GIUSTIZIA INSIEME

Europa e Corti Internazionali*

Rinvio pregiudiziale e garanzie giurisdizionali effettive. Un confronto fra diritto dell'Unione e diritto nazionale. Commento all'ordinanza n. 2327/2021 del Consiglio di Stato di Bruno Nascimbene e Paolo Piva

di Bruno NascimbenePaolo Piva

30 luglio 2021

Rinvio pregiudiziale e garanzie giurisdizionali effettive. Un confronto fra diritto dell'Unione e diritto nazionale*.

Commento all'ordinanza n. 2327/2021 del Consiglio di Stato

di Bruno Nascimbene e Paolo Piva

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. 2. La vicenda processuale avanti al giudice nazionale e il rinvio alla Corte di giustizia. 3. Il rimedio della revocazione e la sua "novità" nella prospettiva del principio di effettività della tutela giurisdizionale. 4. Il principio dell'intangibilità della regiudicata nazionale nella giurisprudenza della Corte: dai più lontani precedenti *Eco Swiss* e *Köbler* fino ai più recenti *Pizzarotti* e *Telecom* ("passando attraverso" *Künhe&Heitz, Kapferer, Kempter, Lucchini, Fallimento Olimpiclub*). 5. Sul significato concreto del rinvio. La distinzione fra

interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione europea alla luce dell'art. 19 TUE e del diritto a un ricorso effettivo di cui all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali (la possibile risposta al secondo quesito). 6. Considerazioni conclusive. La possibile risposta ai quesiti pregiudiziali.

1. Considerazioni introduttive

Il Consiglio di Stato, con l'ordinanza qui in commento, ritorna sul delicato tema della necessità ovvero dell'opportunità del rinvio alla Corte di giustizia *ex* art. 267 TFUE in vista, ed in funzione, di una maggiore effettività della tutela giurisdizionale, in un'ipotesi in cui le parti non potrebbero più contestare, alla stregua del diritto interno, la pronuncia, resa dallo stesso organo giurisdizionale amministrativo (a seguito e in attuazione di una decisione della Corte di giustizia in sede pregiudiziale), che ha deciso la controversia oggi pendente a seguito del rinvio .

Le parti ricorrenti si lamentano circa l'"esecuzione" da parte del Giudice nazionale dei principi stabiliti dalla Corte di giustizia *ex* art. 267 TFUE: decisione che avrebbe (*in thesi*) violato in modo grave e manifesto il diritto dell'Unione europea. Sollevano, inoltre, la questione del giudice competente a "verificare" la corretta applicazione di tali principi (giudice nazionale di ultima istanza o Corte di giustizia), nonché la questione dell'incompatibilità "comunitaria" della disciplina processuale italiana afferente al rimedio della revocazione della sentenza di cui agli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c. nella misura in cui non ammette una ipotesi speciale di revocazione "in un caso di violazione manifesta dei principi di diritto affermati dalla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale", non consentendo, dunque, di prevenire un giudicato contrastante con il diritto dell'Unione europea.

I tre quesiti, strettamente connessi l'uno con l'altro, vanno letti avendo presente la parte motiva dell'ordinanza di rinvio. Essi sono così formulati.*a)* 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; *b)* se la sentenza del Consiglio di Stato n. 4990/2019 abbia violato, nel senso prospettato dalla

parti, i principi espressi dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 23 gennaio 2018 in relazione a) all'inclusione nel medesimo mercato rilevante dei due farmaci senza tener conto delle prese di posizioni di autorità che avrebbero accertato l'illiceità della domanda e dell'offerta di Avastin *off-label*; b) alla mancata verifica della pretesa ingannevolezza delle informazioni diffuse dalle società; *c)* se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, del TUE e 2, paragrafi 1 e 2, e 267 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 dalla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale"**[1]**.

2. La vicenda processuale avanti al giudice nazionale e il rinvio alla Corte di giustizia

In sede amministrativa, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) aveva accertato la sussistenza di un'intesa orizzontale restrittiva (c.d. *hardcore restriction*) della concorrenza fra due imprese farmaceutiche concorrenti in violazione dell'art. 101 TFUE, con il fine di ostacolare (questo l'asserito intento restrittivo) la possibilità di impiego *off-label* ad esclusivo uso ospedaliero di "Avastin", ovvero l'uso (secondo le indicazioni del foglio illustrativo del farmaco) anziché per il trattamento di pazienti affetti da alcuni tipi di tumore avanzato, per la cura di diverse patologie oculari.

Come si legge nell'ordinanza di rinvio, l'intesa avrebbe "mirato a ridurre la domanda, e quindi le quantità vendute, di un prodotto meno costoso (Avastin, pari a € 81,64 per iniezione) a favore del più costoso prodotto concorrente (Lucentis, inizialmente pari a € 1.100 ad iniezione, e poi sceso a € 902 dal novembre 2012), attraverso il condizionamento dei soggetti responsabili delle scelte terapeutiche". L'obiettivo di massimizzare i rispettivi introiti sarebbe derivato: *a)* nel caso del gruppo Novartis, dalle vendite dirette di Lucentis e dalla partecipazione del 33% detenuta da Novartis in Roche; *b)* nel caso del gruppo Roche, dalle royalties ottenute sulle stesse tramite la propria controllata Genentech, in un contesto di accordo di licenza. Tale strategia sarebbe stata posta in essere "*nonostante le imprese fossero consapevoli della scarsità e discutibilità dei dati sugli eventi avversi derivanti dall'uso off-label di Avastin*".

Le due imprese Hoffman La Roche e Novartis avrebbero perseguito un'anomala strategia defatigatoria in sede sia amministrativa, sia giurisdizionale (nota in *antitrust* come *sham* o *vexatious litigation*, che spesso viene apprezzata come forma di abuso di posizione dominante), consapevoli della "*scarsità e discutibilità dei dati sugli eventi avversi derivanti dall'uso off-label di Avastin*": il tutto con la finalità di ottenere una differenziazione artificiosa tra i farmaci Avastin e Lucentis, manipolando nel contempo la percezione dei rischi dell'uso in ambito oftalmico dell'Avastin.

Avanti al Giudice amministrativo, il provvedimento dell'AGCM, scrutinato come immune da censure dal Tar Lazio (cfr. la sentenza n. 12168/2014) era poi approdato in sede di appello avanti il Consiglio di Stato.

Stante la rilevanza e la delicatezza delle questioni, il massimo organo di giustizia amministrativa si determinava a rinviare in Corte di giustizia *ex* art. 267 TFUE al fine di chiarire alcuni aspetti della disciplina *antitrust* europea in relazione ai fatti contestati.

Con pronuncia del 23 gennaio 2018, la Corte di giustizia aveva raggiunto conclusioni apparentemente lineari sull'interpretazione dell'art. 101 TFUE in relazione alla fattispecie. Precisamente:

a) l'art. 101 TFUE dev'essere interpretato nel senso che, ai fini della sua applicazione, un'autorità nazionale garante della concorrenza può includere nel mercato rilevante, oltre ai medicinali autorizzati per il trattamento delle patologie di cui trattasi, un altro medicinale la cui autorizzazione all'immissione in commercio non copra detto trattamento, ma che è utilizzato a tal fine e presenta quindi un rapporto concreto di sostituibilità con i primi. Per determinare se sussista un siffatto rapporto di sostituibilità, tale autorità deve – sempreché le autorità o i giudici competenti a tal fine abbiano condotto un esame della conformità del prodotto in questione alle disposizioni vigenti che ne disciplinano la fabbricazione o la commercializzazione – tener conto del risultato di detto esame, valutandone i possibili effetti sulla struttura della domanda e dell'offerta;

b) l'art. 101, par. 1, TFUE dev'essere interpretato nel senso che un'intesa convenuta tra le parti di un accordo di licenza relativo allo sfruttamento di un medicinale la quale, al fine di ridurre la pressione concorrenziale sull'uso di tale medicinale per il trattamento di determinate patologie, miri a limitare le condotte di terzi consistenti nel promuovere l'uso di un altro medicinale per il trattamento delle medesime patologie, non sfugge all'applicazione di tale disposizione per il motivo che tale intesa sarebbe accessoria a detto accordo;

c) l'art. 101, par. 1, TFUE dev'essere interpretato nel senso che costituisce una restrizione della concorrenza «per oggetto» (ai sensi di tale disposizione) l'intesa tra due imprese che commercializzano due medicinali concorrenti, avente ad oggetto – in un contesto segnato dall'incertezza delle conoscenze scientifiche– la diffusione presso l'Agenzia europea per i medicinali, gli operatori sanitari e il pubblico, di informazioni ingannevoli sugli effetti collaterali negativi dell'uso di uno di tali medicinali per il trattamento di patologie non coperte dall'autorizzazione all'immissione in commercio di quest'ultimo, al fine di ridurre la pressione concorrenziale derivante da tale uso sull'uso dell'altro medicinale;

d) l'art. 101 TFUE dev'essere interpretato nel senso che una siffatta intesa **non può** giovarsi dell' **esenzione** prevista al par. 3 di tale articolo**[2]**.

I principi affermati della Corte non sembra che lasciassero molto spazio, almeno ad una prima delibazione, a "letture" particolarmente favorevoli alle imprese ricorrenti, ed il Consiglio di Stato, in sede di attuazione della pronuncia al caso di specie, concludeva per il rigetto del ricorso **[3]**.

La sentenza di rigetto, tuttavia, veniva gravata dalle imprese farmaceutiche, avanti alla medesima sezione del Consiglio di Stato, con le forme della revocazione *ex* artt. 395-396 c.p.c., lamentando, fra l'altro, la sussistenza di un errore revocatorio per più motivi: l'assenza di una qualsivoglia responsabilità diretta o indiretta (parentale) di Novartis**[4]**; il mancato accertamento del rispetto della disciplina farmaceutica dell'uso *off-label* dell'Avastin; l'omessa valutazione dell'effettiva ingannevolezza delle informazioni diffuse dalle cause farmaceutiche.

Secondo la difesa delle società farmaceutiche, l'affermazione in un caso *eiusdem generis*, del carattere "per oggetto" dell'intesa restrittiva non poteva che passare attraverso l'accertamento del carattere lecito dell'immissione in commercio del farmaco, sia pure nel circuito "limitato" dell'*off-label* e per l'accertamento della natura effettivamente ingannevole delle informazioni diffuse, esame che spetta al Giudice del rinvio. Si trattava dunque di comprendere se quell'indagine fattuale che, secondo le ricorrenti, era un *prius* logico-giuridico inestricabilmente connesso ai principi affermati dalla Corte fosse stato apprezzato (o non) dal Consiglio di Stato in sede applicativa della pronuncia *ex* art. 267 TFUE.

La Corte di giustizia aveva, invero, osservato, quanto al carattere ingannevole delle informazioni, "che le informazioni la cui comunicazione all'EMA e al pubblico è stata oggetto, secondo la decisione dell'AGCM, di un'intesa tra la Roche e la Novartis dovrebbero, qualora non rispondenti ai criteri di completezza e di precisione di cui all'articolo 1, punto 1, del regolamento n. 658/2007,

essere considerate ingannevoli se – circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare – dette informazioni miravano, da un lato, a indurre l'EMA e la Commissione in errore e ad ottenere l'aggiunta della menzione di effetti collaterali negativi nel riassunto delle caratteristiche del prodotto, per consentire al titolare dell'AIC di avviare una campagna di sensibilizzazione dei professionisti della sanità, dei pazienti e delle altre persone interessate, al fine di amplificare artificiosamente tale percezione e, dall'altro lato, ad enfatizzare, in un contesto di incertezza scientifica, la percezione da parte del pubblico dei rischi connessi all'uso off-label dell'Avastin, tenuto conto, in particolare, del fatto che l'EMA e la Commissione non hanno modificato il riassunto delle caratteristiche di tale medicinale in termini di «effetti indesiderati», ma si sono limitate a formulare «avvertenze speciali e precauzioni d'impiego»"**[5]**.

Si potrebbe osservare a margine che se, a seguito dell'intervento della titolare dell'AIC supportato in ciò dal proprio concorrente, EMA e Commissione hanno imposto la modifica del "bugiardino" in termini di "avvertenze speciali e precauzioni di impiego" e non già di "effetti indesiderati", ciò parrebbe di per sé escludere un "automatico" intento decettivo idoneo ad integrare un'intesa restrittiva "per oggetto", dal momento che il "comune operare" nel contesto dell'autorizzazione del farmaco per una corretta indicazione, da parte delle Autorità, degli effetti avversi non parrebbe indicativo di un intento anticoncorrenziale *per se***[6]**.

Anche la non esentabilità dell'intesa dal divieto ai sensi dell'art. 101, n. 3 TFUE potrebbe lasciare perplessi**[7]**, posto che nella strategia restrittiva perseguita dalle imprese farmaceutiche una parte del beneficio andava innegabilmente a favore degli utilizzatori finali ovvero dei pazienti. Ma quel che qui rileva, particolarmente, è che secondo la Corte "non spetta alle autorità nazionali garanti della concorrenza la verifica della conformità al diritto dell'Unione delle condizioni alle quali un medicinale quale l'Avastin è, dal lato della domanda, prescritto dai medici e, dal lato dell'offerta, riconfezionato per l'uso *off-label*. Una simile verifica può infatti essere effettuata in maniera esaustiva soltanto dalle autorità preposte al controllo del rispetto della normativa farmaceutica o dai giudici nazionali"**[8]**. Il che non può apparire *quantité négligeable* ai fini della legittimità dell'accertamento dell'AGCM, specie laddove questo tipo di indagine sia stato effettuato dalla medesima in completa autonomia e al di fuori di ogni controllo dell'autorità deputata.

In altre parole, non può dubitarsi del fatto che la verifica *in fatto* della completezza e precisione delle informazioni ai fini dell'AIC, come pure dell'assenza in concreto dell'induzione in errore, siano tutti elementi di decisiva importanza ai fini dell'applicazione dell'art. 101, par.1, TFUE,

secondo la prospettiva della Corte. Il che ci riporta al tema dell'operato del Consiglio di Stato in sede di applicazione della sentenza della Corte di giustizia.

3. Il rimedio della revocazione e la sua "novità"[9] nella prospettiva del principio di effettività della tutela giurisdizionale

Come si è osservato, le società farmaceutiche, richiamando i principi affermati dslla Corte, contestavano da un lato l'assenza di accertamenti in ordine all'illiceità delle condizioni di ri-confezionamento e di prescrizione dell'Avastin destinato all'uso *off-label*; dall'altro lato, lamentavano altresì l'omessa pronuncia in relazione al profilo dell'ingannevolezza delle informazioni diffuse dalle case farmaceutiche, precisando come tale profilo dovesse intendersi come "cumulativo" rispetto alla prova della concertazione e pertanto decisivo ai fini della definizione del giudizio.

Sotto una diversa prospettiva, si chiedeva di sottoporre alla Corte di giustizia la questione circa la compatibilità comunitaria di un sistema come quello derivante dal combinato disposto di cui agli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c., nella misura in cui le regole processuali italiane non consentirebbero un'ulteriore speciale ipotesi di revocazione (in presenza di violazione manifesta dei principi di diritto stabiliti *ex parte Curiae* in sede pregiudiziale) e sarebbero pertanto inidonee a prevenire la formazione di un giudicato contrario al diritto dell'Unione europea.

Il ragionamento peraltro sarebbe suffragato dalle seguenti circostanze: *a*) le sentenze della Corte hanno valenza di "fonte del diritto" (cfr. Corte Cost., 23.4.1985, n. 113); *b*) il giudice nazionale, particolarmente quello del rinvio, non può discostarsi dalla sentenza resa in via pregiudiziale (cfr. Corte di giustizia, 5.10.2010, causa C-173/09)[10]; *c*) l'eventuale assenza di un motivo revocatorio comporterebbe che sarebbero violati principi fondamentali quali la funzione nomofilattica della Corte di giustizia; la vincolatività delle sentenze della Corte di giustizia nell'interpretazione autentica del diritto UE; l'applicazione uniforme del diritto UE e infine l'obbligo di collaborazione tra giudice nazionale e giudice UE.

Dopo aver richiamato principi e norme comunitarie e nazionali rilevanti in materia, il Consiglio di Stato ricorda la pronuncia dell'Ad. Plen. n. 12/2017, secondo cui: "all'esito della decisione della Corte Costituzionale n. 123 del 26 maggio 2017 [...] è evidente che il ricorso per revocazione [...] deve essere dichiarato inammissibile, in quanto risulta essere stato proposto per una ipotesi non

contemplata dall'ordinamento giuridico, ed è noto che per la costante giurisprudenza civile ed amministrativa, attesa la loro eccezionalità, i casi di revocazione della sentenza, tassativamente previsti dall'art. 395 cod. proc. civ., sono di stretta interpretazione, ai sensi dell'art. 14 delle preleggi".

Vi è da osservare che pure Corte cost. n. 6/2018 (sentenza del 18.1.2018) aveva osservato (analogamente) sul punto: "rimane il fatto che, specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, il problema indubbiamente esiste, ma deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 cod. proc. civ., come auspicato da questa Corte con riferimento alle sentenze della Corte EDU (sentenza n. 123 del 2017)".

Insomma, secondo il Consiglio di Stato, si tratterebbe di un tema interessante, ma di pertinenza del legislatore, con la conseguenza che, per l'ordinanza di rinvio nel "sistema giuridico nazionale non sussiste uno strumento atto a verificare e a garantire che una sentenza emessa da un organo giurisdizionale di ultimo grado non si ponga in contrasto con il diritto comunitario e, nello specifico, con i principi espressi della Corte di giustizia" (punto 8).

E pur tuttavia, secondo il Collegio che cita la nota sentenza della Corte di giustizia *Köbler* al riguardo, "la possibilità di incidere sulla decisione prima che la stessa passi in giudicato, al fine di scongiurare il consolidamento della violazione del diritto dell'Unione Europea, appare preferibile rispetto al possibile rimedio, solo successivo, del risarcimento del danno, che in ogni caso implicherebbe per la parte gli oneri di un nuovo giudizio e per il quale è in ogni caso necessario che la violazione del diritto unionale sia non solo sussistente, ma anche manifesta" **[11]**.

Al fine di spiegare la rilevanza della questione, viene ricordato che, con sentenza non definitiva, il Collegio aveva già dichiarato l'inammissibilità dei motivi di revocazione dedotti dalle società ricorrenti in termini di errore di fatto revocatorio, non sussistendo i presupposti di cui all'art. 395 c.p.c., così come interpretato dalla giurisprudenza nazionale, in particolare perché si è trattato di "punti controversi" e non propriamente di "abbaglio dei sensi" e/o di "omessa pronuncia". Sotto questo profilo, si potrebbe osservare, per così dire, *nihil sub sole novi*: la giurisprudenza nazionale rende particolarmente arduo, se non già inutile o impraticabile, l'introduzione di un ricorso *ex* art. 395, n. 4 c.p.c. in termini di errore revocatorio.

In effetti, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, come del resto quella della Corte di Cassazione, sono unanimi nel precludere, sostanzialmente, ogni possibilità di azione sotto questo profilo, dal

momento che l'orientamento costante del primo, "in tema di errore di fatto revocatorio (sez. IV, 25 novembre 2016 n. 4983; 24 gennaio 2011 n. 503), è nel senso che la "svista" che autorizza e legittima la proposizione del rimedio della revocazione, *tendenzialmente eccezionale anche nei casi di c.d. revocazione ordinaria* (cfr. Cass., n. 1957/1983), è rappresentata o dalla mancata esatta percezione di atti di causa, ovvero dall'omessa statuizione su una censura o su una eccezione ritualmente introdotta nel dibattito processuale"**[12]**.

Analogamente, le Sezioni Unite**[13]**, "rincarando la dose", ricordano che "l'impugnazione per revocazione delle sentenze della Corte di cassazione è ammessa nell'ipotesi di errore compiuto nella lettura degli atti interni al giudizio di legittimità, errore che presuppone l'esistenza di divergenti rappresentazioni dello stesso oggetto, emergenti una dalla sentenza e l'altra dagli atti e documenti di causa; pertanto, è esperibile, ai sensi degli **artt. 391-bis** e **395**, comma 1, n. 4, c.p.c., la revocazione per l'errore di fatto in cui sia incorso il giudice di legittimità che non abbia deciso su uno o più motivi di ricorso, ma *deve escludersi il vizio revocatorio tutte volte che la pronunzia sul motivo sia effettivamente intervenuta, anche se con motivazione che non abbia preso specificamente in esame alcune delle argomentazioni svolte come motivi di censura del punto*, perché in tal caso è dedotto non già un errore di fatto (quale svista percettiva immediatamente percepibile), bensì *un'errata considerazione e interpretazione dell'oggetto di ricorso e, quindi, un errore di giudizio*" (corsivo aggiunto).

Ciononostante, atteso il senso originario dell'art. 395 c.p.c. n. 4, dovrebbe prevalere un'interpretazione che faccia salva l'effettività del mezzo di ricorso anche alla luce del principio "comunitario" di cui all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali**[14]**. Si può aggiungere che la tematica della revocazione impinge quasi naturalmente in quella della responsabilità dello Stato-Giudice, dal momento che, laddove si intenda contestare la violazione grave e manifesta del diritto dell'Unione europea ai sensi della pronuncia *Köbler***[15]**, nonché *Traghetti del Mediterraneo***[16]** e infine *Commissione c. Italia***[17]**, una certa interpretazione mirerebbe a subordinare l'azione avanti al Giudice della responsabilità al previo esperimento di ogni azione ordinaria, ivi compresa l'azione di revocazione *ex* art. 395 c.p.c.**[18]**.

Al di là della correttezza dell'assunto (che potrebbe avrebbe un senso solo se la revocazione fosse effettivamente un rimedio vero e non già un mezzo di ricorso – notoriamente – del tutto inefficace), per apprezzare correttamente una domanda di revocazione si dovrà ricordare che "il diritto dell'Unione **osta ad una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità** dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado, per il motivo che la

violazione controversa **risulti da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale"** **[19]**. È altrettanto incompatibile con il diritto dell'Unione una legislazione che, nelle ipotesi in cui opera la responsabilità statale per i danni prodotti dall'esercizio della funzione giurisdizionale, limiti tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione escluda la sussistenza della responsabilità dello Stato membro nei casi in cui sia stata accertata una violazione manifesta del diritto applicabile.

In una prospettiva interna, giova ricordare che già la Corte costituzionale, con pronuncia n. 17/1986, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 395 prima parte e n. 4, nella parte in cui non prevede la revocazione di sentenze della Corte di cassazione rese su ricorsi basati sul n. 4 dell'art. 360 e affette dall'errore di cui al n. 4 dell'art. 395, posto che "il diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento garantito dall'art. 24 comma secondo Cost., sarebbe gravemente offeso se l'errore di fatto, così come descritto nell'art. 395 n. 4, non fosse suscettibile di emenda sol per essere stato perpetrato dal Giudice cui spetta il potere-dovere di nomofilachia" **[20]**.

Ancora, è stato osservato condivisibilmente che "allorquando [la Corte] prenda in considerazione la Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (invocata frequentemente in sede di revocazione in Cassazione), tenuto conto dell'obbligo per il giudice comune di procedere ad una interpretazione convenzionalmente orientata (si vedano C. Cost. n. 348/2007 e 349/2007; n. 49/2015), ai fini della revocazione i giudici nazionali sono chiamati ad un'applicazione rigorosa e ad una valutazione molto attenta di ogni elemento anche in fatto della relativa fattispecie, essendo indispensabile che la risposta concreta regga ad un vaglio di proporzionalità e così di adeguatezza, nell'equilibrio raggiunto tra l'esigenza dell'interesse generale e la salvaguardia del diritto fondamentale**[21]**.

Se tanto vale per le pronunce della Corte EDU, un'interpretazione ancor più favorevole ad un'ammissibilità ampia di censure, anche di natura revocatoria, dovrebbe essere scontata, specie laddove l'esame di determinate circostanze di fatto fosse conseguenza diretta ed immediata del pronunciamento della Corte come nel caso di specie.

Nel caso concreto, tuttavia, il Consiglio di Stato "consegna" all'attenzione della Corte i risultati della propria indagine di merito, osservando di avere sostanzialmente "obbedito" ai principi affermati dalla Corte: si deve tuttavia rilevare che l'atteggiamento del massimo organo di giustizia amministrativa suscita qualche perplessità dal momento che si è limitato a ribadire che "l'avvio di un procedimento presso l'EMA al fine di includere tali informazioni nel riassunto delle

caratteristiche del prodotto, incombono al solo titolare dell'AIC del medicinale in questione e non ad un'altra impresa che commercializza un medicinale concorrente"[22]. Se questo aspetto può certamente essere rilevante al fine di far sorgere un sospetto che vi sia un'intesa e che le informazioni non siano genuinamente improntate a tutelare la salute delle persone (o quanto meno non solo), non si può tuttavia ritenere che in tal modo sia stata effettuata un'indagine attenta sul carattere ingannevole delle informazioni. Carattere ingannevole che, come si è già osservato, parrebbe invece essere escluso dalla semplice circostanza quale "la decisione di Ema di respingere la richiesta di Roche di modificare la sezione 4.8 (effetti indesiderati) del RCP di Avastin, **e la modifica solo della diversa sezione 4.4 (avvertenze e precauzioni d'uso) del RCP, per segnalare la specificità delle applicazioni a mezzo d'iniezione intravitreale, cui conseguono rischi di possibili infezioni**" (grassetto aggiunto). Rilievo che non sembra irrilevante, specie in un contesto di salute pubblica, come lo si è visto anche di recente con le indicazioni assai contraddittorie e tendenzialmente "negazioniste" di EMA e AIFA, in tema di effetti avversi dei vaccini in commercio al tempo della pandemia.

Insomma, in termini di errore revocatorio, pare proprio che una maggiore preoccupazione per la giustizia in concreto avrebbe potuto e dovuto indurre il Consiglio di Stato a diversi approdi, anche se è innegabile che le strettissime maglie (per usare un eufemismo) di ammissibilità dell'azione di revocazione previste dal diritto vivente, come usa dire, rendevano l'esito del tutto scontato.

La conclusione dell'ordinanza di rinvio è nel senso che, dovendosi escludere la sussistenza di una violazione dal punto di vista sia della sua configurazione astratta, sia da quello fattuale, del diritto dell'Unione europea e dei principi affermati dalla sentenza della Corte di giustizia del 23 gennaio 2018, non sussisterebbe neppure la rilevanza della questione pregiudiziale sollevata dalle parti[23]. Tuttavia (continua l'ordinanza) "la Sezione si pone l'interrogativo se debba essere il Giudice nazionale a sindacare la sussistenza di una violazione del diritto dell'Unione Europea, piuttosto che la Corte di Giustizia, che ai sensi dell'art. 267 TFUE '*è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:* [...] *b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione*', tra cui ben può farsi rientrare anche una pronuncia della stessa Corte di Giustizia"[24].

Anche a questo quesito, il Consiglio di Stato sembra già fornire una risposta precisando che "è principio consolidato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che quest'ultima non è competente a decidere lo specifico caso e 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 (*cfr.* sentenza 3 ottobre 2019 C-632/18; 13 aprile 2010, *Bressol e a.*, C73/08; 21 giugno 2017, *W e a.*, C-621/15); esula delle competenze della Corte la verifica e la valutazione delle circostanze di fatto relative al procedimento principale, spetta invece al giudice nazionale effettuare «*una valutazione globale di tutti gli elementi relativi a detto procedimento*» (sentenza 6 settembre 2012, C – 273/11)".

E, pur tuttavia, stante l'enfatizzata "peculiarità" del caso, l'ordinanza si chiede se non si debba pensare che questa indagine spetti alla Corte di giustizia, "potendosi prospettare – quale precipitato del dovere di cooperazione al fine di garantire la corretta applicazione e l'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione nell'insieme degli Stati membri – che ad esso debba essere deputata la stessa Corte di Giustizia, quale organo che ha dettato la specifica regola di giudizio che doveva applicare il giudice nazionale e di cui la parte lamenta la violazione".

Se queste sono le ragioni, appare tuttavia discutibile la "peculiarità" del caso, dal momento che avviene sempre, in sede di rinvio pregiudiziale, che la Corte detti la specifica regola di giudizio che il giudice nazionale deve applicare e di cui la parte lamenta la violazione.

Suscitano qualche perplessità le considerazioni in tema di inammissibilità del rimedio alla luce delle pronunce della Corte costituzionale n. 123/2017 e dell'Ad. Pl. n. 12/2017 di "esecuzione" della prima, a maggior ragione riguardando un'ipotesi differente, precisamente "quella di un contrasto con una decisione della Corte Europea dei Diritti Umani". In primo luogo, invero, stante la diversità strutturale, anche nella considerazione della Corte costituzionale (si vedano le sentenze nn. 348/2007 e 349/2007), fra il diritto dell'Unione e il diritto internazionale convenzionale, la pronuncia della Corte costituzionale pare poco rilevante; la Corte costituzionale, inoltre, stava "ragionando" di vera e propria ipotesi di cosa giudicata, non già di questione ancora *sub judice* ovvero di "sentenza contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata" ai sensi e agli effetti dell'art. 395, n. 5 c.p.c. In secondo luogo, non pare nemmeno che il tenore di cui all'art. 395, n. 5 sia assistito da "eccezionalità" *ex* art. 14 delle preleggi, non foss'altro per il fatto che si fa riferimento genericamente a un "precedente" avente autorità di cosa giudicata fra le parti e i rimedi di cui ai nn. 4 e 5 dell'art. 395 c.p.c. sono considerati pacificamente "ordinari" e non già "straordinari"**[25]**.

Pur con tutte le "peculiarità" del caso (sentenza resa dalla Corte di giustizia nello stesso processo e risultante da una sospensione c.d. *impropria* del processo secondo la nota terminologia di Liebman), la dottrina tradizionale da sempre si è espressa per le pronunce della Corte rese in sede pregiudiziale come sentenze aventi *l'autorité de chose interpretée*, se non già di *chose jugé*e **[26]**.

In ogni caso, pare difficile negare che la pronuncia della Corte rispetto alle parti in causa abbia un'autorità assai simile nella sostanza a quella della cosa giudicata, sia cioè vincolante e non impugnabile. E' proprio la possibilità rinviare nuovamente (già segnalata nella risalente pronuncia *Da Costa***[27]**) ad impedire di parlare *tout court* di "cosa giudicata", senza tuttavia che queste caratteristiche speciali del giudicato comunitario (differenziato notoriamente in 'di invalidità' ed 'interpretativo' in senso stretto) sia suscettibile di essere sussunto nell'art. 396 n. 5 c.p.c. ai fini di una maggior tutela.

Non va sottaciuto, poi, che i casi di "precedenti" sono tutt'altro che tassativi, se solo si considera che, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 3, c. 2 della l. 14 gennaio 2013, n. 5 (*Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli di Stati e dei loro beni, fatta a New York il 2 dicembre 2004 nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno*), le sentenze passate in giudicato del giudice italiano che siano in contrasto con una sentenza della Corte internazionale di giustizia che abbia accertato il difetto di giurisdizione possono essere impugnate per revocazione e, in tal caso, non si applica l'art. 396 c.p.c.

In altre parole, l'obbligo di interpretazione conforme, unitamente alla circostanza che non si tratterebbe di una interpretazione *contra legem*, potrebbe consentire un'interpretazione analoga dell'art. 395, n. 5 c.p.c. anche in relazione alle pronunce rese dalla Corte fra le stesse parti (in quanto fonte di diritto), come ricordato dall'ordinanza.

4. – Il principio dell'intangibilità della regiudicata nazionale nella giurisprudenza della Corte: dai più lontani precedenti Eco Swiss e Köbler fino ai più recenti Pizzarotti e Telecom ("passando" attraverso Künhe&Heitz, Kapferer, Kempter, Lucchini, Fallimento Olimpiclub). L'autonomia procedurale nazionale

L'ordinanza in commento sembra negare la possibilità dell'utilizzo del diritto processuale nazionale con la finalità di creare innovativamente rimedi processuali a favore di una maggiore effettività del diritto dell'Unione.

In altri termini, l'invocabilità dell'art. 395 c.p.c. in funzione di garanzia dell'effettività della pronuncia della Corte di giustizia resa ai sensi e agli effetti dell'art. 267 TFUE sarebbe impedita da una duplice difficoltà: a) avanti al Consiglio di Stato non si è ancora creato un giudicato; b) la stessa pronuncia della Corte non può dirsi un vero giudicato, avendo le caratteristiche ontologicamente diverse.

Il tema che qui si intende illustrare (eventuale "superamento" di una nozione formalistica della cosa giudicata nazionale in virtù del principio della tutela effettiva) è fra quelli che più hanno suscitato, in dottrina, accese discussioni (peraltro non ancora sopite) in ordine ad una possibile forzatura, *ex parte Curiae*, del fondamentale principio di effettività ben oltre i limiti della ragionevolezza.

Storicamente, pare che la Corte di giustizia si sia posta per la prima volta il problema di un'eventuale neutralizzazione degli effetti propri del giudicato interno alla luce del principio dell'effettività nella pronuncia *Eco Swiss*. In quel caso, invero, dopo aver ricordato che le disposizioni nazionali che impediscono di rimettere in discussione un lodo arbitrale avente – in quanto non impugnato – natura di regiudicata, sono giustificate dal "principio della certezza del diritto e [da] quello del rispetto della cosa giudicata che ne costituisce l'espressione", la Corte ha sostanzialmente negato che il valore di un giudicato possa essere rimesso in discussione, sia pure alla luce di una norma di diritto "comunitario" di carattere imperativo (artt. 101-102 TFUE)**[28]**.

Qualche anno più tardi, nella nota sentenza *Köbler*, lo stesso problema si ripropose a fronte dell'affermazione del principio di responsabilità dello Stato-giudice a fini risarcitori (come applicazione della c.d. dottrina *Francovich*), di talché non è stato difficile per la Corte osservare, analogamente peraltro a quanto accade nel contesto della CEDU, che "il principio della responsabilità dello Stato inerente all'ordinamento giuridico comunitario richiede un tale risarcimento, ma non la revisione della decisione giurisdizionale che ha causato il danno"**[29]**. Da queste prime prese di posizione, si comprende come, in linea di principio, la Corte attribuisca il giusto valore al principio della *res judicata*, la cui importanza "non può essere contestata (v. sentenza *Eco Swiss*, cit., punto 46). Infatti, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante 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" **[30]**.

Ma la *démarche* della Corte verso un possibile superamento (sia pure eccezionale, come si vedrà, per condizioni e presupposti) dell'intangibilità della cosa giudicata è stata successivamente

piuttosto netta. È nel caso *Kühne & Heitz*, che la Corte afferma, per la prima volta, che il primato, letto alla luce della c.d. *Bundestreue* e all'esigenza di effettività di applicazione della norma dell'Unione, può portare talora a questo risultato**[31]**. A seguito di un rinvio pregiudiziale del *College van Beroep voor het bedrijfsleven* (giudice olandese competente in tema di questioni doganali) originato da una controversia in tema di errata qualificazione di voci e sottovoci della tariffa doganale (precisamente, su cosa si debba intendere per coscia di pollo), la Corte ha avuto modo di affermare che "il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE [oggi art. 4.3 TFUE] impone ad un organo amministrativo, investito di una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora: – disponga secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione; – la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; – tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 234, n. 3,CE, e – l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza"**[32]**.

Una tale conclusione viene raggiunta, comunque, se non dopo aver ricordato e ribadito come, in linea di principio, "la certezza del diritto è inclusa tra i principi generali riconosciuti nel diritto comunitario. Il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza e da ciò deriva che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo"**[33]**.

Successivamente a questo importante precedente, la Corte si è dovuta confrontare con alcuni casi in cui i giudici nazionali chiedevano lumi al fine di una migliore comprensione ed applicazione concreta del *rationale* sotteso a *Kühne & Heitz.*

Il primo di questi, in termini temporali, è la pronuncia *Kapferer*, sollevata dal *Landesgericht* Innsbruck. Pur muovendo da una questione di interpretazione degli artt. 10 CE (oggi, art. 4.3. TUE) e 15 del regolamento (CE) del Consiglio 22 dicembre 2000, n. 44/2001 (c.d. Bruxelles I, poi sostituito dal reg. n. 1215/2012, c.d. Bruxelles I *bis*)**[34]**, la questione si è trasformata, per la Corte, concretamente, in quella relativa alla trasponibilità dei principi della *Kühne & Heitz* al c.d. giudicato sostanziale.

La Corte, seguendo in ciò il suggerimento dell'avvocato generale Tizzano, ha precisato che "anche ammettendo che i principi elaborati in tale sentenza *Kühne & Heitz* siano trasferibili in un contesto che, come quello della causa principale, si riferisce ad una decisione giurisdizionale passata in giudicato, occorre ricordare che tale medesima sentenza subordina l'obbligo per l'organo interessato, ai sensi dell'art. 10 CE [art. 4.3. TUE], di riesaminare una decisione definitiva che risulti essere adottata in violazione del diritto comunitario, alla condizione, in particolare, che il detto organo disponga, in virtù del diritto nazionale, del potere di tornare su tale decisione (v. punti 26 e 28 della detta sentenza). Orbene, nel caso di specie, è sufficiente rilevare che dalla decisione di rinvio risulta che la suindicata condizione non ricorre" **[35]**.

In realtà, il precedente invocato dalla consumatrice austriaca in detta causa impingeva già, indubitabilmente, nel principio della regiudicata, posto che, come ricordato in *Kühne & Heitz* dall'avvocato generale Léger, "la risposta data dalla Corte nella citata sentenza *Larsy*" poteva "essere integralmente trasposta alla situazione della causa principale, anche se la decisione giurisdizionale nazionale a cui si richiamava l'organo amministrativo coinvolto (nella citata causa *Larsy*) non era definitiva quando quest'ultimo ha adottato la decisione controversa, per cui essa era semplicemente dotata dell'autorità di cosa giudicata, e non della forza di cosa giudicata o dell'autorità della cosa definitivamente giudicata come avviene nella causa in discussione"**[36]**.

In un diverso caso, *Kempter***[37]**, la Corte dovette affrontare nuovamente la spinosa questione, e ciò in una controversia relativa a (solo) parziali restituzioni all'esportazione ottenuti, dalla ditta esportatrice di bovini in diversi paesi terzi, presso lo *Hauptzollamt Hamburg-Jonas*. La questione sottoposta dal *Finanzgericht* di Amburgo, in buona sostanza, riguardava la possibilità di Kempter KG di rimettere in discussione un giudicato e una decisione amministrativa definitiva in applicazione degli artt. 48 e 51 della legge sul procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) del 25 maggio 1976, invocando un precedente della Corte di cui era venuto a conoscenza dopo il passaggio in giudicato della pronuncia sulla sua controversia, precedente che effettivamente gli avrebbe consentito di recuperare integralmente le restituzioni *de quibus*. In particolare, il giudice nazionale si interrogava su due circostanze di applicabilità della dottrina *Kühne & Heitz*: ovvero, se *a*) sia necessario che il privato interessato abbia sollevato la questione di diritto comunitario in precedenza ed abbia ottenuto un rigetto e se *b*) sia necessario che il privato chieda immediatamente la revisione della pronuncia definitiva. La Corte risponde negativamente ad entrambi i quesiti. Ed invero, quanto alla prima, osserva che "nell'ambito di un procedimento dinanzi ad un organo amministrativo diretto al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva in virtù di una sentenza pronunciata da un giudice di ultima istanza, la quale, alla luce di una giurisprudenza successiva della Corte, risulta basata

su un'interpretazione erronea del diritto comunitario, tale diritto non richiede che il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno da esso proposto contro tale decisione"**[38]** .

Quanto poi al decorso del tempo e alla diligenza nell'attivarsi in tal senso, la Corte precisa che "il diritto comunitario non impone alcun limite temporale per presentare una domanda diretta al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva. Gli Stati membri rimangono tuttavia liberi di fissare termini di ricorso ragionevoli, conformemente ai principi comunitari di effettività e di equivalenza"**[39]** . Si può osservare al riguardo che, quanto alla prima precisazione, essa non sembra così coerente con la giurisprudenza della Corte in tema di applicabilità d'ufficio, *ex parte judicis*, del diritto dell'Unione di natura imperativa (pur accennata dalla Corte per giustificare la propria soluzione); quanto invece alla lettura dell'aspetto temporale della giustiziabilità di una domanda "alla *Kühne & Heitz*", essa appare sostanzialmente riconducibile nel solco tradizionale della giurisprudenza in tema di termini processuali, materia di per sé di diritto processuale nazionale per eccellenza (ancorché con le dovute e note precisazioni).

Quanto al caso *Lucchini*, si ricorda che la controversia dinanzi al giudice italiano era sorta in relazione ad aiuti concessi dallo Stato italiano in favore della società Lucchini, che erano stati oggetto di una decisione CECA (90/555/CECA) di incompatibilità, decisione divenuta inoppugnabile per il decorso del termine di un mese per l'eventuale impugnativa *ex* art. 33, 3° comma, CECA**[40]**.

In modo del tutto scollegato dalla loro sede e regime naturali, gli aiuti in parola erano stati oggetto di azioni di accertamento e di condanna che avevano visto il Ministero dell'industria, commercio e artigianato soccombere, nei confronti della Lucchini, davanti al Tribunale civile di Roma, prima, e poi, in secondo grado, davanti alla Corte d'appello (con sentenza passata in giudicato). Successivamente, tuttavia, l'autorità amministrativa italiana – che pur era stata costretta ad erogare l'aiuto per la soccombenza in sede civile – procedeva, anche su pressioni della Commissione, alla revoca dell'aiuto: revoca impugnata dal privato beneficiario, prima di fronte al Tar Lazio e dopo, in sede di gravame, avanti al Consiglio di Stato. E mentre il giudice amministrativo di prime cure dava ragione alla Lucchini in virtù del c.d. *giudicato implicito*, intervenuto prima della decisione definitiva di incompatibilità, da parte della Commissione, il massimo organo di giustizia amministrativa sollevava due questioni pregiudiziali con la finalità di chiarire se il primato e la diretta efficacia della decisione della Commissione imponessero alle autorità nazionali di recuperare l'aiuto illegittimo anche in presenza di un giudicato interno che,

almeno formalmente, impedisce, *lege fori*, il recupero o se, invece, alla luce del precedente *Deutsche Milchkontor***[41]**, il recupero debba essere retto dal diritto nazionale con conseguente applicazione della regola di cui all'art. 2909 c.c.

Sotto questo profilo, la soluzione della Corte sul tema dell'applicazione del 2909 c.c., a tenore del quale, "l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa" e che copre anche il c.d. giudicato implicito o deducibile, non poteva che essere scontata: "il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva"**[42]**.

La sentenza *Lucchini* non sposta, sostanzialmente, la giurisprudenza della Corte, tutto sommato equilibrata in linea di principio, ancorché non sempre coerente, sul tema dell'autonomia processuale degli Stati membri e sulla necessità, di regola, di "accettare" i valori processuali provenienti dalla *lex fori*, compreso quello fondamentale della *res judicata*. Il valore della *res judicata* nazionale non è inficiato (è anche un principio fondamentale di diritto processuale dell'Unione), ma non ha più di tanto rilevanza in una materia dove vigono procedure di controllo e sanzioni europee. Più rilevanti in questa prospettiva di "revisione" del giudicato interno paiono essere i casi *Fallimento Olimpiclub* e *Pizzarotti.*

Nel primo, *Fallimento Olimpiclub,* a proposito della teoria unitaria o frammentaria del giudicato fiscale, la Corte ha osservato che "il diritto comunitario osta all'applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile, in una causa vertente sull'IVA concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta"**[43]**.

Nella causa *Pizzarotti* in tema di formazione progressiva del giudicato amministrativo in sede di ottemperanza, la Corte ha potuto affermare che "se le norme procedurali interne applicabili glielo consentono, un organo giurisdizionale nazionale, come il giudice del rinvio, che abbia statuito in ultima istanza senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte di giustizia ai sensi dell'articolo 267 TFUE, deve o completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione in materia di appalti

pubblici di lavori o ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte medesima"**[44]**.

Infine, in maniera assai più piana e rispettosa dell'autonomia procedurale degli Stati membri, la Corte ha riaffermato, recentemente, che "il diritto dell'Unione dev'essere interpretato nel senso che esso non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme di procedura interne che riconoscono autorità di cosa giudicata a una pronuncia di un organo giurisdizionale, anche qualora ciò consenta di porre rimedio a una violazione di una disposizione del diritto dell'Unione, senza con ciò escludere la possibilità per gli interessati di far valere la responsabilità dello Stato al fine di ottenere in tal modo una tutela giuridica dei loro diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione"**[45]**.

Quali conclusioni trarre, dunque, da questa giurisprudenza non sempre così lineare e coerente in tema di cosa giudicata interna?

Come osserva l'avvocato generale Bobek**[46]**, "La giurisprudenza sviluppatasi nel corso degli anni è variegata [...]. Essendo legata al caso specifico, essa resiste a generalizzazioni. Sono rinvenibili esempi di approcci diversi. Tale giurisprudenza spazia da posizioni alquanto benevole nei confronti degli Stati membri, in cui l'equivalenza è tendenzialmente considerata sufficiente, a perentorie istanze di effettività, in cui lo Stato membro è tenuto a fare (molto) di più rispetto a ciò che è normalmente possibile ai sensi del suo diritto nazionale. Ad un estremo vi sono cause in cui la Corte ha accettato le norme processuali in questione, dopo aver reso il rispetto della condizione dell'equivalenza il punto focale della sua analisi. In tali cause, la valutazione della condizione dell'effettività è stata oggetto di un approccio particolarmente tenue. A tale riguardo, la Corte ha chiarito che il principio di equivalenza non può essere interpretato nel senso di obbligare uno Stato membro ad estendere a tutte le azioni fondate sul diritto dell'Unione le sue norme processuali più favorevoli. Tale criterio di controllo «clemente» sembra essere stato impiegato soprattutto in materia di istituti e meccanismi di diritto processuale comuni a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, essendo connaturati a qualsiasi sistema giuridico (come, ad esempio, l'autorità di cosa giudicata, i termini e così via). All'estremo opposto si rinvengono cause quali *Simmenthal, San Giorgio, Factortame, Cartesio, Elchinov,* o *Klausner*, in cui la Corte ha insistito in modo categorico su una solida concezione dell'effettività. Tali cause riguardavano situazioni in cui un ordinamento giuridico nazionale era privo di un determinato tipo di rimedio, mentre la prassi nazionale in questione era percepita come fonte di ostacoli sistemici alla piena effettività del diritto dell'Unione o a una tutela rapida e completa dei singoli lesi nei loro diritti"**[47]**.

A tal riguardo, è stato osservato che "*the important point is that, in all such situations, Union law itself determines the scope and limits of the principle of supremacy – by examining the role of that principle relative to other basic tenets of the Union legal order [...] By contrast, it is in principle impermissible for national courts or tribunals to condition the supremacy of Union provisions unilaterally upon the requirements of purely domestic law (however fundamental)*"**[48]**.

In altre parole, e in conclusione, pare poco credibile che si rappresenti alla Corte che un certo risultato processuale, laddove davvero imposto dal primato del diritto dell'Unione, non sarebbe possibile solo in virtù di esigenze di puro diritto processuale nazionale, perché, ad esempio, le ipotesi di revocazione sono tassative o altro. Se una siffatta necessità di interpretazione conforme o di disapplicazione della norma processuale interna deriva da effettive esigenze di primato, nessuna difficoltà processuale interna presunta o tale può ostacolarne l'interpretazione conforme o la stessa disapplicazione.

Nel caso di specie, un analogo trattamento ai fini dell'ammissibilità del rimedio di cui all'art. 395, nn. 4 e 5 c.p.c. viene riservato alle sentenze della Corte EDU o a quelle della Corte internazionale di giustizia, e non si vede per quale ragione non possa e non debba essere riservato anche alle pronunce della Corte di giustizia, sulla base dei medesimi presupposti di fatto e di diritto. Si tratta, ancora una volta, di una conseguenza necessitata derivante dal principio di equivalenza, interpretato secondo un approccio "serio" e non già troppo "clemente".

5. Sul significato concreto del rinvio. La distinzione fra interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione europea alla luce dell'art. 19 TUE e del diritto a un ricorso effettivo di cui all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali (la possibile risposta al secondo quesito)

Il Consiglio di Stato parte dalla premessa, indubitabilmente corretta, che secondo una giurisprudenza nazionale che potremmo definire pietrificata, "l'allegazione di un'erronea ricognizione della fattispecie concreta a mezzo delle risultanze di causa è esterna all'esatta interpretazione della norma e inerisce alla tipica valutazione del giudice di merito (*cfr.* Corte di Cassazione ordinanza n. 3340 del 05/02/2019; Ordinanza n. 24155 del 13/10/2017)".

In effetti, questo tipo di contestazione *vis-à-vis* del giudice incaricato di applicare il principio afferisce piuttosto ad un problema di responsabilità del Giudice. Afferma il Consiglio di Stato:"tale assetto dei rapporti tra Giudice della nomofilachia e Giudice di merito appare replicabile anche nella prospettiva dei rapporti tra Giudice nazionale e Corte di giustizia, posto che la indiscussa vincolatività che deriva dalla pronuncia adottata da quest'ultima non può confondersi con la funzione giurisdizionale riservata al giudice nazionale, neanche quando è in discussione una controversia per la quale rileva il diritto dell'Unione, al cui interno si inserisce il rinvio pregiudiziale: al giudice nazionale, invero, appartiene in via esclusiva il potere di decidere la controversia e di valutazione dei fatti e delle emergenze istruttorie (cfr. sentenza, 19 marzo 1964, causa 75/63, Unger; sentenza, 26 settembre 1996, causa C-341/94)".

Al Giudice nazionale remittente (continua il Consiglio di Stato con articolata argomentazione) spetta il compito di applicare le norme di diritto "comunitario" al caso concreto; pertanto: "la Corte non è competente a pronunciarsi sui fatti della causa principale, dato che tali questioni rientrano nella competenza esclusiva del giudice nazionale (sentenza 22 giugno 2000, causa C-318/98, Fornasar e a., Racc. pag. I-4785, punto 32) (sentenza 16.10.2003, Causa C-421/01)".

A fronte di un siffatto argomentare, il riparto di competenze proprio di questa speciale *procédure de juge à juge* parrebbe condurre ad una sorta di risposta per così dire scontata, una sorta di truismo. Ma non è propriamente così. Sin dai primi precedenti della Corte in materia, la risposta sembra essere più complicata: secondo l'avvocato generale Lagrange, ad esempio, nel caso *Costa c. Enel,* dopo aver ricordato che l'interpretazione astratta del testo del Trattato o della legislazione secondaria viene sempre data in relazione al caso concreto che costituisce l'oggetto della controversia, "tracciare il confine tra applicazione e interpretazione è senza dubbio uno dei problemi più complessi sollevati dall'art. 177 [oggi, art. 267 TFUE], tanto più che detto confine coincide con quello tra competenza del giudice comunitario e competenza del giudice nazionale, e non vi è alcun foro per dirimere un'eventuale conflitto. Orbene, è palese che un conflitto tra la Corte di Giustizia ed i supremi fori nazionali potrebbe mettere in serio pericolo il sistema di controllo giurisdizionale istituito dal Trattato, sistema il quale è basato sulla collaborazione stretta, e spesso persino organica, fra l'una e gli altri" **[49]** . O, ancora, l'avvocato generale Capotorti, nelle conclusioni nella causa *CILFIT*, osservava: "l'applicazione di una norma a un determinato caso richiede sempre, logicamente e praticamente, l'identificazione del significato e della portata di quella norma, senza la quale non si giunge a stabilire che essa è adatta al caso di specie, né a trarre dal suo contenuto tutte le conseguenze riferibili al caso. Si può forse dire che, quando si applica una norma, interpretazione e applicazione si intrecciano e si fondono, ma non è certo concepibile che una norma sia applicata senza bisogno di interpretarla, a meno che non si

travisi il significato della parola «interpretazione», attribuendole necessariamente un carattere di difficoltà"**[50]**.

Parole che sembrano in qualche modo riecheggiare *ante litteram* le difficoltà con cui qui, oggi, ci si confronta**[51]**.

Si deve osservare, tuttavia, che il Trattato di Lisbona ha rafforzato l'obbligo del Giudice nazionale di rispettare le sentenze della Corte *in concreto*, dal momento che all'art. 19, comma 1, secondo alinea, TUE, si precisa icasticamente che "gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione".

L'effettività della tutela richiama subito alla mente una sorta di rafforzamento in concreto della vincolatività della pronuncia della Corte, rafforzamento che certamente abilita la parte ad invocare nuovamente, avanti al Giudice nazionale, l'opportunità o necessità del rimedio del rinvio pregiudiziale per verificare il significato veritiero, proprio ed "effettivo" del diritto dell'Unione nel momento dell'attuazione del principio interpretativo *ex parte judicis*.

In una questione decisa dalla Corte nella causa *Ognyanov* si discettava, precisamente, dell'interpretazione degli artt. 267 TFUE e 94 del regolamento di procedura della Corte**[52]**, nonché dell'art. 47, secondo comma, e dell'art. 48, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea avanti al Giudice nazionale**[53]**. Il *thema decidendum* era di quelli di particolare delicatezza, involgendo una questione di possibile parzialità del collegio nazionale giudicante: la legittimità, alla luce del diritto dell'Unione, di una normativa nazionale che obbliga il collegio giudicante di un organo giurisdizionale a dichiarare la propria incompetenza qualora abbia espresso, nella domanda di pronuncia pregiudiziale rivolta alla Corte, un parere provvisorio nell'esporre il contesto di fatto e di diritto del procedimento principale, e questo prima della decisione finale.

La Corte di giustizia ha concluso che "il diritto dell'Unione, segnatamente l'articolo 267 TFUE, deve essere interpretato nel senso che non impone né vieta al giudice del rinvio di procedere, in seguito alla pronuncia della sentenza emessa in via pregiudiziale, ad una *nuova audizione delle parti nonché a nuove misure istruttorie che possano indurlo a modificare gli accertamenti di fatto e di diritto* da esso effettuati nell'ambito della domanda di pronuncia pregiudiziale, purché tale giudice dia piena attuazione all'interpretazione del diritto dell'Unione data dalla Corte di giustizia dell'Unione europea" (corsivo aggiunto)**[54]**.

Si potrebbe osservare che la Corte di giustizia abbia così già risposto al secondo quesito contenuto nell'ordinanza del Consiglio di Stato, essendo pacifico vuoi che, a seguito della pronuncia *ex* art. 267 TFUE, il Giudice nazionale possa modificare il proprio giudizio sul fatto riaprendo la causa in istruttoria, vuoi soprattutto che esso dia piena attuazione all'interpretazione del diritto dell'Unione, data dalla Corte di giustizia e che, dunque, quest'ultima possa essere chiamata a verificare la correttezza dell'attuazione da parte del Giudice nazionale che non può, in tutta evidenza, limitarsi ad un *lip-service* rispetto al pronunciamento della prima.

Un particolare passaggio nell'ordinanza qui in commento merita di essere sottolineato e ripreso *tout court*: "nel peculiare caso in esame, la domanda di parte ricorrente – nella parte in cui punta all'annullamento della sentenza impugnata – ha ad oggetto la dedotta violazione da parte di quest'ultima dei principi dettati dalla Corte di Giustizia nell'ambito del giudizio principale all'interno del quale la stessa era stata adita. In altre parole, la domanda proposta dalla società, nella sua fase rescindente, si fonda soltanto, e necessariamente, sulla supposta violazione dei principi affermati dalla Corte di Giustizia nella precedente fase processuale, sicché 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".

Va detto, oltre ad essere scontato che il Giudice nazionale possa investire nuovamente la Corte per ottenere un nuovo chiarimento (come del resto avvenuto in molti casi)**[55]** o anche (perché no ?) per una verifica della correttezza dell'attuazione dei principi affermati dalla Corte al caso concreto, non c'è dubbio che se, nella controversia specifica sottoposta all'attenzione del Consiglio di Stato, come sottolinea l'ordinanza di rinvio, la verifica del fatto pare inestricabilmente connessa con il principio di diritto, ciò possa e debba avvenire *a fortiori,* senza che ciò implichi una (pericolosa) messa in discussione del riparto delineato dai Trattati in ordine al rimedio di cui all'art. 267 TFUE**[56]**.

6. Considerazioni conclusive. La possibile risposta ai quesiti pregiudiziali

Senza volersi, per così dire, cimentare (a tutti i costi) in una previsione di quella che sarà la risposta della Corte, *habent sua sidera lites* (che vale anche a Lussemburgo, ovviamente), si può ritenere, e auspicare, che i quesiti siano valutati e apprezzati nella prospettiva qui indicata di diritto dell'Unione.

a)Quanto al primo quesito si deve osservare che la premessa sembra soffrire di una sorta di petizione di principio, alla luce del noto rinvio *Randstad*, operato dalle Sezioni Unite, pendente avanti alla Corte di giustizia**[57]**.

b)Quanto al secondo quesito sottoposto, suscita perplessità il fatto che il Consiglio di Stato esprima, rispetto allo stesso, dubbi in termini sia di fondatezza, sia di rilevanza o interesse attuale della questione (si ricordi che il Collegio ha già emesso una sentenza non definitiva di rigetto di tutti i pretesi vizi revocatori), al punto che ci si potrebbe persino chiedere per quale motivo, allora, un tale quesito venga sottoposto alla Corte, stante in qualche modo la "signoria" del Giudice nazionale nel valutare in modo decisivo tale aspetto del rinvio (cioè la sua pertinenza). Ed in effetti, ricorda l'ordinanza, "sul piano dell'astratta configurabilità, nel caso di specie, di una violazione del diritto comunitario, deve rilevarsi che il Giudice, nel giudizio proposto avverso il provvedimento n. 24823 del 27.2.2014, vista la rilevanza comunitaria della materia: a) ha sollevato specifico quesito pregiudiziale alla Corte di Giustizia; b) ha recepito la relativa pronuncia, citandone le conclusioni e richiamandola in diversi passaggi della motivazione della sentenza n. 4990/2019 impugnata in questa sede".

c) Non rimane che provare a scorgere, nel *case-law* della Corte, quale sarà il possibile orientamento della medesima a fronte del terzo quesito, l'unico (a ben vedere) avente una vera e propria rilevanza rispetto alla controversia *sub judice*. L'ordinanza chiede di conoscere, come già si è ricordato, se "gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, del TUE e 2, paragrafi 1 e 2, e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea " ostino ad un sistema, quale derivante dal combinato disposto degli articoli 106 del codice del processo amministrativo e 395 e 396 del codice di procedura civile, nella misura in cui queste disposizioni nazionali impediscono al giudice il ricorso al rimedio del ricorso per revocazione per contestare sentenze del Consiglio di Stato confliggenti con sentenze della Corte di giustizia ed i principi di diritto affermati da quest'ultima in sede di rinvio pregiudiziale**[60]**.

E' pur vero, in effetti, che la Corte di giustizia, di per sé, non può interferire autonomamente nell'accertamento del diritto nazionale vigente (per così dire *as it stands*), e quindi come è descritto dal Giudice nazionale, ma è evidente che, da un lato, un rinvio già pendente sembra rappresentare esattamente il contrario, rivendicando la competenza del giudice nazionale.

Non si comprende precisamente (in altre parole) se il senso della premessa dell'ordinanza qui in commento sia finalizzato per l'appunto a rafforzare nella Corte di giustizia l'idea che le pronunce del Consiglio di Stato non siano suscettibili di alcun sindacato, non essendo l'art. 111, comma 8, Cost. interpretabile come abilitante ad un ricorso di giurisdizione avverso le pronunce del Consiglio di Stato per ineffettività in concreto della tutela; ovvero se siffatta premessa sia dettata da un vero e proprio *souci d'efficacité* in vista della soluzione del terzo quesito pregiudiziale. Soluzione che potrebbe essere formulata, in realtà, nei termini seguenti: "stante l'impossibilità di altra tutela, dica la Corte di giustizia che il giudice nazionale può riconoscere l'utilizzabilità, in concreto, in virtù del principio di equivalenza o dell'effettività, del rimedio di cui all'art. 395 c.p.c., n. 5 **anche** in relazione alle pronunce della Corte di giustizia".

In ogni caso, un rinvio, dopo una precedente pronuncia *ex* art. 267 TFUE, può essere sollevato e finalizzato a verificare la corretta applicazione al caso concreto dei principi espressi dalla Corte di giustizia nel medesimo giudizio. Tanto può dirsi scontato e lo impone la giurisprudenza della Corte**[58]** e l'art. 19, 1° comma, secondo alinea, TUE rettamente inteso.

In verità, quanto all'indagine fattuale sottesa dalle risposte della Corte di giustizia (come si è già osservato) il Consiglio di Stato sembra in qualche modo "accontentarsi" dei principi astratti affermati dalla Corte di giustizia: il che, a ben vedere, potrebbe costituire un motivo di "non attuazione" del giudicato della Corte. Certo, l'indagine non può essere rifiutata *tout court* perché nella pronuncia *ex parte Curiae* si rinviene l'inciso "se del caso". Si tratta di un'espressione di per sé anodina, tecnicamente ed ermeneuticamente dipendente dalle circostanze del caso, ma giammai espressiva dell'idea di lasciare all'arbitrio del giudice nazionale se verificare (o non). Si aggiunga che anche il recente rinvio del Consiglio di Stato, ord. n. 7713/2020 sulla necessità di un'analisi degli effetti economici dell'abuso di posizione dominante in presenza di quello che autorevole dottrina definisce *abuse of dominant position by object* (pur non essendo cioè presente nell'art. 102 TFUE, diversamente che nell'art. 101 TFUE per le restrizioni, la distinzione fra *effect-abuses* e *per se* o *by object-abuses*)**[59]** risponde, in fondo, a medesime esigenze di maggior certezza "fattuale" o "specifica": fino a che punto il principio stabilito dalla Corte, in particolare nella materia *antitrust*, impone o può imporre al giudice nazionale una sorta di indagine fattuale "vincolata" dal principio di diritto stabilito dalla prima ? La risposta non può che essere rinvenuta nelle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale e, coerentemente, di uniformità dell'applicazione del diritto dell'Unione (funzione nomofilattica a garanzia della vera sostanza della *lex communis*).

Si è già osservato come il principio di interpretazione conforme possa essere d'ausilio nel "leggere" le disposizioni interne come abilitanti il Giudice nazionale ad un'interpretazione della fonte di diritto costituita dalla sentenza resa in sede di art. 267 TFUE in termini di precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, ai sensi dell'art. 395, n. 5 c.p.c., anche alla luce degli artt. 4.3. e 19, 1°comma, 2° alinea TUE, nonché art. 47 della Carta, al fine di consentire un maggior effetto utile e di vincolatività al principio espresso dalla Corte**[61]**.

In fondo, se le sentenze della Corte di giustizia sono vincolanti (il che è finanche scontato) e non sono suscettibili di impugnazione *stricto sensu* (altro è la necessità-opportunità di ulteriore rinvio per chiarimenti ed approfondimenti), non si vede per quale motivo non si possa, in virtù del principio di equivalenza**[62]**, utilizzare il rimedio della revocazione con la finalità di impedire che in uno Stato membro si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme "comunitarie", in conformità alla stessa *ratio* dell'art. 395 c.p.c. e a quel che accade con pronunce di altre Corti "sopranazionali".

Una conclusione, infine, che si può trarre da questo nuovo rinvio alla Corte di giustizia è che, come amava dire il Giudice americano Jackson, "*only the untaught layman or the charlatan lawyer can answer that procedure matters not*"**[63]**.

***** Il commento è frutto di una elaborazione comune: il par. 1 è comunque attribuibile a Bruno Nascimbene (già professore ordinario di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea); i parr.2-6 a Paolo Piva (professore associato di diritto dell'Unione europea).

[1]La causa, pendente a seguito dell'ordinanza di rinvio del 18.3.2021, è la C-261/21;per un commento all'ordinanza , cfr. R. Pappalardo, *La corsa al dialogo nella discordia sulla giurisdizione (nota a Cons. St., ord. 18 marzo 2021, n. 2327*, in questa *Rivista*. Sulla attuale pendenza avanti alla medesima Corte, causa C-497/20,*Randstad* , a seguito di rinvio da parte delle S.U della Corte di Cassazione, ordinanza del 18.9.2020, n. 19598 (in cui viene in rilievo, fra l'altro, in sede di esame di questione di motivi attinenti la giurisdizione ***ex*** art. 111, 8° comma Cost., la possibile violazione in modo grave e manifesto del diritto dell'Unione europea da parte del Consiglio di Stato), cfr. l'ordinanza delle S.U. n. 19598/2020 oggetto di una varietà di commenti e di numerosi richiami anche in questa *Rivista*, per i quali v., senza pretesa di completezza: cfr. F. Francario, ***Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione***, 11 novembre 2020; G. Tropea, ***Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)***;M.A. Sandulli, ***Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, 30 novembre 2020;** P.Biavati, **Il rilievo della questione**

pregiudiziale europea fra processo e giurisdizione (nota a Cass., S.U., 30 ottobre 2020, n. 24107). Fra questi, si permette ricordare anche B. Nascimbene, P. Piva *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni grave e manifeste del diritto dell'Unione europea?*

[2] Sentenza 23.1.2018, causa C-179/16, *Hoffmann La Roche,* EU:C:2018:25.

[3] Cons. Stato, VI, 19.7.2019, n. 4990. Sul tema, si vedano L. Arnaudo, R. Pardolesi, *La saga* Avastin /Lucentis*: ultima stagione*, in *Foro.it*, 2010, III, c. 533 ss.

[4] A margine della teoria dell'unità del gruppo (o *single economic entity*), circa l'irrogabilità della sanzione a carico della succursale o della casa madre, si veda recentemente G. Contaldi, *Diritto europeo dell'economia*, Torino, 2019, p. 187 ss..

[5] Cfr. il regolamento della Commissione relativo alle sanzioni pecuniarie in caso di violazione di determinati obblighi connessi con le autorizzazioni all'immissione in commercio rilasciate a norma del regolamento (CE) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio. In esso si precisa, fra l'altro, la necessità della "*completezza e accuratezza delle informazioni e dei documenti* contenuti in una domanda di autorizzazione all'immissione in commercio in forza del regolamento (CE) n. 726/2004 ovvero di tutti gli altri documenti e dati presentati all'Agenzia europea per i medicinali istituita da detto regolamento" (corsivo aggiunto).

[6] Tanto parrebbe ancor più vero alla luce delle conclusioni raggiunte dalla stessa Corte nella sentenza 21.11.2018, C-29/17, *Novartis Farma c. Aifa e a.*, EU:C:2018:931, in cui si autorizza l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) a monitorare l'Avastin, il cui impiego per un uso non coperto dall'autorizzazione all'immissione in commercio («*off-label*») è posto a carico finanziario del Servizio Sanitario Nazionale (Italia) e, se del caso, ad adottare provvedimenti necessari alla salvaguardia della sicurezza dei pazienti. Non sembra, invero, individuabile in concreto "un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario" (punto 78, sentenza *Hofmann La Roche* cit.). Si aggiunga che, alla luce della nota giurisprudenza *Groupement Cartes Bancaires*, C-57/13 P, 11.9.2014, EU:C:2014:2204, la Corte di giustizia aveva già avuto modo di criticare e stigmatizzare un approccio largheggiante, sotto questo profilo, da parte del Tribunale nell'individuare ipotesi di *restrictions by object*: in quella pronuncia si legge infatti che "il Tribunale ha erroneamente ritenuto, al punto 124 della sentenza impugnata, e poi anche al punto 146 della medesima, che la nozione di restrizione della concorrenza «per oggetto» non debba essere interpretata «restrittivamente». Infatti, salvo esimere la Commissione dall'obbligo di provare gli effetti concreti sul mercato di accordi rispetto ai quali non è affatto dimostrato che siano, per loro natura, dannosi per il buon funzionamento

del normale gioco della concorrenza, la nozione di restrizione della concorrenza «per oggetto» può essere applicata solo ad alcuni tipi di coordinamento tra imprese che presentano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario. La circostanza che i tipi di accordo menzionati dall'articolo 81, paragrafo 1, CE non esauriscano le possibili ipotesi di collusioni vietate è, a tal proposito, irrilevante" (punto 58). Sul tema si veda, fra gli altri, D. Bailey, *Reinvigorating the Role of Article 101(3) under Regulation 1/2003*, in *Antitrust Law J*., vol. 81, n. 1 (2016), 111-144.

[7] Se è vero infatti che per la Corte "la diffusione di informazioni ingannevoli su un medicinale non può essere considerata «indispensabile», ai sensi della terza condizione richiesta, per beneficiare di un'esenzione ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3, TFUE" (punto 98), è altrettanto vero che queste informazioni presuppongono una induzione in errore di EMA e Commissione che non può dirsi scontata a fronte dell'aggiunta di "avvertenze speciali e precauzioni d'impiego". In altri termini la stessa esentabilità dell'accordo *ex* art. 101, par. 3 dal divieto di cui all'art. 101, par.1 TFUE può risultare ammissibile *sicut et in quantum* sia negata in concreto l'induzione in errore. Si può forse ricordare che, secondo una giurisprudenza risalente ma ancora valida, "non vi può essere, in via di principio, una pratica anticoncorrenziale la quale, quale che sia l'intensità dei suoi effetti su un determinato mercato, non possa essere esentata, qualora siano cumulativamente soddisfatte le condizioni stabilite dall'art. 85, par. 3, del Trattato, [poi art. 101, par. 3, TFUE] e sempre che la pratica di cui trattasi sia stata regolarmente notificata alla Commissione" (causa T-17/93, sentenza 15.7.1994, *Matra Hachette SA c. Commissione,* EU:T:1994:89). Ovviamente, dopo il Regolamento n. 1/2003, è venuta meno la necessità della previa notifica dell'accordo.

[8] Cfr. il punto 60.

[9] Il tema, invero, non è propriamente nuovo se solo si pensa che, già ai tempi dei noti precedenti della Corte *Lucchini* (sentenza 18.7.2007, C-119/05, EU:C:2007:434) e *Fallimento Olimpiclub* (sentenza 3.9.2009, C-2/08, EU:C:2009:506) la dottrina si era così espressa: è "opportuno che, ad esempio, nel nostro Paese in una prospettiva *de iure condendo*, non sia la giurisprudenza comunitaria a farsi carico di una lacuna regolamentare al fine di porre rimedio alle ipotesi di violazione dei principi comunitari da parte dei giudici nazionali, bensì direttamente il legislatore mediante una modifica del codice di rito, magari introducendo un n. 7 all'art. 395 c.p.c. che consenta di ridiscutere i provvedimenti definitivi laddove si lamenti la mancata applicazione del principio di *primauté* del diritto europeo su quello interno [in proposito v. C. Consolo, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento*

degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?, in *Riv. dir. proc*., 2008, 1, 224 ss.]: in questi termini F. Fradeani, *La sentenza «Olimpiclub» della Corte di giustizia CE e la stabilità del giudicato,*
inhttps://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_processuale_civile_e_delle_procedure_

[10] Cfr. la sentenza 5.10.2010, causa C-173/09, *Elchinov,* EU:C:2010:581.

[11] Il Cons. Stato ricorda in proposito le sentenze 30.9.2003, C-224/01, *Köbler*, EU:C:2003:513; 10.6.1999, C-302/97, *Konle,* EU:C:1999:271.

[12] Cfr. la sentenza del 7.1.2021, IV, n. 175.

[13] Sentenza del 27.11.2019, n. 31032

[14] Sul quale, si vedano, fra gli altri, D. P. Domenicucci, F. Filpo, Art. 47. *Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, Milano, 2017, p. 864 ss.

[15] Fra i molti commenti alla pronuncia *Köbler*, si vedano P.D. Simon, *La responsabilité des Etats membres en cas de violations du droit communautaire par une juridiction suprême*, in *Juris-Classeur*, *Europe*, 2003, p. 3 ss.; O. Dubos, *La violation du droit communautaire par une juridiction nationale: quis custodes custodiet? Custodes ipsi, scilicet*, *J.C.P., La Semaine juridique, Administrations et Collectivités territoriales*, 2003, p. 1384 ss.; N. Scafarto, *L'effettività del diritto comunitario travolge anche la giurisdizione,* in *Dir. e giust.*, 2003, pp. 45, 96 ss; S. Bastianon, *Giudici nazionali e responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Resp. civ. prev.*, 1, 2004, p. 57 ss.; A. Barav, *Non discrimination des enseignants en raison de la nationalité dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *Libertés, justice, tolérance*, *Mélanges Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, 2004, I, p. 189 ss.; D. Sarmiento Ramirez-Escudero, *Responsabilidad de los Tribunales Nacionales y Derecho Comunitario*, in ***www.danielsarmirnto.eu/pdf/responsabilidad_tribunales.pdf***; P.J.Wattel, *Köbler, Cilfit and Welthgrove: We Can't Go On Meeting Like This*, in *CML Rev.*, 41, 2004, 177-190; E. Scoditti, *«Francovich» presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivato* in *Foro it.,* 2004, IV, 4; N. Zanon, *La responsabilità dei giudici*, relazione al convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Padova, 22-23 ottobre 2004, in ***http://www.magna-*** *carta.it/riforme*; R. Conti, *Giudici supremi e responsabilità per violazione del diritto comunitario,* in *Danno e resp.* 1, 2004, p. 26 ss.; J. Komarek, *Federal Elements In The Community Judicial System: Building Coherence In The Community Legal Order,* in *CML Rev*., 42,

2005, p. 9ss. Ci si permette di rinviare anche a P. Piva, *La tradizionale irresponsabilità del giudice davanti al diritto comunitario. Note a margine della köblerizzazione del diritto comunitario e del diritto degli Stati membri*, in *Il dir. della reg.*, 5-6, 2004, p. 809 ss.. Cfr. inoltre G. Di Federico, *Risarcimento del singolo per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali: il cerchio si chiude?*, in *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 2004, 1, p. 133 ss. e, più di recente, F. Ferraro, *Noterelle sulla recente prassi interna in tema di responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto dell'Unione,* in *Riv. DPCE Online*, Vol 33 No 4 (2017).

[16] Sentenza del 13.6.2006, C-173/03, EU :C:2006:391.

[17] Sentenza del 24.11.2011, C-379/10, EU :C :2011:775.

[18] Cfr. G. Amoroso, *Sul bilanciamento tra responsabilità civile dei giudici e garanzie costituzionali della giurisdizione: dubbi di legittimità costituzionale dell'eliminazione del filtro di ammissibilità della domanda risarcitoria*, in *Giustizia Civile Riv. Trim.*, 3 – 2015, p. 455 ss.

[19] In questi termini la sentenza *Commissione c. Italia* cit., punto 35 (ricordando la sentenza *Traghetti del Mediterraneo* cit.) (grassetto aggiunto).

[20] Cfr. la sentenza del 28.1.1986, n. 17. Sul tema della revocazione, si veda il classico contributo di A. Attardi, *La revocazione*, Padova, 1959, nonché, sul più specifico problema della revocazione delle pronunce di Cassazione si veda, per tutti, C. Consolo, *La revocazione delle decisioni di Cassazione e la formazione del giudicato*, Padova, 1989.

[21] Cfr. Cass. VI, 27.4.2016, n. 18619, ord. In questi termini F. Sorrentino, *La revocazione delle pronunce della Corte di Cassazione*, rinvenibile in ***www.cortedicassazione.it***

[22] Corsivo aggiunto. Anche per l'altro profilo della liceità dell'immissione in commercio del farmaco *off-label*, sembra un poco limitativo rispondere, ancora una volta, con il richiamo ad un principio (astratto) di diritto: "la prescrizione da parte di un medico dell'uso off- label di un farmaco è in linea di principio lecita (cfr. Corte di Giustizia del 21 novembre 2018, nella causa C-29/17 e Consiglio di Stato 15 luglio 2019, n. 4967 relative al medicinale Avastin), sicché al fine di identificare il mercato rilevante dei prodotti farmaceutici, rilevano le indicazioni terapeutiche fornite dai medici, le quali inevitabilmente fanno sì che, indipendentemente dal contenuto più o meno esteso delle AIC, rientrino nel medesimo mercato tutti i farmaci che i medici nella loro competenza e responsabilità prescrivono per la cura delle medesime patologie". Cfr., al riguardo, il punto 60 della decisione della Corte.

[23] Di tutt'altro avviso è autorevole dottrina che, in una riflessione sul caso *Avastin/Lucentis*, ha osservato senza mezzi termini: "il Consiglio di Stato, pronunciatosi sulla questione, non ha dato seguito alcuno a quanto richiesto dalla Corte di giustizia ed anzi ha provveduto direttamente e con affermazioni in contrasto con quanto rilevato dalla Corte di giustizia": così 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*, 18 marzo 2020, n.6/2020.

[24] Probabilmente il Consiglio di Stato si riferisce all'ipotesi del doppio rinvio (un secondo rinvio, dopo il primo, non ritenuto esaustivo, essendo ritenuti necessari dei chiarimenti) non potendo la Corte interpretare in via pregiudiziale le proprie sentenze: in tal senso 16.5.1968, ord. causa 13/67, *Becher*, EU:C:1968:26, pp. 262-263; 18.10.1979, ord., causa 40/70, *Sirena*, EU:C:1979:236, p. 3171; 9.2.2011, ord., causa C-262/88 INT., *Barber*, EU:C:2010:795, punto 3. Quanto al ricorso per interpretazione *ex* art. 43 Statuto Corte e art. 158 Reg. procedura si vedano i commenti di F. Spitaleri, in C. Amalfitano, M. Condinanzi, P. Iannuccelli (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, Napoli, 2017, pp. 205, 809 ss., nonché di G. Grasso sull'art. 104 Reg. procedura, *ibidem*, p. 651. Sulla possibilità del doppio rinvio, fra le altre, 27.3.1963, cause riunite 28, 29 e 30/62, *Da Costa*, EU:C:1963:3; 5.3.1986, ord., causa 69/85, *Wünsche* , EU:C:1986:104, punti 11-14; 11.6.1987, causa 14/86, *Pretore di Salò*, EU:C:1987:275, punto 12; sull'ampio potere del giudice nazionale di disporre un rinvio pregiudiziale, sentenza *Elchinov* cit., punti 26, 29-31.

[25] Cfr. *ex multis*, G. Arieta, F. De Santis, L. Montesano, *Corso di base di diritto processuale civile*, VII ed., Milano, 2019, p. 628. Annota fra gli altri E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, XII ed., Milano, 2010, p. 923: "si ricordi che la revocazione è un rimedio generale: esso è ammesso nei confronti delle ordinanze cautelari (art. 58, c.p.a.) ed è ritenuto esperibile avverso le decisioni amministrative rese in materia di ricorso straordinario e di ricorso gerarchico".

[26] G. Vandersanden, *De l'autorité de chose jugée de arrêts préjudiciels d'interprétation rendus par la Cour de justice*(nota a Cassazione belga 24.12 1970), in *Revue cr. Jur. Belge*, 1972, p. 572.

[27] Cfr. la sentenza cit. alla nota 24 e *ivi* i riferimenti circa la possibilità di un rinvio successivo al primo.

[28] Cfr. la sentenza 1.6.1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*, EU:C:1999:269, spec. punto 46.

[29] Sentenza *Köbler* cit., punto 39.

[30] Sentenza *Köbler* cit., punto 38.

[31] Sentenza 13.1.2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*, EU:C :2004 :17. Si vedano, sul tema, D. Simon, *Obligation de réexamen d'une décision administrative définitive. L'autorité d'un arrêt préjudiciel en interprétation postérieur à une décision administrative devenue définitive impose la prise en compte de la demande de retrait de celle-ci*, *Europe* 2004 Mars Comm. nº 66 p.14 ss., nonché il commento di R. Caranta, in *Common Market Law Review*, 2005, p.179 ss.. Sull'importanza del principio stabilito in *Kühne & Heitz* è tornato, recentemente, F. FERRARO, *Giudice nazionale, centro di gravità e doppia pregiudiziale*, in *ANNALI AISDUE*, Napoli, 2021, p. 511 ss.

[32] Cfr. la sentenza cit., punto 28.

[33] Cfr. la sentenza cit., punto 24.

[34] Sentenza 16.3.2006, causa C-234/04, *Kapferer*, EU:C:2006:178.

[35] Sentenza cit., punto 23.

[36] Cfr. le conclusioni del 17.6.2003, EU:C:2003:350, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*, punto 66.

[37] Sentenza 12.2.2008, causa C-2/06, *Kempter,* EU:C:2008:78.

[38] Sentenza cit., punto 46.

[39] Sentenza cit., punto 60.

[40]Sentenza 18.7.2007, causa C-119/05, *Lucchini,* EU:C:2007:434. La pronuncia ha avuto un interessante *restatement* nella sentenza 11.11.2015, causa C-505/14, *Klausner,* ECLI:EU:C:2015:742, in virtù del quale "il diritto dell'Unione osta, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, a che l'applicazione di una norma di diritto nazionale volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata impedisca al giudice nazionale, il quale abbia rilevato che i contratti oggetto della controversia sottopostagli costituiscono un aiuto di Stato, ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, attuato in violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, terza frase, TFUE, di trarre tutte le conseguenze di questa violazione a causa di una decisione giurisdizionale nazionale, divenuta definitiva, con cui, senza esaminare se tali contratti istituiscano un aiuto di Stato, è stata dichiarata la loro permanenza in vigore".

[41] Sentenza 21.9.1983, causa C-205/82, *Deutsche Milchkontor*, EU:C:1983:233.

[42] Sentenza *Lucchini* cit., punto 63.

[43] Sentenza *Fallimento Olimpiclub* cit., punto 32.

[44] Sentenza 10.7.2014, causa C-213/13, *Pizzarotti,* EU:C:2014:2067, punto 64.

[45] Sentenza 4.3.2020, causa C-34/19, *Telecom,* EU:C:2020:148, punto 71.

[46] Conclusioni del 14.1.2021, causa C-64/20, *UH* , EU:C:2021:14, punti 47-48.

[47] Conclusioni cit., punti 47-49. Sul tema si veda anche E. Storskrubb, *Civil Procedure and EU Law, A Policy Area Uncovered*, Oxford, 2008, p. 13 ss.

[48]Cfr. D.A. Wyatt, A.Dashwood, *European Union Law*, London, 2011, p. 278.

[49] Conclusioni del 25.6.1964, causa C-6/64, *Costa c. Enel,* EU:C:1964:51

[50] Conclusioni del 13.7.1982, causa C-283/81, *CILFIT,* EU:C:1982:267. L'avvocato generale richiamava come una sorta di *leading case* il precedente della Corte, proprio in materia di *antitrust*, in cui i Giudici di Lussemburgo*, inter alia*, avevano "posto in evidenza, al punto 5 della motivazione, sia la finalità dell'articolo 177 (poi 267 TFUE) («garantire che il diritto comunitario sia interpretato e applicato in modo uniforme in tutti gli Stati membri»), sia lo scopo specifico del terzo comma («impedire che in uno Stato membro si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme comunitarie»): si tratta, in particolare, della sentenza 24.5.1977, causa C-107/76, *Hoffmann-La Roche.* EU:C:1977:89.

[51] Osserva l'avvocato generale Jacobs (con il solito acume e franchezza) che qualunque lettura dell'art. 267 TFUE volta a trovare un bilanciamento degli interessi in gioco e una corretta visione del riparto di competenze fra giudici nazionali e Corte (e potremmo aggiungere anche quella dell'avvocato generale Bobek nelle sue conclusioni del 15.4.2021 in causa C-561/19, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, EU:C:2021:291) "*will not in any event resolve the problem if the national court is deliberately taking a different view*": F. Jacobs, *The Role of National Courts and of the European Court of Justice in ensuring the uniform application of Community Law: is a new approach needed ?,* in AA.VV., *Studi in onore di F. Capotorti*, Vol. II, Milano, 1999, p. 175 ss. L'idea, in ogni caso, è che "*any application of Community law can be regarded as raising a question of interpretation*" (ancora F. Jacobs, op. cit., *ibidem*). Il che ci riporta all'attualità del rinvio *Randstad* e al dibattito dottrinale, non sempre giustificato, che la stessa ordinanza n. 19598/2020 delle S.U. della Cassazione cit. ha sollevato: cfr. la nota 1 per riferimenti. Sulle conclusioni dell'avvocato generale Bobek sopra richiamate, si veda P. De Pasquale *La (finta) rivoluzione dell'avvocato generale Bobek: i criteri CILFIT nelle conclusioni alla causa C-561/19*, in *Osservatorio europeo*, maggio 2021, p. 1 ss.

[52] Per un commento all'art. 94 del Reg. di procedura della Corte, cfr. G. Grasso, in C. Amalfitano, M. Condinanzi, P. Iannuccelli (a cura di), *Le regole* cit., p. 586 ss.

[53] Sentenza del 5.7.2016, causa C-614/14, *Ognyanov,* EU:C:2016:514.

[54] Sentenza cit., punto 30.

[55] Cfr. per esempio le note cause *Foglia c. Novello,* C-104/79, sentenza 11.3.1980, EU:C:1980:73 e C-244/80**,** sentenza 16.12.1981 , EU:C:1981:302; *Mosconi*, ord. 5..2004 in *G.U.U.E.* C 118/25 del 10.4.2004 e sentenza 21.2.2013, C-111/12, EU:C:2013:100. Sull'ipotesi del doppio rinvio si vedano, inoltre, i riferimenti nella nota 24.

[56] Sul tema dell'obbligo di rinvio pregiudiziale *ex* art. 267, 3° comma, TFUE, si veda, per tutti, F. Ferraro, *Le conseguenze derivanti dalla violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale*, in F. Ferraro, C. Iannone (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, p. 139 ss., e A. Adinolfi, C. Morviducci, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020, p. 180 ss. Sulla giurisprudenza della Corte EDU in argomento, con particolare riguardo all'ipotesi del mancato rinvio, cfr. B. Nascimbene*, Le renvoi préjudiciel de l'article 267 TFUE et le renvoi prévu par le protocole no. 16 à la CEDH*, in *Annuaire de droit de l'Union Européenne*, 2019, p. 127 ss. Sul più recente dibattito in Italia in relazione alla giurisdizione amministrativa, cfr. S. Foa', *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla CGUE: da strumento "difensivo" a mezzo per ridiscutere il sistema costituzionale,* in *Federalismi.it,* 10 febbraio 2021, n. 4/2021, p. 126 ss. Si vedano altresì A. Guazzarotti, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, **http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wpcontent/uploads/2017/11/nota_269_2017_guazzarotti** ; R. Mastroianni, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018, pp. 1-36. Va da sé che il significato della giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenze 19.1.2009, in causa C-314/08, *Filipak*, EU:C:2009:719; 20.12.2017, causa C-322/16, *Global Starnet*, EU:C:2017:985 e 24.6.2019, causa C-573/17, *Popławski,* EU:C:2019:530, fra le altre) non è propriamente in linea con Corte costituzionale n. 269/2017, come correttamente rilevato da attenta dottrina (cf. R. Mastroianni, *op. cit*., rilevando peraltro un improvvido inciso "*per altri profili*": p. 27, 28). Sul tema si veda, da ultimo, L.R. Rossi, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Popławski*, in *questa Rivista*, 3 febbraio 2021. Ancora, sul tema delle difficoltà di gestire i rapporti fra Giudici supremi e primato del diritto dell'Unione, nell'ottica della distribuzione interna della giurisdizione, cfr., da ultimo, G. Agrati, A. Ciprandi, R. Torresan, *Il rinvio pregiudiziale nel "caso Randstad":*

riflessioni critiche sul fragile primato del diritto dell'Unione europea, *I Post di AISDUE*, III (2021), aisdue.eu Sezione "Note e commenti", n. 2, 10 giugno 2021.

[57] Sull'ordinanza n.19598/2020 cfr. i riferimenti nella nota 1.

[58] Cfr. da ultimo la sentenza *Ognyanov* cit.

[59] Cfr. l'ordinanza, VI sezione, del 7.12.2020, n. 7713. Sul tema, si vedano R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, VII th ed., Oxford, 2015, p. 2010 ss.

[60] Per un rinvio alle norme indicate del TFUE e della Carta si veda il secondo quesito posto dall'ordinanza delle S.U. *Randstad* cit. (con i commenti ricordati nella nota 1).

[61] Sulla rilevanza del principio dell'interpretazione conforme si veda, fra le altre, la sentenza *Poplawski* cit., punti 56-58.

[62] Sui principi di autonomia, equivalenza ed effettività, si veda fra gli altri K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *EU Procedural Law*, Oxford, 2014, p.107 ss.

[63] Nella sua *dissenting opinion* in U.S. Supreme Court, *Shaughnessy v. Mezei, 345 U.S. 206, 224-225* (1953).