

In ordine all'omissione del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte del Consiglio di Stato in materie disciplinate dal diritto dell'Unione.

A proposito del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, qualora si ponga una questione di interpretazione ed applicazione della norma europea, la decisione di negare in radice la configurabilità dell'eccesso di potere giurisdizionale in tali casi, si traduce, da un lato, nella conferma di quel che potrebbe essere un indebito "rifiuto" di esercizio della giurisdizione da parte del Consiglio di Stato, per avere negato il doveroso rinvio pregiudiziale (dato il carattere obbligatorio di tale rinvio, pur se non richiesto); dall'altro, in una possibile violazione della normativa europea, per non avere posto rimedio (mediante una corretta interpretazione della norma procedurale di cui all'art. 111, ult. comma, Cost.) a una violazione conclamata del diritto euro-unitario.

Né può escludersi la possibilità che al rinvio alla Corte di Giustizia provveda direttamente la Cassazione, quando la corretta interpretazione della norma europea costituisca parametro del giudizio inerente ai motivi di giurisdizione.

Ancora una volta, seppur sotto un ulteriore rilevante profilo giuridico, si prefigura in tesi una violazione del **principio del giusto processo** (art. 111 Cost.; art. 2 cod. proc. amm.), del **principio di equivalenza** e del **principio di effettività della tutela giurisdizionale** (ex art. 19 Trattato dell'Unione Europea, art. 267 Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), non essendo stata consentita la possibilità di ottenere una concreta tutela giudiziale conforme ai tali preminenti principi dell'ordinamento giuridico nazionale e comunitario.

Così, da ultimo, anche su questo specifico aspetto, si sono pronunciate le **Sezioni Unite 18.09.2020 n. 19598**, che hanno criticato l'orientamento, secondo il quale va esclusa la censurabilità mediante ricorso per cassazione (per motivi inerenti alla giurisdizione) dell'**omissione immotivata del rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato in materie disciplinate dal diritto dell'Unione**: in questo caso, ritiene Codesta Suprema Corte,

che il giudice nazionale non possa omettere, senza motivare adeguatamente, il rinvio alla Corte di Giustizia e decidere la causa interpretando direttamente le norme non chiare del diritto dell'Unione¹.

Sul tema, anche in precedenza, la Suprema Corte si è pronunciata in merito alle **ipotesi di violazione dei c.d. limiti esterni della giurisdizione del Consiglio di Stato**, ovvero le ipotesi in cui le sentenze dei giudici amministrativi si erano poste in esplicito contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia europea senza aver provveduto al rinvio pregiudiziale; in tal senso:

i) Cass. S.U. 6.2.2015 n. 2242 e Cass. S.U. 29.12.2017 n. 31226, che fa riferimento all'ipotesi in cui il Consiglio di Stato abbia fatto applicazione di una regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea;

ii) Cass. S.U. 18.12.2017 n. 30301, che include, nel sindacato sul rispetto dei limiti esterni di giurisdizione del Consiglio di Stato, il caso in cui l'errore si sia tradotto in un'interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla Corte di Giustizia Europea; così pure, **Cass. S.U. 17.1.2017 n. 953 e Cass. S.U. 8.4.2016 n. 6891**.

Infine, sussiste un **potere di rilevare d'ufficio la questione pregiudiziale**, costantemente affermato dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria: ove ritenuta rilevante, pertanto, la questione ben può essere rimessa direttamente dal giudice, il quale, di conseguenza, è sempre libero di riformulare nei termini che ritiene corretti l'istanza proposta dalla parte.

Circostanza, anche questa, evidenziata chiaramente nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, che rimarca la non configurabilità in termini di "domanda" dell'iniziativa della parte all'interno del processo:

“La richiesta di rinvio alla Corte di giustizia CE su una questione pregiudiziale di

*interpretazione del diritto comunitario, in applicazione dell'art. 234 del Trattato CE, **non è configurabile come autonoma domanda**, rispetto alla quale, nel caso di omessa specifica pronuncia, possa farsi questione del rispetto del principio di cui all'art. 112 cod. proc. civ., ponendo tale richiesta una questione di diritto preliminare alla decisione sulla domanda di merito proposta dalla parte. Ne consegue che la richiesta può essere prospettata per la prima volta nel grado di appello e nel ricorso per cassazione, **e, solo nel giudizio di cassazione, stante la natura di giudice di ultimo grado, la facoltà di rinvio si trasforma - ricorrendone le condizioni di rilevanza e decisività - in un obbligo**" (Cass. 10.3.2010, n. 5842).*

*Idem, la Corte di Giustizia (dec. n. C 236/12 del 18.7.2013) ha ribadito **la spettanza in capo al giudice di ultima istanza dell'autonomo potere di apprezzare la rilevanza della questione, a prescindere dalla conformazione del processo nazionale**: è solo al giudice interno che compete la decisione sul rinvio e sulla formulazione delle questioni da sottoporre alla Corte, con riferimento alla forma e al contenuto delle stesse, senza che le parti in causa siano abilitate a modificarne il tenore. In proposito:*

"L'articolo 267, terzo comma, Tfeue deve essere interpretato nel senso che spetta unicamente al giudice del rinvio determinare e formulare le questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione del diritto dell'Unione che esso ritiene rilevanti ai fini della soluzione del procedimento principale. Non devono essere applicate le norme nazionali che abbiano l'effetto di ledere tale competenza" (conformemente a Corte giust., 14 aprile 2011, C-42/10, C-45/10 e C-57/10, Vlaamse Dierenartsenvereniging e Janssens, e 21 dicembre 2011, C-316/10, Danske Svineproducenter).

In questo senso, anche le **"Raccomandazioni"** della stessa Corte di Giustizia, poste all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale (2016/C 439/01):

*"La competenza della Corte a statuire in via pregiudiziale sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione è esercitata su iniziativa esclusiva dei giudici nazionali, **a***

prescindere dal fatto che le parti del procedimento principale abbiano chiesto o meno di adire la Corte. Poiché il giudice nazionale investito di una controversia è chiamato ad assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, spetta a tale giudice - e a lui solo - valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di proporre una domanda di pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emanare la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte”.

¹ Dunque, le Sezioni Unite hanno chiamato la Corte di Giustizia dell'Unione Europea a pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulle seguenti questioni di interpretazione:

1) Se l'art. 4, par. 3, art. 19, par. 1 TUE e art. 2, parr. 1 e 2, e art. 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli artt. 111 Cost., comma 8, art. 360, comma 1, n. 1 e art. 362 c.p.c., comma 1 e art. 110 codice del processo amministrativo - nella parte in cui tali disposizioni ammettono il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per “*motivi inerenti alla giurisdizione*” - quale si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che **il rimedio del ricorso per cassazione, sotto il profilo del cosiddetto “difetto di potere giurisdizionale”, non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione Europea** (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) nei quali gli Stati membri hanno rinunciato ad esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto, con l'effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere corrette tramite il predetto rimedio e di **pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria**, in contrasto con l'esigenza che tale diritto riceva piena e sollecita attuazione da parte di ogni giudice, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione da parte della Corte di giustizia, tenuto conto dei limiti alla “autonomia procedurale” degli Stati membri nella conformazione degli istituti processuali;

2) Se l'art. 4, par. 3, art. 19, par. 1 TUE e art. 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ostino alla interpretazione e applicazione dell'art. 111 Cost., comma 8, art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1 e art. 362 c.p.c., comma 1, e art. 110 del codice processo amministrativo, quale si evince dalla prassi giurisprudenziale nazionale, secondo la quale **il ricorso per cassazione dinanzi alle Sezioni Unite per “motivi inerenti alla giurisdizione”, sotto il profilo del cosiddetto “difetto di potere giurisdizionale”, non sia proponibile come mezzo di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato che, decidendo controversie su questioni concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione, omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia**, in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, da essa tassativamente indicate (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C-238/81) che esonerano il giudice nazionale dal suddetto obbligo, in contrasto con il principio secondo cui sono incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che prevedano una privazione, anche temporanea, della libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario, di rendere irrimediabile (e favorire il consolidamento del) l'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare la uniforme applicazione e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione.

Aprile 2021