Stato, da un lato, ha insistito sull'importanza di dover astrarre elementi soggettivi dalla valutazione del giudice sul se esista un "ragionevole dubbio" o meno sull'interpretazione del diritto UE. Dall'altro, nel motivare la propria decisione di non rinviare, opera un costante richiamo a propri precedenti giurisprudenziali che, a parer suo, "smentiscono" le ragioni di parte appellante, finendo quindi per imporre quella visione prettamente soggettiva che in un primo momento si premurava di abbandonare³⁶.

Un altro caso che mette in discussione il rapporto tra giustizia amministrativa e Corte di giustizia è rappresentato dalla recente vicenda

³⁴ Sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 12 ottobre 2021, cit., punto 7.2. Il Consiglio di Stato richiama in questo senso i parametri che nel diritto interno regolano l'incidente di costituzionalità.

³⁵ Sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 12 ottobre 2021, cit., punto 7.3. Evidente qui il richiamo alle conclusioni dell'Avvocato generale Bobek che insiste sulla necessità di cambiare l'enfasi dell'obbligo di rinvio sostenendo come si debba passare "dall'inesistenza di un ragionevole dubbio soggettivo quanto alla corretta applicazione del diritto dell'Unione riguardo a una specifica controversia all'esistenza di una divergenza oggettiva individuata nella giurisprudenza a livello nazionale, che pone quindi in pericolo l'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione all'interno dell'Unione europea" (conclusioni nella causa C-561/19, cit., punto 133).

³⁶ Sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 12 ottobre 2021, cit., punto 7.3.: "Come si è osservato, la questione prospettata dall'appellante sconta infatti tre limiti :in diritto, poggia su di un'interpretazione del diritto interno smentita dalla giurisprudenza assolutamente pacifica di questo Consiglio di Stato [...]". Si tratta di pronunce tutte riferibili alla Sezione Terza.

*Randstad*³⁷. Quel che rileva, ai fini del discorso intrapreso, è la seconda questione pregiudiziale sollevata dalla Corte di Cassazione, con la quale chiede se la prassi interpretativa, per cui non è possibile censurare in sede di ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111, comma ottavo, Cost., un omesso (immotivato) rinvio da parte del Consiglio di Stato, possa ritenersi conforme ai principi di leale cooperazione e di tutela giurisdizionale effettiva³⁸.

Con tale seconda questione, la Suprema Corte pone l'attenzione su come il Consiglio di Stato, nell'emettere la sentenza impugnata, abbia risolto la controversia senza premurarsi di verificare se principi espressi in precedenti della Corte di giustizia fossero rilevanti nel caso sottoposto al suo esame, e, per di più, senza richiedere, ove necessario, l'intervento della Corte stessa³⁹. Il riferimento è alle sentenze *Fastweb*, *Puligienica* e *Lombardi*⁴⁰, tutte pronunciate su rinvii pregiudiziali disposti dai giudici amministrativi italiani nell'ambito di controversie analoghe a quella del caso di specie. Come fa notare la Suprema Corte, il fatto che permanga un'incertezza circa la possibilità di applicare alla questione controversa i precedenti richiamati⁴¹ avrebbe dovuto indurre il Consiglio di Stato ad interrogare la Corte di giustizia soprattutto

³⁷ Sentenza della Corte del 21 dicembre 2021, causa C-497/20, *Randstad Italia*. Sull'argomento in dottrina, G. AGRATI, A. CIPRANDI, R. TORRESAN, *Il rinvio pregiudiziale nel 'caso Randstad': riflessioni critiche sul fragile primato del diritto dell'Unione europea*, in *I Post di AISDUE*, III (2021), aisdue.eu, Sezione "Note e commenti", n. 2, 10 giugno 2021, p. 58; C. CURTI GIALDINO, *La Corte di giustizia e la sindacabilità da parte delle SS.UU. della Cassazione delle violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea per 'motivi inerenti alla giurisdizione'*, in *federalismi.it*, n. 3, 2021, p. 12; R. BARATTA, *La postura non intrusiva della sentenza Randstad*, in *SIDI Blog*, 2022; P. IANNUCELLI, *La sentenza Randstad, ovvero la Corte di giustizia si accontenta (apparentemente) di fare l'arbitro in casa sua*, in *BlogDUE*, 2022.

³⁸ Ordinanza della Cassazione (SS. UU) del 18 settembre 2020, n. 19598, punto 60.

³⁹ Ordinanza della Cassazione (SS. UU) del 18 settembre 2020, cit., punto 47 ss. Si tratta di precedenti giurisprudenziali invocati da parte ricorrente solo nel ricorso per cassazione ma comunque noti nel contesto della giurisprudenza amministrativa in materia di appalti.

⁴⁰ Sentenza della Corte del 5 settembre 2019, causa C-333/18, *Lombardi*; del 5 aprile 2016, causa C-689/13, *Puligienica*; del 4 luglio 2013, causa C-100/12, *Fastweb*.

⁴¹ Ordinanza della Cassazione (SS. UU) del 18 settembre 2020, cit., punto 49. Seppur i precedenti richiamati si collocano nel quadro di contenziosi in materia di appalti pubblici, differiscono dalla fattispecie in esame per il fatto che, in quest'ultima, non viene messa in discussione la legittimità dell'ammissione alla gara e quindi il possesso dei requisiti di partecipazione bensì l'irregolarità della gara stessa.

considerando l'obbligo di rinvio gravante sullo stesso ai sensi dell'art. 267, terzo comma, TFUE. Al contrario il Supremo giudice amministrativo, benché le circostanze del caso lo rendessero opportuno, ha omesso di interpellare il giudice di Lussemburgo senza fornire motivazione alcuna.

L'atteggiamento di "chiusura" del Consiglio di Stato appena esaminato, sposta inevitabilmente l'attenzione sulla delicata questione dei rimedi cui poter accedere per ovviare alla mancata osservanza dell'obbligo rinvio da parte dei giudici di ultima istanza⁴². Tali rimedi, come noto, si sono rivelati insufficienti per una serie di ragioni. Invero, con riferimento alla tutela risarcitoria, l'ipotesi in cui uno Stato membro è tenuto a risarcire i danni causati dalla decisione di un organo di ultimo grado che abbia violato il diritto dell'Unione, è subordinata alla necessaria compresenza di tre condizioni⁴³, rappresentando la mancata osservanza dell'obbligo di rinvio soltanto uno degli elementi cui riferirsi per qualificare una violazione del diritto dell'Unione come "grave e manifesta". Inoltre, la condotta omissiva dell'organo giurisdizionale di ultima istanza, da cui far discendere la responsabilità dello Stato membro di cui trattasi, viene considerata dalla Corte stessa un "*caso eccezionale*"⁴⁴. Quanto alla procedura di infrazione⁴⁵ anch'essa sconta alcuni limiti: da un lato, è noto come la sua attivazione sia rimessa alla scelta discrezionale della Commissione, dall'altro,

⁴² Sulla violazione dell'obbligo di rinvio in dottrina, F. PANI, *L'obbligo (flessibile) di rinvio pregiudiziale e i possibili fattori di un suo irrigidimento. Riflessioni in margine alla sentenza Association France Nature Environnement*, in *Europeanpapers.eu*, vol. 2, 2017, p. 383; C. FASONE, *Violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale e ricorso per inadempimento: verso un sistema di giustizia costituzionale "composito" nell'Unione? (Prime riflessioni a partire dalla sentenza Commissione c. Francia, C-416/17)*, in *Diritti Comparati*, 2018; F. FERRARO, *Le conseguenze derivanti dalla violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, cit., p. 139.

⁴³ Sentenza *Köbler*, cit., punto 51. Vale a dire che la norma dell'Unione violata deve essere preordinata a conferire diritti ai singoli danneggiati, che la violazione della norma deve essere sufficientemente grave e manifesta e che tra la violazione ed il danno deve esistere un nesso di causalità diretto.

⁴⁴ Sentenza *Köbler*, cit., punto 53. Molto probabilmente, la scelta restrittiva della Corte di giustizia, trova la sua spiegazione nella volontà di preservare la cooperazione instaurata con i giudici nazionali seppur in danno di un'effettiva tutela dei diritti dei singoli, atteso che, a causa di tale rigidità, i casi di accoglimento delle domande di risarcimento rischiano di essere molto limitati.

⁴⁵ Sentenza della Corte del 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione c. Francia*.

laddove la violazione da parte dello Stato membro (per fatto del giudice) venisse effettivamente accertata, il singolo non beneficerebbe di un rimedio diretto dal momento che tale accertamento prescinde dall'esistenza di un eventuale danno⁴⁶.

Ebbene, considerate le criticità che si riscontrano negli strumenti di tutela contemplati dall'ordinamento dell'Unione, non esistendo un rimedio *ad hoc* in tal senso⁴⁷, la resistenza mostrata dal Consiglio di Stato non trova delle soluzioni soddisfacenti sul piano del diritto UE, con l'inevitabile conseguenza che i soggetti di volta in volta coinvolti si trovano, di fatto, in una situazione di denegato giustizia.

4. L'analisi fin qui condotta ha mostrato come, in casi in cui si è resa necessaria una statuizione su questioni riguardanti l'applicazione e l'interpretazione del diritto dell'Unione, l'orientamento seguito dalle singole sezioni del Consiglio di Stato si è rivelato disomogeneo. A preoccupare sono le pronunce che hanno messo in discussione la portata dell'obbligo di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Rispetto a tali pronunce si pone la questione di individuare strumenti di diritto interno che possano ovviare alla violazione dell'art. 267, terzo comma, TFUE imputabili al Supremo giudice amministrativo.

Tuttavia, nel panorama della giurisprudenza italiana, la nota sentenza n. 6/2018 della Corte costituzionale non sembra aver lasciato ampi margini di riflessione sul punto. La Consulta ha infatti ostacolato il tentativo della Corte di cassazione a Sezioni Unite di introdurre un'interpretazione "dinamica" ed "evolutiva" della nozione "motivi di giurisdizione". Una siffatta interpretazione, nella visione della Suprema Corte, avrebbe consentito di sindacare, in sede di ricorso *ex art. 111*, comma ottavo, Cost., quelle decisioni con cui il Consiglio di Stato, pur avendo giurisdizione nella controversia, finisce per esercitare poteri giurisdizionali di cui, sempre secondo la Suprema Corte, sarebbe privo,

⁴⁶ Sul punto, G. AGRATI, A. CIPRANDI, R. TORRESAN, *op. cit.*, p. 87.

⁴⁷ La soluzione, mai accolta, è stata offerta dal c.d. Progetto Spinelli (Progetto di Trattato che istituisce l'Unione europea, 14 febbraio 1984) che al suo art. 43 prevedeva un ricorso "*in cassazione dinanzi alla Corte [di giustizia] contro le decisioni giudiziarie nazionali rese in ultima istanza che rifiutino di rivolgere a essa una domanda pregiudiziale o non rispettino una sentenza pregiudiziale pronunciata dalla Corte*".

pronunciandosi in contrasto con quanto disposto dal diritto dell'Unione⁴⁸. Una situazione del genere si delineerebbe ogniqualvolta il Consiglio di Stato decide in piena autonomia le questioni concernenti l'applicazione e l'interpretazione delle norme UE, senza ricorrere allo strumento pregiudiziale.

È noto che, l'impostazione proposta dalla Corte di Cassazione non ha trovato sostegno neppure dal giudice di Lussemburgo. Invero, la Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale dalla stessa Suprema Corte, con la citata sentenza *Randstad* ha preferito non entrare nel merito del dibattito tra le due giurisdizioni apicali dell'ordinamento italiano, forse anche per evitare di incrinare il delicato rapporto instaurato nel tempo con la Consulta⁴⁹.

Di fronte al fallito tentativo della Corte di Cassazione, si potrebbe nondimeno sperare in un intervento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, come massimo consesso della giustizia amministrativa italiana⁵⁰. In questo senso, la nozione di "contrastati giurisprudenziali" per cui deferire la questione di diritto all'Adunanza plenaria *ex art. 99, comma 1, c.p.a.*, potrebbe essere interpretata, in senso conforme al diritto UE, in modo da ricomprendervi anche i casi di uso divergente dello strumento di rinvio pregiudiziale da parte delle sezioni del Consiglio di Stato⁵¹.

⁴⁸ Sentenza della Cassazione (SS. UU) del 23 dicembre 2008, n. 30254. Il concetto "dinamico" di giurisdizione, nel senso dell'effettività della tutela giurisdizionale, avrebbe consentito di sindacare non solo le norme che individuano i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale ma anche quelle che stabiliscono le forme di tutela attraverso cui la giurisdizione si estrinseca, onde verificare se il giudice la eroghi concretamente.

⁴⁹ Sentenza *Randstad Italia*, cit. La Corte di giustizia ha dichiarato che il diritto dell'Unione non osta a che l'organo giurisdizionale supremo di uno Stato membro non possa annullare una sentenza pronunciata in violazione di tale diritto dal supremo organo della giustizia amministrativa di detto Stato membro.

⁵⁰ Sul deferimento all'Adunanza plenaria *ex art. 99 c.p.a.*, S. OGGIANU, *Impugnazioni. Artt. 91-105*, in E. PICOZZA (a cura di), *Codice del processo amministrativo: D. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, commento articolo per articolo*, Torino, 2010, p. 168; S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, 2011, p. 22; F. FIGORILLI, *Il giudice amministrativo*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia Amministrativa*, Torino, 2020, pp. 47-48; N. SAIITA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Napoli, 2021, p. 953.

⁵¹ Sulla nozione di "contrastati giurisprudenziali", S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, cit., pp. 24-26, pp. 180-182.

La possibilità che questo avvenga non sarebbe ostacolata da quanto affermato dalla Corte di giustizia nella citata sentenza *Puligienica*. Il caso riguardava un'ipotesi di mancata condivisione, da parte di una sezione del Consiglio di Stato, di un principio di diritto enunciato, in occasioni precedenti, dall'Adunanza plenaria. La sezione, che dubitava della compatibilità del principio con il diritto UE, avrebbe dovuto, in questo caso, ai sensi dell'art. 99, comma 3, c.p.c., deferire nuovamente la questione all'Adunanza plenaria, prima ancora di sollevare questione pregiudiziale alla Corte di giustizia

La CGUE ha giudicato che l'art. 267 osta a regole del processo amministrativo che impongano, in via prioritaria, il deferimento di una questione di diritto UE da parte di una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza all'adunanza plenaria, qualora ciò impedisca alla sezione di effettuare essa stessa un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia⁵².

Il principio affermato in *Puligienica* è stato poi espressamente riconosciuto dalla stessa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in una successiva pronuncia in cui ha “preso atto e recepito” l'interpretazione fornita dal giudice di Lussemburgo circa il rapporto che intercorre tra “*il ruolo nomofilattico [ad essa] assegnato dall'art. 99, comma 3, c.p.a. e l'obbligo per le singole Sezioni del Consiglio [di Stato], in qualità di giudice di ultima istanza, di sollevare, anche d'ufficio, una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia.*”⁵³.

In realtà il caso oggetto della sentenza *Puligienica* (contrasto tra una sezione e l'Adunanza plenaria) non riguardava quello che interessa in questa sede. Si tratterebbe di contrasto tra le singole sezioni del

⁵² Sentenza *Puligienica*, cit., punti 34-36. In particolare, in risposta alla seconda questione pregiudiziale, la CGUE ha dichiarato che “L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale.”

⁵³ Sentenza del Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria) del 27 luglio 2016, n. 19, punti 10-12.

Consiglio di Stato circa la portata dell'obbligo di rinvio pregiudiziale e ben potrebbe rientrare nell'ipotesi contemplata nel comma 1 dell'art. 99 c.p.a., rappresentando un caso che "ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali". Per un contrasto del genere il deferimento all'Adunanza plenaria può essere disposto dalla singola sezione (comma 1), o persino dal Presidente del Consiglio di Stato (comma 2).

Il diverso modo di "amministrare" il rinvio pregiudiziale da parte delle diverse sezioni ben potrebbe essere visto come un "contrasto giurisprudenziale". Su di esso l'Adunanza plenaria potrebbe quindi essere chiamata a determinare un principio che, poi, si imporrebbe alle singole sezioni, anche in ossequio al principio di leale collaborazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE.

In questo modo, verrebbe individuato uno strumento di diritto interno in grado di ovviare alla disomogeneità che è stato messo in evidenza in questo scritto.