GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

La corsa al dialogo nella discordia sulla giurisdizione (nota a Cons. St., ord. 18 marzo 2021, n. 2327)

di Riccardo Pappalardo

6 aprile 2021

La corsa al dialogo nella discordia sulla giurisdizione (nota a Cons. St., ord. 18 marzo 2021, n. 2327)

di Riccardo Pappalardo

Sommario: Premessa. Parte prima 1. Il dialogo come collegamento cosmonautico tra diritto interno e diritto europeo – 2. L'ordinanza Cons. St., Sez. VI, 18 marzo 2021, n. 2327 – 3. I quesiti sottoposti alla Corte di Giustizia e la rilevanza delle questioni; Parte seconda – 4. C'è un giudice a Lussemburgo: il ruolo della Corte di Giustizia dell'UE – 5. Il rinvio pregiudiziale alla CGUE come strumento di verifica dei rapporti tra le giurisdizioni interne; 6. Il principio di autonomia procedurale e i suoi limiti – 7. I motivi inerenti alla giurisdizione al centro del dibattito – 8. Il ruolo riformatore del giudice nel dialogo con la Corte costituzionale e con la Corte europea – 9. L'ordinanza Sez. Un.,18 settembre 2020, n. 19598 – Parte terza – 10. Il compito della Corte di Giustizia: giudice d'interpretazione o d'impugnazione? – 11. Conclusioni (che auspicano una conclusione).

PREMESSA

L'ordinanza Cons. St., 18 marzo 2021, n. 2327 si inserisce, aggiungendovi un importante tassello, nel dibattito sui rapporti tra giudice nazionale e giudice europeo e sui rimedi esperibili contro le

sentenze del giudice amministrativo di ultima istanza in contrasto con le decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: dibattito di cui questa *Rivista* ha dato ampiamente conto, pubblicando diversi contributi sulla nota ordinanza n. 19598/2020 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (su cui v. *infra*).

PARTE PRIMA

1. IL DIALOGO COME COLLEGAMENTO COSMONAUTICO TRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO EUROPEO

Nel suo *Dialogo sopra i due massimi sistemi del mondo*[1] Galileo Galilei opera una decisa confutazione del sistema geocentrico di stampo aristotelico-tolemaico per abbracciare una visione del cosmo di tipo copernicano. Per spiegare le sue teorie, tanto complesse quanto rivoluzionarie, e persuadere il lettore di questo nuovo modo di leggere la realtà, lo avverte di aver scelto il dialogo come forma di elaborazione e trasmissione del sapere.

Come suggerisce la sua etimologia[2], del resto, la forma dialogica, attraverso una serrata e continua interlocuzione, consente di scandagliare le varie posizioni, spesso contrapposte, per giungere auspicabilmente a un punto di sintesi finale.[3]

Il nostro ordinamento giuridico nell'ultimo ventennio ha assistito ad una vera e propria rivoluzione e il Sole attorno a cui ruotano gli altri pianeti (o, fuor di metafora, gli Stati membri) è con tutta evidenza l'ordinamento europeo.

Sarebbe infatti un'imperdonabile ingenuità ritenere che nell'epoca in cui viviamo la dimensione del giuridico si esaurisca all'interno dei confini nazionali e che non si stia assistendo, in un fertile spazio d'incontro, ad una rapidissima costruzione di un autentico diritto comune.[4]

Non è questa la sede per esaminare i significativi mutamenti che l'ordinamento dell'Unione Europea ha provocato e tuttora provoca nei singoli ordinamenti nazionali, ma quel che è certo è che tale sistema, giorno dopo giorno, si completa ed arricchisce per mezzo della fattiva interlocuzione tra giudici: nazionali ed europeo.

Oggi il dialogo giuridico è necessariamente *tra* i due massimi sistemi, ossia ordinamento interno ed europeo, ed è sicuramente agevolato da quello tra Corti europee e nazionali, all'insegna di

una sempre maggiore cooperazione.[5] Ciò ha reso più frequenti le loro occasioni di confronto e ha portato proprio le magistrature superiori nazionali a ricorrere sempre più spesso alla CGUE [6], tanto da avventurarsi in una vera e propria "corsa al dialogo", in parte dovuta all'obbligo per i giudici di ultima istanza di effettuare il rinvio pregiudiziale (v. art. 267, par. 3, TFUE, salvo alcune specifiche eventualità[7]), in parte dovuta all'auspicio che, in una rinnovata sistemazione delle fonti, l'autorevolezza di un plesso giurisdizionale "terzo" consenta di risolvere alcune questioni interne ancora insolute.[8]

2. - L'ORDINANZA CONS. STATO, SEZ. VI, 18 MARZO 2021, N. 2327

L'ordinanza in commento è tra le più emblematiche rappresentazioni di questo fenomeno.

La fattispecie oggetto dell'ordinanza riguarda, ancora una volta, l'annoso caso *Avastin-Lucentis*. [9]

Il fatto può sintetizzarsi così: l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dopo aver accertato un'intesa restrittiva della concorrenza conclusa in violazione dell'art. 101 TFUE tra alcune società operanti nel settore farmaceutico, vietava la prosecuzione delle condotte contestate e irrogava le conseguenti sanzioni amministrative pecuniarie.

Segnatamente, l'intesa avrebbe avuto l'obiettivo di ridurre la domanda, e quindi le quantità vendute, di un farmaco (*Avastin*) a favore di un altro più costoso (*Lucentis*) attraverso la diffusione di notizie tese a distorcere la percezione dei rischi dell'uso *off label* in ambito oftalmico del primo.

Avverso tale provvedimento le case farmaceutiche ricorrevano dinnanzi al giudice amministrativo il quale, dopo aver disposto la riunione dei ricorsi, li rigettava nel merito.[10]

Nel giudizio di appello il Consiglio di Stato sottoponeva alcune questioni pregiudiziali interpretative alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea[11], e, dopo la risposta da parte di quest'ultima[12], respingeva gli appelli, confermando così la sentenza di primo grado e, per l'effetto, il provvedimento impugnato.[13]

Il caso torna *sub iudice* in quanto le originarie ricorrenti hanno chiesto la revocazione della sentenza di appello deducendo, sotto plurimi aspetti, un errore di fatto revocatorio *ex* artt. 106 c.p.a. e 395, comma 1, n. 4, c.p.c.. Tali profili però qui non interessano, essendo stati risolti dal

Consiglio di Stato con sentenza non definitiva (che ha dichiarato l'inammissibilità dei motivi di revocazione dedotti).

Ciò che rileva, invece, è la circostanza che le parti – deducendo anche la violazione manifesta dei principi di diritto affermati dalla Corte di Giustizia nel precedente giudizio[14] – hanno chiesto al Consiglio di Stato sia di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 395 c.p.c. nella parte in cui non prevede un'ipotesi di revocazione per il caso in cui la sentenza sia in contrasto con il diritto eurounitario, sia di sottoporre alla Corte di Giustizia, tramite rinvio pregiudiziale, la questione della compatibilità del nostro sistema processuale rispetto al diritto UE nella parte in cui non prevede un'ulteriore ipotesi di revocazione per il caso di violazione manifesta dei principi di diritto affermati dalla CGUE in sede di rinvio pregiudiziale, non consentendo così di prevenire la formazione di un giudicato contrastante con il diritto eurounitario.

Quest'ultima è la strada intrapresa dal Consiglio di Stato.

I giudici di Palazzo Spada, infatti – dopo aver richiamato il quadro normativo di riferimento (nazionale ed europeo), nonché l'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost. fornita dalla Corte costituzionale -, evidenziano che nel nostro ordinamento non sussiste uno strumento atto a verificare e garantire che una sentenza emessa da un organo giurisdizionale di ultimo grado non si ponga in contrasto con il diritto eurounitario e, nello specifico, con i principi enunciati dalla Corte di Giustizia.

Quanto appena affermato deve necessariamente porsi in relazione con la giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia sul parallelismo tra principio di autonomia procedurale e intangibilità del giudicato.

È stato infatti più volte ribadito dalla Corte che il diritto dell'Unione non impone al giudice nazionale di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale, neanche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una situazione nazionale contrastante con detto diritto.[15]

Il principio dell'intangibilità della *res iudicata* (che, notoriamente, *facit de albo nigrum*) è infatti riconosciuto come centrale sia nell'ordinamento giuridico eurounitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali.[16]

Al fine di garantire la certezza del diritto, la stabilità dei rapporti giuridici nonché una buona amministrazione della giustizia, tale principio postula necessariamente che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione.

[17]

Proprio muovendo da tali considerazioni il Consiglio di Stato valorizza la circostanza che nel giudizio sottoposto al suo esame il giudicato non si sia ancora formato poiché non sono ancora decorsi i termini di impugnazione stabiliti dall'art. 92 c.p.a..

I tre quesiti interpretativi, difatti, vengono dichiaratamente proposti al fine di "*scongiurare la formazione del giudicato, con il conseguente consolidamento della supposta violazione del diritto comunitario*".

Per non incorrere nel rischio che si consolidi una violazione del diritto eurounitario, ad avviso del Consiglio di Stato appare perciò preferibile incidere sulla decisione prima che la stessa passi in giudicato, piuttosto che ricorrere al rimedio successivo del risarcimento del danno.

3. I QUESITI SOTTOPOSTI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA E LA RILEVANZA DELLE QUESTIONI

Poste queste premesse, con il primo quesito il Consiglio di Stato chiede alla Corte di Giustizia *se il giudice nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, in un giudizio in cui la domanda della parte sia direttamene rivolta a far valere la violazione dei principi espressi dalla Corte di Giustizia nel medesimo giudizio al fine di ottenere l'annullamento della sentenza impugnata, possa verificare la corretta applicazione nel caso concreto dei principi espressi dalla Corte di Giustizia nel medesimo giudizio, oppure se tale valutazione spetti alla Corte di Giustizia.*

Con il secondo quesito il Consiglio di Stato chiede alla Corte se nella fattispecie concreta la sentenza impugnata per revocazione abbia violato i principi espressi a suo tempo dalla Corte di Giustizia nella sentenza emanata a seguito del primo rinvio pregiudiziale.

Infine, con il terzo quesito interpretativo si chiede al giudice europeo se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, del TUE e 2, paragrafi 1 e 2, e 267 del TFUE, letti anche alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino ad un sistema come quello concernente gli articoli 106 del codice del processo amministrativo e 395 e 396 del codice di procedura civile, nella misura in cui non consente di usare il rimedio del ricorso per revocazione per impugnare sentenze del Consiglio di Stato confliggenti con sentenze della Corte di Giustizia, ed in particolare con i principi di diritto affermati da quest'ultima in sede di rinvio pregiudiziale.

Chiarito l'intendimento del Consiglio di Stato, ci si deve tuttavia interrogare sulla rilevanza delle questioni interpretative rimesse alla Corte di Giustizia, nonché sull'opportunità del rinvio.

Com'è noto la questione oggetto del rinvio deve essere *rilevante* ai fini del decidere. In altre parole la risoluzione del dubbio prospettato deve essere decisiva nella soluzione del caso *sub iudice*.**[18]**

Tale precisazione non è da trascurare, specie nel caso al nostro esame.

Il Consiglio di Stato, infatti, se è pur vero che da un lato interpella il giudice europeo – così come suggerito dalle parti -, è però altresì vero che prende subito posizione sulla fondatezza dei sospetti avanzati.

Nell'ordinanza, infatti, si afferma *expressis verbis* che il Collegio dubita che le violazioni del diritto UE prospettate dalle parti effettivamente sussistano ("*da cui l'ipotetica irrilevanza del quesito pregiudiziale proposto dalle società ricorrenti*"), affermando altresì che la sentenza impugnata ha ben recepito il *dictum* della Corte di Giustizia.

Al più, continua l'ordinanza, potrebbe trattarsi di *error in iudicando* non relativo allo scorretto recepimento della regola di giudizio o dei principi giuridici applicabili in astratto (non essendo stato affermato dalla sentenza revocanda un principio di diritto contrario con gli stessi), bensì riferibile all'applicazione concreta dei principi espressi dalla Corte di Giustizia, a seguito dell'erronea valutazione e interpretazione dei fatti di causa e del materiale probatorio.

Quest'ultima attività però, secondo il Consiglio di Stato – essendo inerente all'esame della fattispecie concreta e non all'interpretazione della norma – è attività tipicamente demandata al giudice nazionale e, quand'anche erronea, non sarebbe idonea a dar luogo ad un orientamento giuridico contrastante con quanto affermato dalla Corte di Giustizia.

Una conferma di tale assunto la si troverebbe nella recente sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 2 del 2018 in cui è stato precisato che "*nella fisiologica dinamica dei rapporti fra il Giudice della nomofilachia e quello del giudizio* a quo*, a seguito dell'enunciazione del principio di diritto da parte del primo, spetterà a quest'ultimo l'attività di contestualizzazione della* regula iuris *in relazione alle peculiarità del caso concreto, dovendosi in via di principio escludere forme di sostanziale ibridazione fra l'enunciazione di un principio e la definizione di una vicenda puntuale*".**[19]** Il principio, riferito al rapporto tra giudici nazionali, secondo il Consiglio di Stato sarebbe replicabile anche nella prospettiva dei rapporti tra giudice nazionale e Corte di Giustizia.

Sebbene dunque sia lo stesso giudice remittente a dubitare della rilevanza delle questioni[20], il Collegio si interroga comunque se a sindacare la sussistenza di una violazione del diritto dell'Unione Europea debba essere il giudice nazionale o la Corte di Giustizia, quale unica istituzione competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale sulla validità e l'interpretazione del diritto dell'UE (nel cui novero rientrerebbero anche le pronunce della stessa Corte di Giustizia).

Un approfondimento di tali questioni richiede però preliminarmente che si svolga qualche breve riflessione sul ruolo che la Corte di Giustizia occupa nell'ordinamento eurounitario, nonché sul rinvio pregiudiziale, quale istituto centrale nel dialogo tra le Corti.

PARTE SECONDA

4. C'È UN GIUDICE A LUSSEMBURGO: IL RUOLO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE

Com'è noto, nel sistema giuridico europeo, la Corte di Giustizia è l'Istituzione titolata ad assicurare *il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati* al fine di garantirne l'uniforme applicazione da parte di tutti gli Stati membri, i quali, dal canto loro, *stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione*.[21]

Il suo ruolo è davvero un *unicum* nel panorama delle organizzazioni internazionali: essa, in particolare, oltre a ulteriori specifiche funzioni previste dai Trattati, ha il precipuo compito di pronunciarsi, in via principale sui ricorsi presentati da uno Stato membro, da un'Istituzione o da una persona fisica o giuridica, nonché, in via pregiudiziale, su richiesta delle giurisdizioni nazionali, sull'interpretazione del diritto dell'Unione o sulla validità degli atti adottati dalle Istituzioni.[22]

Nei ricorsi diretti la Corte assume, *mutatis mutandis*, le vesti di giudice costituzionale e di giudice di ultima istanza, ma è in sede di rinvio pregiudiziale che può scorgersi la enorme potenzialità della funzione nomofilattica della Corte.[23

Come anche riconosciuto dalla Corte di Giustizia, le sue decisioni sono vincolanti per il giudice nazionale[24], il quale, ove non osservasse il principio di diritto enunciato dalla Corte, esporrebbe lo Stato membro all'apertura di una procedura di infrazione e a un ricorso per inadempimento a norma dell'art. 258 TFUE.[25]

Nel risolvere la questione al suo esame la Corte di Giustizia realizza una cooperazione virtuosa con i giudici nazionali, che, a loro volta, avendola investita della questione, diventano essi stessi sentinelle del diritto dell'Unione.[26]

La scelta se effettuare o meno il rinvio spetta infatti soltanto ai giudici nazionali che sono investiti della controversia. Essi devono assumersi la responsabilità della futura pronuncia e valutare, in riferimento alle particolarità di ciascuna causa, tanto la necessità di un rinvio pregiudiziale per poter emettere la loro sentenza, quanto la rilevanza delle questioni che essi sottopongono alla Corte.[27]

Tale circuito, per molti versi virtuoso, può tuttavia produrre delle notevoli distorsioni.

Come evidenziato da autorevole dottrina, lo spettro della responsabilità dello Stato-giudice per violazione del diritto UE può comportare alcune forme di abuso della richiesta di rinvio pregiudiziale ad opera delle parti, nonché un eccesso di scrupolo da parte dei giudici di ultima istanza, i quali di fronte alla minaccia della responsabilità potrebbero non trovare più adeguata rassicurazione nell'applicazione della teoria dell'*acte clair* introdotta a partire dalla sentenza *Cilfit*.[28]

5. IL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CGUE COME STRUMENTO DI VERIFICA DEI RAPPORTI TRA LE GIURISDIZIONI INTERNE

Ma, come già si è avuto modo di accennare, vi è anche un'altra tendenza al rinvio pregiudiziale, più nebulosa, che negli ultimi mesi ha visto protagonisti la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato, che hanno deciso di effettuare due rinvii pregiudiziali interpretativi *ex* art. 267 TFUE per verificare la compatibilità del nostro sistema processuale rispetto al diritto eurounitario nei casi in cui non siano rinvenibili rimedi interni – diversi da quello risarcitorio – per far fronte all'inosservanza delle sentenze della CGUE.[29]

In realtà tale corsa-rincorsa al rinvio alla CGUE deve necessariamente essere letta insieme ad un altro fenomeno, di segno opposto al dialogo, che ultimamente ha coinvolto Corte di Cassazione, Corte costituzionale e Consiglio di Stato, ossia quella che è stata definita la "*guerra tra Corti*"[30] sull'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost. relativo al ricorso in cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per "*motivi inerenti alla giurisdizione*".[31]

Il tema, che necessiterebbe un'autonoma trattazione[32], sarà qui affrontato limitatamente ad un suo specifico aspetto, ossia la tenuta dell'attuale assetto dei rapporti tra giurisdizioni di fronte all'applicazione del diritto dell'Unione.

6. IL PRINCIPIO DI AUTONOMIA PROCEDURALE E I SUOI LIMITI

Per affrontare più nel dettaglio quanto ora accennato, giova fare una rapida digressione sui limiti del principio di autonomia procedurale degli Stati membri.

Con riferimento al diritto processuale, a partire dal caso *Rewe* del 1976*[33]*, la Corte di Giustizia, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria volta ad armonizzare il diritto processuale nazionale, ha ripetutamente riconosciuto tale principio, in virtù del quale spetta ai singoli Stati membri il compito di predisporre gli strumenti processuali più idonei a garantire l'attuazione del diritto europeo nei settori di applicazione.[34]

Questa competenza procedurale degli Stati membri viene dunque intesa dal giudice europeo come autonomia nella previsione dei rimedi finalizzati a garantire l'effettività del diritto UE.[35]

Tale autonomia, tuttavia, non è considerata dalla Corte senza limiti, ma viene riconosciuta agli Stati a condizione che gli strumenti interni approntati non siano meno favorevoli rispetto a quelli relativi a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (*principio di equivalenza*) e non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (*principio di effettività*).[36]

Come giustamente rilevato dalla dottrina più autorevole, la Corte si è riservata una sorta di *droit de regard* sugli ordinamenti nazionali, per verificare non tanto se essi garantiscano un livello minimo di protezione, bensì se le condizioni procedurali e sostanziali previste siano o meno conformi a parametri di adeguatezza ed effettività, che la Corte stessa desume dal *corpus* del diritto UE o dai principi generali.[37]

Si delinea così quello che è stato definito uno standard europeo di tutela giudiziaria, a cui i singoli ordinamenti devono cedere il passo, rafforzando le modalità di protezione, "*anche a costo di modificare o introdurre norme e procedure* ad hoc*, nell'ordinamento giuridico nazionale*".[38]

7. - I MOTIVI INERENTI ALLA GIURISDIZIONE AL CENTRO DEL DIBATTITO

Delineata la cornice di riferimento, è il caso adesso di comprendere la ragione per cui i recenti movimenti tellurici tra le Corti abbiano come epicentro proprio l'applicazione del diritto sovranazionale.

Il tradizionale orientamento della Suprema Corte ha sempre escluso che la violazione del diritto dell'Unione Europea comporti un indebito straripamento del giudice amministrativo dalle sue attribuzioni. Si è osservato, infatti, che il primato del diritto eurounitario non è in grado di sovvertire gli assetti procedimentali degli ordinamenti nazionali.**[39]**

La *querelle* giurisprudenziale è infatti piuttosto recente. Essa ha inizio nel 2015 con la sentenza *Cogeam* (dal nome dell'impresa ricorrente), quando, pur senza smentire espressamente il consolidato indirizzo su cui si erano assestate e valorizzando le peculiarità del caso al loro esame, le Sezioni Unite, in considerazione della nozione elastica di giurisdizione, hanno affermato che rientra tra i motivi inerenti alla giurisdizione il caso, estremo, di *radicale stravolgimento* delle norme europee di riferimento, per come interpretate dalla Corte di Giustizia.**[40]**

In tale pronuncia si afferma che "*la cassazione della sentenza impugnata risulta, allora, indispensabile per impedire, anche nell'interesse pubblico, che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo, esplichi i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, così come interpretato dalla Corte di giustizia, con grave nocumento per l'ordinamento europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi degli Stati membri deve conformarsi alla normativa comunitaria*".**[41]**

Tale orientamento è stato poi rafforzato dalla la celebre sentenza *Mantovani* (dal nome dell'impresa ricorrente) con cui le Sezioni Unite hanno cassato per diniego di giurisdizione una sentenza del Consiglio di Stato che aveva fatto applicazione di una regola processuale interna che, per come interpretata, si poneva in frontale contrasto con il diritto eurounitario alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia.**[42]**

Sulla base della specifica collocazione istituzionale della Corte di Giustizia nell'architettura europea, nonché in forza del principio di prevalenza del diritto dell'Unione europea su quello nazionale, le Sezioni Unite hanno affermato infatti che, nell'ambito di intervento del diritto eurounitario, costituiscono motivi di giurisdizione le ipotesi di scostamento dalla giurisprudenza

della Corte di Giustizia in tema di accesso alla tutela giurisdizionale, giacché in esse l'errore di interpretazione determina un radicale stravolgimento delle norme di rito ridondante in manifesto diniego di giurisdizione.**[43]**

Seppur tale approdo abbia introdotto un principio di sicura portata innovativa nei rapporti tra Cassazione e Consiglio di Stato, quanto appena affermato dalla Suprema Corte non ebbe in realtà il tempo di sedimentarsi a sufficienza a causa di una decisa battuta di arresto ad opera della Corte costituzionale.

Le Sezioni Unite, infatti, sulla linea tracciata dalle pronunce sopra ricordate, domandarono alla Corte Costituzionale se la loro recente interpretazione "evolutiva" e "dinamica" del concetto di giurisdizione consentisse altresì di assimilare la violazione del diritto convenzionale a quella del diritto eurounitario al fine di legittimare la ricorribilità in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione in caso di sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con le decisioni della Corte EDU.

Il Giudice delle leggi, però, nella ben nota sentenza n. 6 del 2018**[44]**, ha posto un freno a tale accelerazione interpretativa, segnando una tappa fondamentale nel dibattito sui motivi inerenti alla giurisdizione e, attraverso ciò, sui rimedi esperibili in caso di violazione del diritto sovranazionale da parte del Consiglio di Stato.**[45]**

La risposta della Corte costituzionale ai quesiti sottoposti è stata decisamente opposta rispetto a quanto sostenuto in precedenza dalle Sezioni Unite, non lasciando margini di incertezza: l'interpretazione evolutiva finora avanzata e volta a far rientrare tra i motivi di ricorso in cassazione anche il sindacato su *errores in procedendo* o *in iudicando*, non soltanto "*mette in discussione la scelta di fondo dei Costituenti dell'assetto pluralistico delle giurisdizioni*", ma non può neppure qualificarsi come "evolutiva", proprio perché "*non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale*".

Secondo Giudice delle leggi, peraltro – ed è questo il punto che qui più interessa – il sindacato della Corte di Cassazione "*nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU*", perché ciò costituisce pur sempre un motivo di illegittimità, seppur particolarmente qualificata.

Chiarito ciò, la Corte costituzionale si mostra ben consapevole della sussistenza di un problema nel nostro sistema processuale, specie nel caso di sopravvenienza di una decisione delle Corti sovranazionali, ma esorta a trovare una soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con l'introduzione ad opera del Legislatore di un nuovo caso di

revocazione di cui all'art. 395 c.p.c., così come già auspicato nella sentenza n. 123 del 2017**[46]**.

In quest'ultima pronuncia la Corte – investita della questione di legittimità costituzionale degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c. nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – ha posto all'attenzione del Legislatore l'invito della Corte EDU a introdurre strumenti processuali interni che consentano la riapertura del processo non penale, precisando infatti che, diversamente da quanto si impone nel processo penale**[47]**, dalla lettura della giurisprudenza della Corte EDU, per gli Stati che non prevedono tale meccanismo, non emerge alcun obbligo di riaprire i processi civili o amministrativi, essendo rimessa alla loro discrezionalità la scelta del miglior rimedio per conformarsi alle pronunce della Corte di Strasburgo.**[48]**

8. IL RUOLO RIFORMATORE DEL GIUDICE NEL DIALOGO CON LA CORTE COSTITUZIONALE E CON LA CORTE EUROPEA

Le pronunce sopra ricordate non soltanto hanno rappresentato la cassa di riso

nanza di un dibattito già avviato da tempo, ma sono state anche un autentico tonico per una prolifica e vivacissima riflessione giuridica, che tutt'oggi perdura. Esse dunque non vanno lette isolatamente, ma in sinergia tra loro, in un contesto in cui l'una costituisce il terreno di coltura dell'altra.

Ormai, peraltro, è del tutto evidente che sia in corso un profondo ripensamento del nostro intero assetto processuale, a partire dal concetto stesso di potere giurisdizionale quale prerogativa dello Stato che promana dallo Stato. In tale epoca post-moderna- in cui il rigorismo delle fonti del diritto, per come delineato all'art. 1 delle Disposizioni preliminari al codice civile, appare a molti superato -l'opera del giudice sembra decisiva. **[49]**

In un contesto improntato al pluralismo giuridico il giudice non è più (solo) *iudex sub lege*, bensì rappresenta "*il più autentico garante della crescita di un ordinamento giuridico, della sua perenne storicità e, pertanto, della sua salutare coerenza al divenire sociale*".**[50]**

In una combinazione di regimi giuridici diversi il ruolo del giudice muta. Un panorama normativo multilivello gli impone infatti di rendersi interprete di rinnovate esigenze

attribuendogli nuovi compiti e responsabilità. Ciò inevitabilmente richiede un costante dialogo con altri giudici e Istituzioni.

L'esperienza insegna che il dialogo può svilupparsi sia in senso orizzontale, tra più giudici di un medesimo ordinamento giuridico (in tal caso l'interlocutore privilegiato, dato il suo ruolo, è la Corte costituzionale), sia in senso verticale (tra giudici nazionali e giudici sovranazionali, primi tra tutti Corte di Giustizia e Corte EDU).

Per tornare al nostro caso, dopo la sentenza n. 6 del 2018, si è registrato un pacifico recepimento da parte della Corte di Cassazione di quanto affermato dal Giudice costituzionale: le Sezioni Unite in plurime occasioni hanno infatti ritenuto recessivo l'orientamento di segno evolutivo dalle stesse avanzato con le sentenze *Cogeam* e *Mantovani*, riprendendo pertanto a negare che il loro intervento, in sede di controllo di giurisdizione, possa essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU e/o dall'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, trattandosi di motivi attinenti alla legittimità della decisione e, come tali, esulanti dalle questioni di giurisdizione.**[51]**

Com'è noto, però, il dibattito è stato riaperto, in termini peraltro assai più accesi, da una recente riconsiderazione critica da parte delle Sezioni Unite dei rimedi che l'ordinamento appresta per far fronte alle violazioni del diritto eurounitario da parte del giudice amministrativo.

La strada scelta dalle Sezioni Unite è ancora una volta quella del dialogo, ma stavolta si è cambiato interlocutore. Come si è già detto *supra*, vi è infatti una corsa, sempre maggiore, al dialogo con la Corte di Giustizia su questioni di diritto processuale interno.

Il diritto europeo, in altre parole, assume sempre più spesso il ruolo di metro di giudizio attraverso cui misurare l'effettività della tutela giurisdizionale garantita dal Legislatore nazionale.

Di tutto questo è urgente tener conto perché mai come oggi si è avvertito il bisogno di spostare in ambito sovranazionale la risoluzione di questioni pressoché interne, richiedendo al giudice europeo un compito che forse neppure gli è proprio, e che egli stesso in verità ha avuto cura di non assumere avendo ripetutamente riconosciuto il principio di autonomia processuale degli Stati membri.

9. L'ORDINANZA SEZ. UN.,18 SETTEMBRE 2020, N. 19598

Con l'ormai notissima ordinanza 18 settembre 2020 n. 19598 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione – tornando sull'annoso tema dei motivi inerenti alla giurisdizione di cui all'art. 111, comma 8, Cost. – hanno rimesso alla Corte di Giustizia dell'UE tre questioni pregiudiziali.[52]

Il caso all'attenzione della Corte di Cassazione interessava quella fecondissima fucina che è il contenzioso sugli appalti pubblici, che l'esperienza ha insegnato essere un prodigioso banco di prova del diritto nazionale e di quello eurounitario.

Anche in questo caso la decisione del Consiglio di Stato impugnata veniva contestata in quanto ritenuta in contrasto con i principi affermati dalla Corte di Giustizia, in particolare nelle sentenze Lombardi[53], Puligienica[54] e Fastweb[55].

Non è certamente questa la sede per scandagliare nel dettaglio la ricchissima intelaiatura di argomentazioni poste dall'ordinanza in questione[56]; ci soffermeremo pertanto su un punto specifico, ossia l'esigenza, manifestata dalle Sezioni Unite, di evitare la formazione di un giudicato amministrativo gravemente contrastante con il diritto eurounitario.

A tal proposito la Suprema Corte ravvisa nel ricorso per cassazione *ex* art. 111, comma 8, Cost. lo strumento più idoneo a scongiurare siffatto esito. Tale mezzo impugnatorio viene infatti descritto come "*l'estremo rimedio apprestato dall'ordinamento nazionale per evitare la formazione di qualunque giudicato contrario al diritto dell'Unione*".

Le Sezioni Unite ampliano la riflessione che si imporrebbe nel caso concreto al loro esame per soffermarsi su alcuni profili centrali del nostro ordinamento processuale, ossia i rapporti tra le diverse giurisdizioni interne laddove venga in rilievo l'applicazione del diritto dell'Unione Europea.

La Corte di Cassazione, infatti, ben conscia dell'orientamento della Corte costituzionale di cui alla sentenza n. 6 del 2018, ne sospetta l'incompatibilità con il diritto UE sulla base di molteplici argomentazioni.

Essa muove dalla considerazione che "*il giudice nazionale che faccia applicazione di normative nazionali (sostanziali o processuali) o di interpretazioni elaborate in ambito nazionale che risultino incompatibili con disposizioni del diritto dell'Unione applicabili nella controversia, come interpretate dalla Corte di giustizia [...] esercita un potere giurisdizionale di cui è radicalmente privo, ravvisandosi un caso tipico di difetto assoluto di giurisdizione – per avere compiuto un'attività di diretta produzione normativa non consentita nemmeno al legislatore nazionale – censurabile per cassazione con motivo inerente alla giurisdizione, a prescindere dall'essere la sentenza della Corte di giustizia precedente o successiva alla sentenza amministrativa impugnata*

nel giudizio di cassazione".

Questa tesi, se portata alle sue estreme conseguenze, a rigor di logica, dovrebbe condurre alla conclusione per cui qualsiasi giudice nazionale (ordinario o amministrativo che sia) è radicalmente privo del potere giurisdizionale quando applica norme nazionali che risultino (*ex ante*, ma forse anche *ex post*, dato il richiamo alle sopravvenute sentenze della CGUE) contrarie al diritto europeo.

Seguendo tale impostazione, tanto affascinante quanto parossistica, sembrerebbe pertanto che il giudice nazionale, non soltanto sia vincolato all'osservanza e all'applicazione del diritto dell'Unione Europea, ma, nei campi regolati da tale diritto, questo costituisca il presupposto della giurisdizione, la quale verrebbe meno nel momento in cui si effettuino interpretazioni della normativa interna contrastanti con esso.

Quanto testé tratteggiato si spiegherebbe, ad avviso della Suprema Corte, giacché, contrariamente a quanto avviene con la sentenza affetta da semplice violazione di legge nelle fattispecie regolate dal diritto nazionale – ove la erronea interpretazione o applicazione della legge è, tranne in casi eccezionali, pur sempre riferibile a un organo giurisdizionale che è emanazione della sovranità dello Stato -, "*nelle controversie disciplinate dal diritto dell'Unione lo Stato ha rinunciato all'esercizio della sovranità, la quale è esercitata dall'Unione tramite i giudici nazionali, il cui potere giurisdizionale esiste esclusivamente in funzione dell'applicazione del diritto dell'Unione*".

Tale passaggio, che sembra far discendere dalla violazione del diritto eurounitario una lesione della sovranità europea, è stato oggetto di puntuali critiche da parte della dottrina, la quale si è anche interrogata sia sulle ragioni per cui debba gravare sulla Corte di Cassazione il compito di " *garante naturale della sovranità europea*", sia sull'adeguatezza a tali fini dello strumento del ricorso *ex* art. 111, comma 8, Cost..**[57]**

La risposta che la Cassazione fornisce a tali interrogativi è lineare: scongiurare il consolidamento di una violazione del diritto eurounitario, prima che la decisione del Consiglio di Stato passi in giudicato.

Che tale problema esista, – specie in caso di sopravvenienza delle decisioni delle Corti sovranazionali -, è stato perfino attestato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 6 del 2018, la quale, come già si è avuto modo di accennare, affermando che la soluzione vada ricercata all'interno di ciascuna giurisdizione, ha esortato il Legislatore a introdurre un nuovo caso di revocazione nell'art. 395 c.p.c..

Due punti meritano però di essere sottolineati.

La Corte di Cassazione, registrando allo stato attuale l'insussistenza di un utile rimedio revocatorio per scongiurare le violazioni del diritto dell'Unione addebitabili agli organi giurisdizionali, giunge alla conclusione che il ricorso per cassazione costituisca l'unico possibile rimedio avverso le sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con la giurisprudenza – antecedente o sopravvenuta – della Corte di Giustizia.

Ma vi è di più. Secondo le Sezioni Unite, quand'anche si introducesse un nuovo caso di revocazione per far fronte alle violazioni del diritto UE**[58]**, tale rimedio, comunque, non sarebbe agevolmente praticabile per i limiti strutturali dell'istituto, specialmente laddove le sentenze delle Corti sovranazionali siano precedenti alla sentenza impugnata. Concludendo, esse dubitano anche che lo strumento revocatorio sia idoneo a paralizzare l'ammissibilità del ricorso per cassazione, non potendosi escludere che anche la sentenza emanata in sede di revocazione possa potenzialmente violare i limiti della giurisdizione.

PARTE TERZA

10.- IL COMPITO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA: GIUDICE D'INTERPRETAZIONE O D'IMPUGNAZIONE?

Come si è avuto modo di illustrare, la Corte di Giustizia è chiamata a svolgere un ruolo determinante che suscita vivo interesse tra gli studiosi poiché, trascendendo il caso specifico al suo esame, può ricucire uno strappo attualmente presente nel nostro ordinamento processuale.

È evidente infatti che il rinvio effettuato dall'ordinanza del Consiglio di Stato in commento è speculare a quello recentemente operato dalle Sezioni Unite: in entrambi i casi il giudice europeo, attraverso l'utilizzo di uno strumento tipico (*i.e.* il rinvio pregiudiziale), è chiamato a svolgere un compito atipico, tanto inusuale quanto delicato.

A questo proposito sorge una domanda: a seguito di un rinvio pregiudiziale interpretativo, la Corte di Giustizia può dismettere le vesti dell'interprete per assumere il compito di giudice dell'impugnazione?

Dal tenore dell'ordinanza di rinvio emerge che il Consiglio di Stato sia ben consapevole che, per giurisprudenza consolidata, la Corte di Giustizia non sia competente a decidere lo specifico caso da cui origina il rinvio: spetta unicamente al giudice nazionale esaminare e valutare i fatti del procedimento principale nonché determinare l'esatta portata delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative applicabili.**[59]**

Ciononostante, secondo il giudice amministrativo di ultima istanza, visto che il ricorso per revocazione proposto dalle ricorrenti, nella sua fase rescindente, si fonda soltanto sulla pretesa violazione dei principi affermati dalla Corte di Giustizia nel precedente giudizio, allora "*anche le circostanze di fatto e i relativi elementi di prova, che in base alla giurisprudenza già citata dovrebbero essere di esclusiva valutazione del giudice nazionale, vengono a costituire – nella loro prospettata errata o mancata valutazione da parte del giudicante – gli specifici parametri alla stregua dei quali verificare la sussistenza o meno della dedotta violazione dei principi di diritto affermati dalla Corte di Giustizia*".

Siffatta affermazione appare tuttavia poco persuasiva, almeno per due ragioni.

Innanzitutto, se spettasse alla Corte di Giustizia verificare la corretta applicazione nel giudizio *a quo*dei principi espressi in sede di rinvio pregiudiziale è ovvio che tale attività imporrebbe necessariamente un esame della fattispecie concreta (attività che la Corte tende ad escludere).

Ma, soprattutto, si snaturerebbe lo strumento del rinvio pregiudiziale interpretativo.

In realtà, in via di principio, il quadro normativo di riferimento astrattamente consentirebbe pure di adire una seconda volta la Corte.

Stando all'art. 104 del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia, riguardante l'interpretazione delle pronunce della Corte, in caso di rinvio pregiudiziale spetta ai giudici nazionali valutare se essi abbiano ricevuto sufficienti chiarimenti mediante una pronuncia pregiudiziale, *o se appaia necessario adire nuovamente la Corte*.

Ma tale nuovo rinvio, se si guarda alla norma, dovrebbe riguardare la sufficienza dei chiarimenti e non la loro correttezza applicazione.

Se così non fosse, all'intervento della Corte di Giustizia "a monte", sulla corretta interpretazione delle norme eurounitarie, si sommerebbe pertanto una sua intromissione "a valle" avente come obiettivo il controllo sull'operato dei giudici nazionali.

Si tratterebbe allora di un malcelato, e finora sconosciuto, strumento impugnatorio, la cui non attivazione peraltro esporrebbe a responsabilità lo Stato membro, con tutte le conseguenze immaginabili in tema di dilatazione dei tempi processuali e di sovraccarico del ruolo della Corte.

Le suddette conclusioni appaiono smentite anche dalle Raccomandazioni relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale**[60]**, in cui si afferma espressamente che " *La domanda di pronuncia pregiudiziale deve riguardare l'interpretazione o la validità del diritto dell'Unione, e non l'interpretazione delle norme del diritto nazionale o questioni di fatto sollevate*

nell'ambito del procedimento principale".

Se dunque appare difficile che la Corte accolga la prima questione (e, per l'effetto, la seconda), giova allora domandarsi quale strumento le parti avrebbero a disposizione a fronte di un erroneo recepimento nel caso concreto dei principi affermati dalla Corte di Giustizia da parte dei giudici di ultima istanza.

A tal fine occorre soffermarsi sul terzo quesito (il quale non è posto in subordine rispetto ai precedenti, e quindi autonomamente analizzabile), ossia se sia incompatibile con il diritto UE la mancata previsione di un'apposita ipotesi di revocazione per impugnare sentenze del Consiglio di Stato confliggenti con sentenze della Corte di Giustizia, "*e in particolare con i principi di diritto affermati dalla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale".*

Il quesito si presta a due possibili interpretazioni letterali, giacché il significato da attribuirsi alla locuzione "*in particolare*" potrebbe essere sia quello di ulteriore precisazione volta a delimitare il perimetro entro cui va letta la parte che precede (quindi come equivalente di "*più specificamente* "); sia quello di aggiunta tesa solamente a focalizzare l'attenzione (quindi come sinonimo di " *soprattutto*", "*prima di ogni altra cosa*"). Quest'ultimo significato consentirebbe di ricomprendere nel quesito anche le ipotesi di contrasto di una sentenza del Consiglio di Stato con sentenze sopravvenute della Corte di Giustizia.

Tuttavia, attraverso un argomento teleologico, che tenga dunque conto della finalità che ha la rimessione alla Corte di Giustizia, deve preferirsi un'interpretazione che non trascenda dal caso concreto e che quindi sia ossequiosa del principio della rilevanza.

È evidente, pertanto, che deve essere preferito il primo dei due significati prospettati, ritenendo così il quesito circoscritto all'assenza di ipotesi di revocazione dirette a verificare la corretta applicazione dei principi espressi dalla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale nella "medesima" controversia.

Se però il principio di rilevanza impone la formulazione di una domanda così circoscritta, ciò comunque non dovrebbe indurre a escludere che la Corte di Giustizia, nell'illustrare la sua risposta, possa comunque svolgere alcune argomentazioni sistematiche volte a chiarire in che rapporto il principio di autonomia procedurale si pone rispetto all'attuale sistema processuale italiano per il caso di decisioni del giudice amministrativo di ultima istanza, non ancora passate in giudicato, che violino il diritto europeo.

11. CONCLUSIONI (CHE AUSPICANO UNA CONCLUSIONE)

L'occasione è d'oro, poiché pendono dinnanzi alla Corte di Giustizia due rinvii – quello operato dalla Corte di Cassazione e quello effettuato dal Consiglio di Stato – nella sostanza convergenti, perché diretti a scongiurare il consolidamento di violazioni del diritto europeo che ben potrebbero essere corrette tramite rimedi interni (siano essi il ricorso in cassazione o un nuovo caso di revocazione), allo stato però inattivabili, vuoi per una solida e resistente interpretazione della norma costituzionale, vuoi per la mancanza di una disposizione legislativa al riguardo.

Semplificando: con il primo rinvio, la Corte di Cassazione chiede alla Corte di Giustizia se il ricorso per motivi di giurisdizione possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che seguano interpretazioni incompatibili con le sentenze della Corte di Giustizia nei settori disciplinati dal diritto UE; con il secondo, quello del Consiglio di Stato, invece si domanda alla Corte di Giustizia se un tale rimedio non possa essere invece la revocazione.

La Corte di Giustizia è dunque stata chiamata a dipanare un intricatissimo nodo problematico, forse non solo interpretativo, che investe incisivamente l'assetto costituzionale delle giurisdizioni.

Essa, dunque, assume di fatto il ruolo di arbitro di una contesa che trascende le singole tematiche e concerne invece gangli ben più profondi del nostro ordinamento: il rapporto tra le giurisdizioni, e quindi il ruolo ordinamentale della Corte di Cassazione.

Ad avviso di chi scrive la Corte di Giustizia, pur senza abdicare al ruolo cui è chiamata, non potrà né dovrà scegliere essa stessa quale dei due rimedi processuali sia più adatto ad assicurare l'osservanza del diritto UE, compito questo inequivocabilmente spettante agli Stati membri.

Ciò, in verità, sarebbe astrattamente possibile ove – come paventato dalla Corte di Cassazione con dovizia di argomenti – risultasse con riferimento a uno specifico rimedio violato il principio di *equivalenza*

Nel ritenere violato il principio di equivalenza (specie nel caso in cui non si consenta il ricorso in cassazione per denunciare l'eccesso di potere del giudice amministrativo che travalichi la sfera di competenza del Legislatore europeo) ci si scontrerebbe però con la considerazione, prontamente avanzata in dottrina, secondo cui è la stessa giurisprudenza della Sezioni Unite a ritenere più teorica che effettiva l'ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale rispetto al Legislatore nazionale**[61]**, avendo così "dequotato" il diniego di giustizia a mero errore interpretativo, "*avvertendo poi l'esigenza di ricorrere al radicale stravolgimento delle regole UE*

per giustificarne la sindacabilità, così, in buona sostanza, teorizzandone il confinamento a tale ipotesi (così peraltro indebolendo, se non radicalmente svilendo, il richiamo all'equivalenza)". **[62]**

Tra i limiti al principio di autonomia procedurale quello più pregnante potrebbe invece essere il principio di effettività, che si assumerebbe leso se il nostro ordinamento non offrisse un rimedio utile per far fronte all'inosservanza della giurisprudenza della Corte di Giustizia (anche sopravvenuta nell'intervallo temporale precedente al giudicato). Tale dubbio appare più consistente del primo, e sembra peraltro condiviso – seppur da diversi punti di osservazione – tanto dalla Suprema Corte quanto dal Consiglio di Stato.

Sicché, è proprio muovendo dall'esigenza di garantire il principio di effettività che la Corte di Giustizia – come peraltro già fatto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 6 del 2018 – potrà prendere atto dell'esistenza di un vuoto di tutela incompatibile con l'ordinamento eurounitario, rimettendo però al singolo Stato membro la scelta dello strumento utile ad evitare, prima della formazione del giudicato, che si consolidino interpretazioni contrarie al diritto eurounitario, così come interpretato dalla Corte di Giustizia.

A tal punto, a seguito di una siffatta risposta, esaustiva ma rispettosa delle competenze statali in materia, la logica conseguenza per evitare di esporre lo Stato italiano ad una procedura di infrazione sarebbe quella di investire della questione nuovamente la Corte costituzionale, che valuterà se cambiare l'orientamento manifestato con la sentenza n. 6 del 2018 (consentendo così il ricorso per cassazione anche nei casi di violazione da parte del Consiglio di Stato delle sentenze della Corte di Giustizia) o se svilupparlo ulteriormente dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 395 c.p.c. nella parte in cui non consente di ricorrere al rimedio del ricorso per revocazione al fine di impugnare sentenze del Consiglio di Stato confliggenti con le sentenze della Corte di Giustizia.

Se è pur vero che il giudice nazionale, per garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione, può disapplicare (*rectius* non applicare) le disposizioni nazionali contrastanti, senza dover necessariamente attendere un intervento del Legislatore o una declaratoria di incostituzionalità, nel nostro caso l'interlocuzione con la Corte costituzionale sarebbe certamente opportuna (forse dovrebbe essere indicata come strada dalla stessa Corte di Giustizia), ripristinando così virtuosamente il dialogo interno tra le nostre Corti.

Ma vi sono altre ragioni che inducono ad auspicare un intervento della Corte costituzionale.

In entrambi i casi prospettati, infatti, non si tratterebbe "semplicemente" di disapplicare una disposizione nazionale contrastante con il diritto UE.

In un caso si tratterebbe di disapplicare una disposizione costituzionale o, per meglio dire, l'interpretazione che ne fornisce la Corte costituzionale (che è l'interprete naturale del dettato costituzionale) senza però investirla della questione.

Nel secondo caso, ove si propendesse per lo strumento revocatorio, è pacifico che solamente la Corte costituzionale potrebbe introdurre una nuova ipotesi di revocazione. Diversamente, il giudice *a quo*dovrebbe operare una sorta di disapplicazione additiva, senza peraltro che da essa possano scaturire effetti *erga omnes*.

In ambedue le ipotesi l'ordinamento non se ne gioverebbe.

***

[1] G. Galilei, *Dialogo sopra i due massimi sistemi del mondo*, Firenze, 1632.

[2] L'origine del lemma è dato dall'unione di *logos* (cioè "discorso") e *dia* (ossia "fra"): starebbe a significare pertanto "discorso tra" (individui).

[3] L'aspetto teleologico del dialogo, finalizzato ad un'intesa, è proprio connaturato nella stessa definizione della parola. Si v. a tal proposito *www.garzantilinguistica.it* che definisce il dialogo come "*colloquio, comunicazione costante tra persone o tra gruppi che favorisce la comprensione reciproca e permette di eliminare o ridurre i conflitti*".

[4] Sul tema gli studi sono molti, per un'analisi del fenomeno da una prospettiva storica si rinvia in particolare a A. Padoa Schioppa, *Il diritto comune in Europa: riflessioni sul declino e sulla rinascita di un modello*, in *Foro it.*,1996, V, 14; *Id.*, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007; *Id.*, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003. Si v. anche L. Lacchè, *Europa una et diversa. A proposito di ius commune europaeum e tradizioni costituzionali comuni*, in *Forum historiae iuris*, 2003; P. G. Monateri, T. Giaro, A. Somma, *Le radici comuni del diritto europeo*, 2005.

[5] Sul dialogo tra le Corti e sugli apporti delle Corti nella dimensione europea v. M. Cartabia, *«Taking Dialogue Seriously» The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union*, in *www.jeanmonnetprogram.org*, 2007; S. Cassese, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 3, 609 ss.; F. Fontanelli e G. Martinico, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del « dialogo nascosto » fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multlivello*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 2, 351 ss..; A. Sandulli, *La Corte di giustizia europea e il dialogo competitivo tra le Corti*, in Aa. Vv., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008..

Con specifico riferimento, invece, alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, l'intensificarsi del dialogo è testimoniato dai *Protocolli d'intesa tra la Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato* siglati a Roma nel 2017 e seguiti da un Convegno dall'evocativo titolo "*Il dialogo tra le Corti e l'attuazione del diritto convenzionale nell'ordinamento interno*". Gli atti del convegno sono rinvenibili in *www. giustizia-amministrativa.it*.

[6] Con particolare attenzione al tema del rinvio pregiudiziale v. 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 *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 745 ss.; R. Conti, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte UE: risorsa, problema e principio fondamentale di cooperazione al servizio di una nomofilachia europea*, disponibile in *www.cortedicassazione.it*; A. Ruggeri, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema? (Nota minima su una questione controversa)*, in *Diritti comparati*, 2011; S. Spuntarelli, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 3, 985 ss.; G. Vitale, *La logica del rinvio pregiudiziale tra obbligo di rinvio per il giudice di ultima istanza e responsabilità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2013, 1, 59 ss..

[7] In base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia il giudice nazionale può astenersi dall'effettuare il rinvio nel caso in cui la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione, esaminata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale (*acte éclairé*); oppure nel caso in cui la giurisprudenza costante della Corte, indipendentemente dalla natura dei procedimenti da cui sia stata prodotta, abbia risolto il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di una stretta identità fra le materie del contendere (*acte clair*). Si v. CGUE, 27 marzo 1963, cause riunite C-28/62, C- 29/62 e C-30/62, *Da Costa*; e CGUE, 6 ottobre 1982, C-283/81, *Cilfit*, punto 14.

[8] Appare notevolmente mutato lo scenario che si profilava non molti anni fa e ben evidenziato da M. Cartabia, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in N. Zanon (a cura di), *Le corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, 127, ad avviso della quale "*i dati che emergono dai rapporti annuali della Corte di giustizia rivelano come le Corti supreme siano assai pigre nell'investire la Corte di giustizia, dimostrando così che quello che in base alla formulazione letterale del trattato dovrebbe costituire un obbligo, in realtà viene generalmente interpretato come opportunità da utilizzare all'occorrenza*".

Peraltro, stando alle statistiche riportate nelle Relazioni annuali della Corte di Giustizia (disponibili fino al 2018 e rinvenibili nel sito **https://curia.europa.eu/**), l'Italia è seconda solamente alla Germania per numero di rinvii pregiudiziali: sessantotto nel 2018, cinquantasette

nel 2017, sessantadue nel 2016, quarantasette nel 2015.

[9] Per un approfondimento si rinvia a L. Arnaudo e R. Pardolesi, *La saga Avastin/Lucentis: ultima stagione*, in *Foro it.*, 2019, III, 533; S. Gorza, *Il caso Avastin/Lucentis tra contraddizioni ed omissioni*, in *Dir. ind.*, 2020, 1, 30 ss.; B. Bertan, *L'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato nel caso I760, Roche/Novartis – farmaci Avastin-Lucentis: la valutazione concorrenziale degli accordi di licenza e l'uso off label del farmaco nella definizione di mercato rilevante*, in *Riv. dir. industr.*, 2017, 3, 402 ss.; e M. Colangelo, *Il caso Avastin-Lucentis: violazione antitrust o regulatory failure?*, in *Riv. dir. industr.*, 2016, 2, 218 ss..

[10] TAR Lazio, 2 dicembre 2014, n. 12168.

[11] Cons. St., Sez. VI, 11 marzo 2016, n. 966.

[12] CGUE, 23 gennaio 2018, C-179/16, *Hoffmann-La Roche* e altri.

[13] Cons. St., Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

[14] Sul punto v. G. Tesauro, *Sui vincoli (talvolta ignorati) del giudice nazionale prima e dopo il rinvio pregiudiziale: una riflessione sul caso Avastin/Lucentis e non solo*, in *federalismi.it*, 2020, secondo cui il Consiglio di Stato non ha dato seguito agli accertamenti richiesti dalla Corte di Giustizia ed ha deciso direttamente con affermazioni in contrasto con la risposta chiesta e ottenuta da Lussemburgo.

[15] CGUE, 3 settembre 2009, C-2/08, *Fallimento Olimpiclub*, punto 20; e CGUE, 16 marzo 2006, C-234/04, *Kapferer*, punto 21. Cfr. anche, CGUE, 1 giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss*, punti 46 s..

[16] Solo in casi particolarissimi il principio dell'autorità della cosa giudicata è stato messo in discussione dalla Corte. Si tratta ad es. del celebre caso *Lucchini* (CGUE, 18 luglio 2007, C-119/05) che però riguardava una situazione del tutto peculiare in merito alla ripartizione delle competenze tra Stati membri ed Unione in materia di aiuti di Stato; e del già citato caso *Olimpiclub* nella parte riguardante il valore del c.d. giudicato esterno.

[17] CGUE, 3 settembre 2009, C-2/08, *Fallimento Olimpiclub*, punto 22; Cfr. anche CGUE, sentenza 30 settembre 2003, C-224/01, *Köbler*, punto 38; e CGUE, 16 marzo 2006, C-234/04, *Kapferer*, punto 20.

[18] Cfr. CGUE, 6 ottobre 1982, C-283/81, *Cilfit*, punto 10, in cui si afferma che la questione non è pertinente "*nel caso in cui la sua soluzione, qualunque essa sia, non possa in alcun modo influire sull'esito della lite*".

[19] Cons. St., Ad. plen., 23 febbraio 2018, n. 2.

[20] Nell'ordinanza lo si afferma diffusamente in termini chiarissimi. Si v. ad esempio il punto 9 in cui si sostiene "*Alla luce delle considerazioni che precedono, dovendosi escludere la sussistenza di una violazione, sia dal punto di vista della sua configurazione astratta che da quello fattuale, del diritto dell'Unione europea e dei principi affermati dalla sentenza della Corte di Giustizia del 23 gennaio 2018, è opinione del Collegio che non sussista il requisito della rilevanza della questione pregiudiziale sollevata dalle parti*".

[21] Art. 19, par. 1, TUE. Per ulteriori approfondimenti in dottrina sul ruolo della Corte, tra i tantissimi, v. G. Tesauro, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, 3, 483 ss.; nonché il fondamentale contributo di A. Tizzano, *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, Napoli, 1967.

[22] Art. 19, par. 3, TUE. Per un quadro generale del rinvio pregiudiziale si rinvia alla recente opera monografica di C. Iannone e F. Ferraro (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020. Si v. anche G. Martinico, *Le sentenze interpretative della Corte di Giustizia delle Comunità europee come forme di produzione normativa,* in *Riv. dir. cost.*, 2004, 249 ss.; e D. U. Galetta, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ed obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell'ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra giudici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 2.

[23] Così M. Condinanzi, *Innovazione e continuità alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in C. Amalfitano e M. Condinanzi (a cura di), *La Corte di Giustizia dell'unione europea oltre i trattati: la riforma organizzativa e processuale del triennio 2012-2015*, 15.

[24] Chiara in tal senso è CGUE, 5 ottobre 2010, C-173/09, *Elchinov*, secondo cui "*la sentenza con la quale la Corte si pronunzia in via pregiudiziale vincola il giudice nazionale, per quanto concerne l'interpretazione o la validità degli atti delle istituzioni dell'Unione in questione, per la definizione della lite principale [...]. Da queste riflessioni discende che il giudice nazionale, che abbia esercitato la facoltà ad esso attribuita dall'art. 267, secondo comma, TFUE, è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione delle disposizioni in questione fornita dalla Corte e deve eventualmente discostarsi dalle valutazioni dell'organo giurisdizionale di grado superiore qualora esso ritenga, in considerazione di detta interpretazione, che queste ultime non siano conformi al diritto dell'Unione*".

[25] Sulla responsabilità dello Stato membro per inosservanza degli obblighi comunitari v. CGUE, 30 settembre 2003, C-224/01, *Köbler*; e CGUE, 13 giugno 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*.

[26] *Cfr.* E. D'Alessandro, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia*, Torino, 2012; G. Raiti, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003. Sui temi in argomento si v. anche R. Conti, *Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I "volti" delle Corte di Cassazione a confronto*, in *Giustizia insieme*, 4 marzo 2021, che interrogandosi sul dialogo pregiudiziale tra Corte di Cassazione e Corte di Giustizia dell'UE, afferma che "*la richiesta di rinvio crea un percorso virtuoso di avvicinamento del diritto comunitario a quelle tradizioni culturali comuni che costituiscono, come è noto, una delle basi fondamentali dei principi generali dell'ordinamento comunitario coniati, ancora una volta, dalla Corte di Giustizia*".

[27] Tra le molte pronunce si v. CGUE, 18 giugno 1991, causa C-369/89, *Piageme e a.*, punto 10; CGUE, 15 giugno 1995, procedimenti riuniti C-422/93, C-423/93 e C-424/93, *Teresa Zabala Erasun e Instituto Nacional de Empleo*, punto 14.

[28] M. A. Sandulli, *Riflessioni sulla responsabilità civile degli organi giurisdizionali*, in *federalismi.it*, 2012. Si v. anche A. Barone, *Nomofilachia, corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, 557 ss..

[29] Sul nuovo volto del rinvio pregiudiziale, specie con riferimento alla giustizia amministrativa, degno di interesse è il recente contributo di S. Foà, *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla CGUE: da strumento "difensivo" a mezzo per ridiscutere il sistema costituzionale*, in *federalismi.it*, 2021.

[30] L'espressione è di R. Bin, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it*, 2020. Si v. anche M. Clarich, *Giurisdizione: partita a poker tra Cassazione e Consulta sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Norme e Tributi, Il sole 24ore*, 14 ottobre 2020.

[31] L'art. 111, comma 8, Cost. statuisce infatti che "*Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*".

[32] La letteratura sul tema è copiosa, si rinvia pertanto *ex multis* agli ottimi lavori di A. Cassatella, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018; A. Corpaci, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, 341 ss.; F. Francario, *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione, in Libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2017; C. E. Gallo, *L'impugnazione in cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 2-3; Id., *Il controllo della Corte di Cassazione sul rifiuto di giurisdizione del*

Consiglio di Stato, ora in F. Francario e M. A. Sandulli (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi, Napoli, 2018;* M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012; A. Panzarola, *Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1; P. Patrito, *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli, 2016; A. Police e F. Chirico, *«I soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in Il Processo, 2019, 1*, 113 ss.; M. A. Sandulli, *A proposito del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni dei giudici amministrativi*, in F. Francario e M. A. Sandulli (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, Napoli, 2018; M. A. Sandulli, *Finalmente "definitiva" certezza sul riparto di giurisdizione in tema di "comportamenti" e sulla c.d. «pregiudiziale» amministrativa? Tra i due litiganti vince la "garanzia di piena tutela" (a primissima lettura in margine a Cass., sez. un., nn. 13659, 13660 e 13911 del 2006),* in *Riv. giur. edilizia*, 2006, 1; A. Travi, *Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *www.giustamm.it*, 2017; R. Villata, *Sui "motivi inerenti alla giurisdizione"*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 632 ss..

[33] CGUE, 16 dicembre 1976, C-33/76, *Rewe*, in cui si afferma "*In mancanza di una specifica disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro il designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, modalità che non possono, beninteso, essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale*".

[34] Con particolare riguardo al principio di autonomia procedurale si v. D. U. Galetta, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Ius publicum*, 2011; *Ead., L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009 ; M. Gnes, *Verso la «comunitarizzazione» del diritto processuale nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 5, 524 ss.

[35] D. U. Galetta, *La giurisprudenza della Corte di giustizia, cit.*.

[36] CGUE, 17 marzo 2016, C-161/15, *Bensada Benallal*, punto 24; CGUE, 21 gennaio 2016, C-74/14, *Eturas*, punto 32.

[37] R. Adam e A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2017, 357.

[38] R. Adam e A. Tizzano, *cit.*, 357.

[39] Così Cass., Sez. Un. 1 marzo 2012, n. 3236.

[40] Cass., Sez. Un., 6 febbraio 2015, n. 2242, in *Foro it.*, 2016, I, 327, che riguardava un caso peculiare in quanto, prima che la sentenza del Consiglio di Stato passasse in giudicato (perché impugnata per motivi inerenti alla giurisdizione innanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione) era sopravvenuta l'interpretazione della Corte di Giustizia, sollecitata, in un caso analogo da altro giudice.

[41] Muovendo da tali decisive considerazioni le Sezioni Unite enunciano tale principio di diritto "*In tema di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione (che l'art. 111, ultimo comma, Cost. affida alla Corte di cassazione) non include anche una funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, neppure sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, 3° comma, Tfue. Tuttavia, è affetta da vizio di difetto di giurisdizione e per questo motivo va cassata la sentenza del Consiglio di Stato che, in sede di decisione su ricorso per cassazione, è riscontrata essere fondata su interpretazione delle norme incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo; accesso affermato con l'interpretazione della pertinente disposizione comunitaria elaborata dalla Corte di giustizia*".

[42] Cass., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226, in *Foro it*., 2018, I, 1721, con nota di G. Sigismondi, *Questioni di giurisdizione in senso dinamico e nuovi limiti all'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato con ricorso per cassazione: una via percorribile?*.

[43] Sul diniego di giurisdizione, tra tutti, v. F. Francario, *Diniego di giurisdizione*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2019.

[44] Corte Cost., 18 gennaio 2018, n. 6, in *Foro it*., 2018, I, 373.

[45] Per i commenti alla sentenza si v. F. Francario, *Diniego di giurisdizione*, *cit*.; A. Police e F. Chirico, *«I soli motivi inerenti la giurisdizione»*, *cit.*; G. Sigismondi, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giur. cost*., 2018, 1, 122 ss.; P. Tomaiuoli, *L'"altolà" della Corte Costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in *www.giurcost.org*, 2018.; A. Travi, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm*., 2018, 3, 111 ss..

[46] Corte Cost., 26 maggio 2017, n. 123.

[47] Com'è noto, la Corte costituzionale, con la sentenza 7 aprile 2011, n. 113, ha riconosciuto l'esistenza dell'obbligo convenzionale di riapertura del processo penale allorquando ciò sia

necessario per conformarsi a una sentenza della Corte EDU, e conseguentemente ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede una specifica ipotesi di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna.

[48] Per un'esaustiva analisi si v. C. Contessa, *Giudicato amministrativo e vincoli CEDU*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, Roma, 2018; F. Francario, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza*, in *federalismi.it*, 2017.; *Id*., *Giudicato e revocazione*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, Roma, 2018; C. Nardocci, *Esecuzione delle sentenze CEDU e intangibilità del giudicato civile e amministrativo. L'orientamento della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 2018; A. Police, *Giudicato amministrativo e sentenze di Corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un'analisi costi benefici*, in *Dir. proc. amm*., 2018, 2, 646 ss.; A. Randazzo, *A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo (note minime alla sent. n. 123 del 2017 della Corte costituzionale)*, in *Consulta online*, 2017, 460 ss.; I. Rossetti, *Stabilità giuridica contro revocazione: la Corte costituzionale chiude la partita*, in *Dir. proc. amm*., 2018, 665 ss.; A. Travi, *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost*., 2017, 1246.

[49] Sul tema non può non farsi riferimento alle riflessioni di P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, III ed.; *Id*., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015; *Id*., *L'invenzione del diritto* , Roma-Bari, 2017; *Id*., *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020. Per gli aspetti critici v. M. A. Sandulli, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il Processo*, 2018, 45 e ss.

[50] P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, *cit*., 129.

[51] Si v. Cass., Sez. Un., 15 aprile 2020, n. 7839, che ha riconosciuto natura vincolante all'interpretazione fornita dalla sentenza della Corte costituzionale "*in quanto dispiegata su una pura sostanza costituzionale*". Cfr., *ex multis*, anche Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2018, n. 32773; Cass., Sez. Un., 20 marzo 2019, n. 7926; Cass., Sez. Un., 6 marzo 2020, n. 6460; Cass., Sez. Un., 21 agosto 2020, n. 17578.

[52] Per una breve illustrazione dell'ordinanza si permetta il rinvio a R. Pappalardo, *Sul ricorso in cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per violazione del diritto europeo: le Sezioni Unite rimettono la questione alla Corte di Giustizia*, in *Foro amm*., *Osservatorio sulla Giustizia Amministrativa* diretto da M. Lipari e M. A. Sandulli.

[53] CGUE, 5 settembre 2019, C-333/18.

[54] CGUE 5 aprile 2016, C-689/13.

[55] CGUE, 4 luglio 2013, C-100/12.

[56] Per tali aspetti, nonché per un approfondito esame delle questioni sottese si rinvia a A. Carratta G. Costantino e G. Ruffini, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Questione Giustizia*, 19 ottobre 2020; S. Barbareschi e A. Caruso, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di cassazione "fuori contesto": considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU., 18 settembre 2020, n. 19598?*, *in federalismi.it*, 2020; F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia insieme*, 11 novembre 2020; G. Greco, *La violazione del diritto dell'Unione europea come possibile difetto di giurisdizione?*, in *Eurojus*, 2020; M. Lipari, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione europea: la parola alla Corte di Giustizia*, in *Giustizia insieme*, 11 dicembre 2020; *Id.*, *L'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia: i rimedi previsti dal diritto dell'Unione europea, l'inammissibilità del ricorso in Cassazione e la revocazione ordinaria*, in **www.giustizia-amministrativa.it**, 2021; B. Nascimbene e P. Piva, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in *Giustizia insieme*, 24 novembre 2020; M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte dicassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 29 novembre 2020; Ead., *Corte di Cassazione, Sentenza n. 27770/2020, Le Sezioni Unite confermano il profilo di* self restraint *sull'eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo nei confronti del legislatore*, in *federalismi.it*, 2020; P. Tomaiuoli, *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, ma incostituzionale, giurisdizione unica*, in *Consulta online*, 2020; A. Travi, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foro News*, 12 ottobre 2020; G. Tropea, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020.

[57] M. Lipari, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, *cit*., secondo cui non pare convincente la prospettata contrapposizione funzionale tra l'applicazione del diritto nazionale e quella del diritto europeo, perché entrambe le attività sono riconducibili ad una funzione giurisdizionale unitaria.

[58] Le Sezioni Unite ricordano, peraltro, che le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto le disposizioni normative pertinenti nella parte in cui non prevedono tra i casi di

revocazione quello in cui essa si renda necessaria per consentire il riesame del merito della sentenza impugnata per la necessità di uniformarsi alle statuizioni vincolanti rese dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo sono state puntualmente rigettate. Si citano a tal proposito Corte Cost., 27 aprile 2018, n. 93 e Corte Cost., 2 febbraio 2018, n. 19.

[59] Si v. CGUE, 13 aprile 2010, C-73/08, *Bressol*, punto 64; nonché CGUE, 23 ottobre 2003, cause riunite C-4/02 e C-5/02, *Schönheit e Becker*, punti 82 e 83, in cui si precisa altresì che la Corte di Giustizia, per dare al giudice nazionale risposte utili, può fornire indicazioni, tratte dal fascicolo della causa principale come pure dalle osservazioni scritte ed orali sottopostele, idonee a mettere il giudice nazionale in grado di decidere.

[60] CGUE, *Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale*, pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 25 novembre 2016 (2016/C 439/01), e poi pubblicate nella nuova versione sulla Gazzetta Ufficiale dell'8 novembre 2019 (2019/C 380/01).

[61] Si v. Cass., Sez. Un., 28 febbraio 2019, n. 6059, secondo cui "*questa Corte è pervenuta movendo dalla considerazione secondo cui l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è figura di rilievo affatto teorico, in quanto – dovendosi ipotizzare che il giudice applichi, non già la norma esistente, ma una norma all'uopo creata – detto eccesso potrebbe ravvisarsi solo a condizione di poter distinguere un'attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice, da un'attività interpretativa; attività quest'ultima certamente non contenibile in una funzione meramente euristica, ma risolventesi in un'opera creativa della volontà della legge nel caso concreto*". In senso analogo, *ex multis*, Cass., Sez. Un., 1 febbraio 2016, n. 1840; Cass., Sez. Un., 21 marzo 2017, n. 7157; Cass., Sez. Un., 20 aprile 2017, n. 9967; Cass., Sez. Un., 10 aprile 2017, n. 9147.

In dottrina v. R. De Nictolis, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e ricorso per "violazione di legge"), in www.sipotra.it*, 32, secondo cui " *sembra cogliersi un particolare* self restraint *delle sez. un. nel sindacare una decisione giurisdizionale per invasione della sfera legislativa, nella consapevolezza che si tratta di un terreno scivoloso in cui, se non si vuole accedere alla tesi del giudice come "bocca della legge", è innegabile che l'interpretazione della legge ha insito un margine di "creazione" della regola del caso concreto. E se tale "creazione" venisse stigmatizzata come "invasione di campo", si perderebbe del tutto il confine tra "violazione di legge" e "invasione della competenza legislativa""*.

[62] Così M.A. Sandulli, *Guida alla lettura, cit.*. Si v. anche M. Lipari, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato, cit.*, secondo cui inoltre "*Va ricordato, comunque, che la CGUE, nello spettro fisiologicamente limitato del proprio giudizio, ben potrebbe attestarsi sulla rappresentazione fornita dal giudice remittente. Dunque, non è da escludere che la CGUE possa anche affermare, in via ipotetica, che se, effettivamente, la Cassazione ha consolidato un singolare indirizzo interpretativo penalizzante il diritto UE, il sistema processuale nazionale italiano deve essere riallineato, consentendo il ricorso per cassazione diretto a censurare una violazione del diritto UE alle medesime condizioni previste per la proposizione del ricorso che lamenti la trasgressione del diritto nazionale. Una eventuale pronuncia di tale contenuto, tuttavia, sarebbe inutiliter data, dal momento che l'ipotizzata mancanza di equivalenza non sembra sussistere nella realtà*".