



La violazione del diritto dell'Unione europea come possibile difetto di giurisdizione?

DI GINEVRA GRECO*

SOMMARIO: 1.- Il caso che ha originato l'ordinanza della Corte di cassazione; 2.- L'ipotesi del difetto assoluto di giurisdizione: il contrasto tra Corte di cassazione e Corte costituzionale; 3.- Il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* come "chiave di volta" dei rapporti collaborativi tra giudici nazionali e Corte di giustizia; 4.- Il limite esterno alle giurisdizioni nazionali imposto dall'art. 267, c. 3, TFUE; 5.- Ulteriori brevi considerazioni.

1. Il caso che ha originato l'ordinanza della Corte di cassazione

L'ordinanza n. 19598/20 della Corte di cassazione ha attirato l'immediata attenzione della dottrina¹ per l'importanza dei temi trattati e per le ipotesi interpretative sottoposte al giudizio della

*Ricercatrice di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Palermo.

¹ Com'è dimostrato dai già numerosi commenti ad essa dedicata: cfr., tra gli altri, M. CLARICH, *Giurisdizione: "partita a poker tra Cassazione e Consulta sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *ntpusdiritto.ilsole24ore*, 14 ottobre 2020; G. TROPEA, *I Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Giustizia insieme*; G. COSTANTINO, A. CARATTA, G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezione Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte Ue. Note a prima lettura di Cass. SS. UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Questione giustizia*, 19 ottobre 2020; M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, fasc. 5, 2020, in corso di pubblicazione; B. NASCIBENE, P. PIVA, *Violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea: prime considerazioni sull'ordinanza S.U. 18 settembre 2020, n. 19528, di rinvio alla Corte di giustizia in tema di art. 360 n. 1 c.p.c. e art. 111, c. 8 Cost.*, in *jus*, in corso di pubblicazione.

Corte di giustizia. Si tratta, infatti, dell'annosa questione dell'ampiezza del sindacato della Corte di cassazione in sede di ricorso per motivi di giurisdizione, che è stata questa volta rivisitata in una logica di compatibilità con la disciplina dell'Unione europea e, in particolare, con la giurisprudenza della Corte di giustizia.

Vengono in rilievo tematiche di notevole spessore, rispetto alle quali sarà fondamentale la pronuncia della Corte di giustizia. In attesa di detta pronuncia le brevi note che seguono intendono solo fornire un primo commento alla posizione assunta dalla Cassazione.

La vicenda processuale, che ha dato lo spunto all'ordinanza della Corte di cassazione, riguarda ancora una volta un caso di accoglimento (in appello) di un ricorso incidentale escludente (o, meglio, «con effetti paralizzanti»²), che ha determinato il Consiglio di Stato (sez. III, 7 agosto 2019, n. 5606) a giudicare preclusa (per carenza di legittimazione) la domanda del ricorrente di annullamento dell'intera gara.

Infatti, il Consiglio di Stato, dopo aver respinto «*il motivo del ricorso principale con cui la [concorrente, n.d.r.] contestava l'attribuzione alla propria offerta tecnica di un punteggio insufficiente per il superamento della "soglia di sbarramento" [con conseguente esclusione dalla gara, n.d.r.]*», accoglieva i ricorsi incidentali e «*riformava parzialmente la sentenza impugnata nella parte in cui il Tribunale aveva esaminato nel merito gli altri motivi di ricorso principale [...] perché inammissibili, essendo [l'originaria concorrente, n.d.r.] priva di legittimazione a proporli perché esclusa dalla gara*»³.

In conclusione, dunque, il Consiglio di Stato non ha esaminato nel merito i motivi di ricorso principale, «*diretti a contestare l'esito della gara e a determinarne il travolgimento*»⁴, proprio in applicazione dell'istituto del ricorso incidentale paralizzante, che in altre occasioni – anche se non identiche – era stato peraltro stigmatizzato dalla Corte di giustizia⁵. Né, del resto, ha rimesso la questione interpretativa alla medesima Corte di giustizia, come l'art. 267, c. 3, TFUE avrebbe imposto, in quanto organo di ultima istanza della giurisdizione amministrativa.

Avverso tale pronuncia ha proposto ricorso per cassazione la parte soccombente. Il ricorso è stato proposto «*per motivi inerenti alla giurisdizione*», intesi peraltro in un'accezione molto ampia, in quanto relativi all'asserita violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale e al diniego di accesso alla tutela stessa⁶.

Si tratta di un'impostazione che si discosta notevolmente dalla nozione (tradizionale) di giurisdizione, ancora di recente ribadita con forza dalla nostra Corte costituzionale con sentenza n.6 del 2018⁷. Detta impostazione si riferisce viceversa ad una più ampia nozione di giurisdizione

² Come si esprime l'ordinanza (punto 12.1). E in effetti la dizione di ricorso incidentale escludente è stata sempre riservata al caso di mancanza di un requisito di partecipazione alla gara, mentre nel caso di specie si è trattato di mancanza di un livello qualitativo sufficiente dell'offerta.

³ Ordinanza della Corte di cassazione, Sezioni unite, 18 settembre 2020, n. 19598, in commento, punto 10.

⁴ Ordinanza, cit., punto 10.1.

⁵ Cfr. Corte giust., 5 settembre 2019, in causa C-333/18, *Lombardi*, ECLI:EU:C:2019:675; Corte giust., 5 aprile 2016, in causa C-689/13, *Puligienica*, ECLI:EU:C:2015:263; Corte giust., 4 luglio 2013, in causa C-100/12, *Fastweb*, ECLI:EU:C:2013:448; tutte puntualmente richiamate nel punto 12.1 dell'ordinanza.

⁶ Ordinanza, cit., punto 12.

⁷ Sentenza 18 gennaio 2018, n. 6, ECLI:EU:COST:2018:6, su cui si tornerà di qui a breve.

(c.d. evolutiva), secondo la quale «è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca»⁸.

La Corte di cassazione manifesta di aderire risolutamente a questa seconda concezione, che del resto era già stata applicata dalla Corte medesima (nell'arco temporale 2007-2018)⁹, sino alla citata sentenza della nostra Corte costituzionale. Tanto più in considerazione del fatto che detta nozione "evolutiva" della giurisdizione consentirebbe alla Corte di cassazione di sindacarne il rispetto, apprestando così uno strumento ("l'unico") idoneo a «reagire a violazioni del diritto dell'Unione imputabili a sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con sentenze della Corte di giustizia»¹⁰.

È sulla base di tali premesse che l'ordinanza ha proposto alla Corte di giustizia la prima (e, si deve ritenere, principale, nell'ottica del Giudice remittente) questione pregiudiziale di interpretazione. La quale riguarda proprio la compatibilità con le pertinenti norme dei Trattati della "prassi interpretativa", «quale si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 [...] che [...] ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione, sotto il profilo del c.d. <difetto di potere giurisdizionale>, non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea (nella specie in tema di aggiudicazione di appalti pubblici)».

La seconda e la terza questione pregiudiziale riguardano poi, rispettivamente, la violazione dell'art. 267, c. 3, TFUE e la questione di "merito", relativa alla conformità o meno della pronuncia di carenza di legittimazione con la giurisprudenza della Corte di giustizia.

*

2. L'ipotesi del difetto assoluto di giurisdizione: il contrasto tra Corte di cassazione e Corte costituzionale

Statuisce l'art. 111, c. 8, della Costituzione che «contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione».

Dunque, l'istituto è previsto innanzitutto nella Costituzione e spetta, pertanto, alla Corte costituzionale (non già alla Corte di cassazione, nell'esercizio della sua funzione nomofilattica) l'interpretazione della sua esatta perimetrazione. Il che è puntualmente avvenuto, come si è accennato, con la sentenza n. 6/2018, in occasione della quale la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi essenzialmente sulla persistenza del "principio consolidato", secondo cui detto ricorso per cassazione «è consentito solo ove si chieda l'accertamento dell'eventuale sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione, per il riscontro di vizi che riguardano

⁸ Ordinanza della Corte di cass., cit., punto 23.1.

⁹ Come sottolineato dalla stessa ordinanza nei punti 22 e ss. Cfr., per la dottrina, L. CANNADA BARTOLI, *Impugnabilità in Cassazione*, ex art. 111 ultimo comma della Costituzione, per omesso rinvio di pregiudiziali da parte del Consiglio di Stato alla CGCE, in *Dir. Proc. amm.*, 2005, pp. 941 e ss.

¹⁰ Ordinanza della Corte di cass., cit., punto 37.

l'essenza della funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio, restando, invece, escluso ogni sindacato sui limiti interni, cui attengono errores in iudicando o in procedendo»¹¹.

La risposta della Consulta a detto quesito è stata netta. Infatti, la Corte costituzionale ha giudicato che *“la tesi che il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione [...] comprenda anche il sindacato su errores in procedendo o in iudicando non può qualificarsi come una interpretazione evolutiva, poiché non è compatibile con la lettera e con lo spirito della norma costituzionale»¹². In particolare, la Corte costituzionale ha precisato che «l'intervento delle Sezioni unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU [...], perché in tal modo, n.d.r.] viene ricondotto al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata), motivo sulla cui estraneità all'istituto in esame non è il caso di tornare»¹³.*

L'ordinanza in commento si pone in totale contrapposizione con detta pronuncia e rappresenta un ulteriore caso in cui la rimessione alla Corte di giustizia finisce per costituire uno strumento per superare contrasti istituzionali interni. Anche perché l'eventuale risposta positiva della Corte di giustizia consentirebbe un ampliamento del sindacato della Corte di cassazione sulla giurisdizione, certo non limitato alle questioni di rilevanza del diritto dell'Unione europea, creando un inevitabile conflitto con la Corte costituzionale.

Le ragioni addotte per detto rinvio pregiudiziale si prestano a talune considerazioni critiche.

Sostiene la Corte di cassazione che le sentenze del Consiglio di Stato *«contrastanti col diritto dell'Unione»* costituiscano espressione di *«un potere giurisdizionale di cui è radicalmente privo, ravvisandosi un caso tipico di difetto assoluto di giurisdizione -per aver compiuto un'attività di diretta produzione normativa non consentita nemmeno al legislatore nazionale-»¹⁴. Ma si potrebbe osservare che la possibile violazione¹⁵ di un precetto dell'Unione da parte di un giudice di merito, in nessun caso può essere equiparata ad *«un'attività di diretta produzione normativa»*, a meno di non concepire come tale ogni ipotesi di mancata applicazione (nel caso concreto) di una norma di legge. E a meno di non ritenere, sotto altro profilo, che ogni *error in procedendo o in iudicando* costituisca un caso di denegata giustizia.*

In realtà la tesi “evolutiva” della nozione di giurisdizione presenta l'inconveniente di non essere in grado di selezionare, tra i vizi di legittimità, quelli che costituiscano in ipotesi “limiti esterni” della giurisdizione¹⁶. Così finendo per trasformare il ricorso per motivi di giurisdizione in

¹¹ Cfr. punto 6 della citata sentenza della Corte cost.

¹² Cfr. punto 11 della citata sentenza della Corte cost. che così continua: *«Quest'ultima attinge il suo significato e il suo valore dalla contrapposizione con il precedente comma settimo, che prevede il generale ricorso in cassazione per violazione di legge contro le sentenze degli altri giudici, contrapposizione evidenziata dalla specificazione che il ricorso avverso sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è ammesso per i <solì> motivi inerenti alla giurisdizione».*

¹³ Cfr. punto 14.1 della citata sentenza della Corte cost.

¹⁴ Cfr. punto 32 della citata sentenza della Corte cost.

¹⁵ Violazione, infatti, non certa, visto che la stessa ordinanza ha posto alla Corte di giustizia un apposito quesito - il terzo - basato appunto su aspetti di incertezza interpretativa della fattispecie (cfr. ordinanza punto 49).

¹⁶ Tant'è che la dottrina più attenta si adopera nella ricerca e nell'individuazione di tali limiti, rinvenendoli, ad esempio, nei *«vizi che attengano all'essenza della funzione giurisdizionale ricavabile dalla medesima norma costituzionale e dai principi generali dell'ordinamento in tema di giurisdizione, quali il vizio derivante dalla*

un normale ricorso per motivi di legittimità, secondo un disegno verosimilmente gradito alla Corte di cassazione, ma in contrasto, come si è visto, con l'art. 111, c. 8, della Costituzione.

Anche l'inquadramento della fattispecie nell'ambito del difetto assoluto di giurisdizione fa insorgere qualche perplessità. Esso presupporrebbe¹⁷, infatti, che non vi sia alcun altro giudice competente a decidere la questione, mentre non è certo questo il caso che ricorre in materia di applicazione di precetti dell'Unione europea, come si ribadirà nei paragrafi che seguono.

Rileva poi la Corte di cassazione che «*se è vero che <conformemente alla giurisprudenza costante della Corte [di giustizia], in mancanza di norme dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità processuali dei ricorsi giurisdizionali destinati a garantire la salvaguardia dei diritti dei soggetti dell'ordinamento, in forza del principio di autonomia procedurale>, ciò vale tuttavia alla duplice condizione <che [tali modalità] non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e che rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività)>*»¹⁸. Il che è incontestabile, così come lo sono i richiami al principio di leale cooperazione¹⁹ e al principio di interpretazione conforme²⁰.

Viceversa, qualche dubbio sorge dalle considerazioni in ordine ai test relativi, appunto, all'applicazione dei canoni dell'equivalenza e dell'effettività. Infatti, l'interpretazione data dalla Corte costituzionale sui limiti del sindacato sulla giurisdizione (intesa in senso tradizionale) non pare che contrasti con detti canoni²¹, visto che essa riguarda indistintamente questioni di rilevanza del diritto dell'Unione e di diritto interno (principio di equivalenza) e non rende certo impossibile o estremamente difficile l'esercizio di diritti conferiti dall'Unione, dato che non preclude il risultato, raggiungibile per altra via interpretativa. In particolare, non pare contrastare con i diritti dell'Unione la mancanza di un terzo grado di giudizio, esteso ad ogni profilo di legittimità, anziché alla sola questione del difetto di giurisdizione, idonea di per sé a garantire pienamente l'effettività di detti diritti, come si illustrerà di qui a poco.

Infine, non pare decisivo neppure il rilievo che una più ampia nozione di giurisdizione (che abbracci le modalità di esercizio in concreto del potere giurisdizionale) consenta l'esperimento

*violazione del contraddittorio, del principio di terzietà ed imparzialità del giudice o del divieto del ne bis in idem, come pure quello derivante dall'assoluto difetto di motivazione» (G. COSTANTINO, A. CARRATTA, G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione*, cit., par. 9).*

¹⁷ Se poi il difetto assoluto di giurisdizione fosse (atecnicamente) ricollegato alla particolare gravità della violazione, potrebbero valere, in senso contrario, principi analoghi a quelli che hanno condotto, dopo un originario dibattito, ad escludere che la legge nazionale contrastante col diritto dell'Unione fosse radicalmente nulla (o addirittura inesistente) e che hanno portato alle stesse conclusioni persino per l'atto amministrativo nazionale: il quale potrà essere illegittimo e annullabile, ma non certo nullo, né inesistente.

¹⁸ Ordinanza, cit., punto 40.

¹⁹ Ordinanza, cit., punto 35.

²⁰ Ordinanza, cit., punto 41.2.

²¹ In senso diverso, tuttavia, B. NASCIBENE, P. PIVA, *Violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea: prime considerazioni sull'ordinanza S.U. 18 settembre 2020, n. 19528*, cit.

dell'unico o «*estremo rimedio apprestato dall'ordinamento nazionale per evitare la formazione di qualunque giudicato contrario al diritto dell'Unione*»²².

Quel che, infatti, lascia perplessi è che, per evitare detto inconveniente, si debba necessariamente passare attraverso una interpretazione «*evolutiva*», più ampia e «*in concreto*» della nozione di giurisdizione (che scardinerebbe gli equilibri fissati dalla Costituzione) e non si possa utilizzare altro percorso interpretativo. Qualche perplessità suscita pure l'asserita «*mancanza di norme dell'Unione in materia*», idonee a risolvere il problema, senza intaccare la nozione “costituzionale” di giurisdizione.

*

3. Il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE come “chiave di volta” dei rapporti collaborativi tra giudici nazionali e Corte di giustizia

In realtà la prima questione pregiudiziale, e cioè se la violazione di una norma UE possa o meno rientrare nell'interpretazione evolutiva del concetto di difetto di giurisdizione, sembra possa essere logicamente superata dal secondo quesito posto alla Corte di giustizia. Tale seconda questione pare costituire un *prius logico* al dialogo/contrasto tra Corte costituzionale e Corte di cassazione. Si richiede, infatti, «*Se l'art. 4, par. 3, art. 19, par. 1 TUE e art. 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ostino alla interpretazione e applicazione dell'art. 111 Cost., comma 8, art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1 e art. 362 c.p.c., comma 1, e art. 110 del codice processo amministrativo, quale si evince dalla prassi giurisprudenziale nazionale, secondo la quale il ricorso per cassazione dinanzi alle Sezioni Unite per "motivi inerenti alla giurisdizione", sotto il profilo del cosiddetto "difetto di potere giurisdizionale", non sia proponibile come mezzo di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato che, decidendo controversie su questioni concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione, omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, da essa tassativamente indicate (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C- 238/81) che esonerano il giudice nazionale dal suddetto obbligo, in contrasto con il principio secondo cui sono incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che prevedano una privazione, anche temporanea, della libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario*».

Seguendo tale impostazione l'art. 267 TFUE ed in particolare il suo 3° comma dovrebbero essere considerati norma sul riparto di giurisdizione e, comunque, sui limiti esterni alla giurisdizione del giudice nazionale. E del resto è noto che la Corte di giustizia fruisca di competenze giurisdizionali esclusive, come dimostra il divieto imposto agli Stati di risolvere le

²² Ordinanza, cit., punto 24.

loro controversie al di fuori del sistema giurisdizionale dell'Unione (art. 344 TFUE)²³. E se è pur vero che il sistema delle competenze dell'Unione, incluso il sistema giurisdizionale, prevede che «*Gli Stati membri stabilisc[a]no i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione*» (art. 19, par. 1, c. 2, TUE), è vero d'altra parte che sia la Corte di giustizia ad «*assicura[re] il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati*» (art. 19, par. 1, c. 1, TUE).

Ne deriva che la Corte di giustizia «*detiene una competenza esclusiva a fornire l'interpretazione definitiva di detto diritto. A questo scopo, questo sistema disciplina, in particolare, la procedura di rinvio pregiudiziale, prevista dall'articolo 267 TFUE [parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punti da 174 a 176 e 246]*»²⁴. Il che comporta che detto rinvio pregiudiziale finisce per costituire la “chiave di volta” dell'intero sistema giurisdizionale dell'Unione europea²⁵, al precipuo scopo di assicurare l'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri²⁶.

Pertanto, il Giudice nazionale non si può sostituire al Giudice dell'Unione, ma deve cooperare con quest'ultimo, proprio per la funzione collaborativa del rinvio pregiudiziale²⁷, che risponde a sua volta ad una logica integrativa dell'ordinamento dell'Unione in quelli degli Stati membri. Infatti, non solo non è ammissibile una norma nazionale che privi i tribunali interni della facoltà di rinvio pregiudiziale²⁸, ma la giurisdizione nazionale avverso le cui decisioni non sia possibile proporre ricorso «*è tenuta a rivolgersi alla Corte di giustizia*» (art. 267, c. 3, TFUE). Anche l'assenza di un'adeguata motivazione sull'omissione del rinvio, nei casi in cui è obbligatorio, può integrare non solo una violazione del citato articolo 267, c. 3, TFUE, ma anche la lesione del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, garantito dall'art. 47 della Carta e

²³ La norma si riferisce essenzialmente al divieto di ricorrere ad altre giurisdizioni internazionali o arbitrali (L. MAZZARINI, *Commento all'art. 344 TFUE*, in *Trattati dell'Unione europea*, A. TIZZANO (a cura di), Milano, 2014, pp. 2505 e ss.). Tuttavia essa rafforza la competenza esclusiva della Corte, di cui si sta parlando.

²⁴ Parere Corte giust., Seduta plenaria, 30 aprile 2019, 1/17, ECLI:EU:C:2019:341, punto 111.

²⁵ Parere della Corte 2/13 del 18 dicembre 2014, punto 176 e giurisprudenza ivi citata. Sul tema, in generale, si rinvia, per tutti, a *Il rinvio pregiudiziale*, F. FERRARO e C. IANNONE (a cura di), Torino 2020. Cfr. anche P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2015, pp. 407 e ss.; M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, pp. 186 e ss.; L. DANIELE, *Commento all'art. 267 TFUE*, in *Trattati dell'Unione*, cit. pp. 2103 e ss.; R. CICCONE, *Il rinvio pregiudiziale e le basi del sistema giuridico comunitario*, Napoli, 2011; E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia.*, Torino, 2012; S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Ius Publicum*, 2015, fasc. 2, pp. 1-28; ID., *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme*, Napoli, 2011; C. SCHEPISI, *Rinvio pregiudiziale obbligatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, Trieste, 2003. In particolare, sull'art. 267 TFUE come “chiave di volta” del sistema, cfr. M. PUGLIA, *Finalità e oggetto del rinvio pregiudiziale*, in *Il rinvio pregiudiziale*, cit., p. 2, nonché B. NASCIMBENE, *Le renvoi préjudiciel de l'article 267 TFUE et le renvoi prévu par la protocole no. 16 à la CEDH*, in *Annuaire de droit de l'Union Européenne*, 2019, pp. 127 ss.

²⁶ Cfr. G. TESAURO, *Commento all'art. 19 TUE*, in *Trattati dell'Unione*, cit., pp. 196 e ss., p. 200.

²⁷ Cfr. B. NASCIMBENE, *Il giudice nazionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, 2009, fasc. 6, pp. 1675 e ss.

²⁸ Cfr. Corte giust., 16 gennaio 1974, in causa 166/73, *Rheinmühlen*, ECLI:EU:C:1974:3.

dall'Art. 6, par. 1 CEDU e dalle costituzioni degli Stati membri, così come sottolineato anche dall'ordinanza della stessa Corte di cassazione in commento²⁹.

Il Consiglio di Stato è indiscutibilmente giudice di ultima istanza. Quindi *nulla quaestio* sull'applicazione dell'art. 267 TFUE, in particolare del comma 3, che impone uno stringente obbligo di rinvio, salvo i casi (tassativi e ben perimetrati) ove, secondo una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, sussiste una mera facoltà. Per il diritto dell'Unione europea, infatti, i casi in cui i giudici di ultima istanza hanno una facoltà e non un obbligo al rinvio sono tre: 1. quando la questione sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia stata già decisa in via pregiudiziale: si tratta della c.d. questione identica³⁰. Ovviamente, in questo caso, il giudice sarà esentato dall'obbligo di rivolgersi alla Corte solo se intende applicare la soluzione che questa ha già fornito nella sua precedente decisione (cosa che non pare sia avvenuta nel caso concreto); 2. quando, pur mancando un precedente del tutto identico, la soluzione della questione risulti da una giurisprudenza costante della Corte che, indipendentemente dalla natura del procedimento in cui sia stata prodotta, risolva il punto di diritto: c.d. *acte éclairé*³¹; 3. quando la corretta applicazione del diritto dell'Unione si imponga con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata: teoria c.d. dell'atto chiaro³².

Alla luce delle disposizioni dell'art. 267, c. 3, TFUE, così come interpretato dalla stessa Corte di giustizia, non si può non concordare con quanto esposto dalla Cassazione nella sua ordinanza, ove ha osservato che «*il giudice nazionale che in assenza delle condizioni tassativamente indicate dalla Corte di giustizia (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C-238/81, p. 14) che esonerano il giudice nazionale dall'obbligo di rinvio pregiudiziale, ometta senza motivare di effettuare tale rinvio - anche "nuovamente" quando sia necessario per la decisione della causa principale (v. Corte di giustizia, 5 marzo 1986, C-69/85, p.14) - e decida la causa interpretando direttamente le norme non chiare del diritto dell'Unione, invade le attribuzioni esclusive della Corte di giustizia cui spetta l'ultima parola in ordine all'interpretazione di tale diritto, poiché esercita un potere giurisdizionale di cui è privo, esponendosi, nell'ordinamento italiano, al ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione*»³³.

Infatti, come si è ricordato, l'interpretazione del diritto dell'Unione europea spetta alla Corte di giustizia, poiché accentra la funzione giurisdizionale obbligatoria che garantisce la legalità degli atti, l'uniforme interpretazione e il rispetto del diritto (art. 19, c. 1, TUE).

Spetta, quindi, alla Corte di giustizia garantire l'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione. Non solo. Ma nel processo di strutturazione dell'ordinamento, non sono mancati i casi in cui la Corte di giustizia abbia interpretato i Trattati in chiave “materialmente costituzionale”, elevandoli «*a carta costituzionale di una comunità di diritto*»³⁴, la quale reca

²⁹ Ordinanza della Corte di cass., cit., punto 60.

³⁰ Cfr. Corte giust., 27 marzo 1963, in cause riunite 28 a 30/62, *Da Costa*, ECLI:EU:C:1963:6.

³¹ Cfr. Corte giust., 6 ottobre 1982, in causa riunite 283/81, *CILFIT*, ECLI:EU:C:1982:335.

³² Cfr. Corte giust., 6 ottobre 1982, in causa riunite 283/81, *CILFIT*, cit.

³³ Ordinanza della Corte di cass., cit., punto 54.

³⁴ Corte giust., 14 dicembre 1991, parere 1/91, ECLI:EU:C:1991:490, punto 21.

necessariamente con sé il principio della effettiva protezione giurisdizionale dei diritti individuali e il rispetto dei diritti fondamentali della persona da parte delle istituzioni e degli Stati chiamati ad attuare le norme comuni. La funzione dei giudici nazionali è sì valorizzata dai Trattati ai sensi del già citato art. 19, par. 1, c. 2, TUE, ma non va a sostituire il ruolo della Corte di giustizia, unica giurisdizionalmente competente in via “esclusiva”, seppur con i limiti *supra* ricordati, a pronunciarsi in via pregiudiziale («*ad esclusione di qualsiasi altro organo giurisdizionale*»)³⁵ sulle questioni di diritto dell’Unione. Il rinvio pregiudiziale e il controllo dei giudici nazionali trova il suo fondamento proprio nella costruzione e valorizzazione del sistema di garanzie giurisdizionali. Tutto ciò per ragioni diverse, ma in particolare perché il soggetto che si ritiene leso nella sua posizione giuridica sostanziale (“comunitariamente” protetta) ha il diritto di ottenere tutela dinanzi ai giudici nazionali, tutela che non può prescindere dall’osservanza diffusa delle norme dell’Unione.

Del resto se, da un lato, l’art. 267 TFUE garantisce un controllo diffuso e quindi garantisce la possibilità ai giudici nazionali di interpretare ed applicare il diritto dell’Unione europea, dall’altro lato, il rinvio pregiudiziale «*mira ad assicurare l’unità di interpretazione del diritto dell’unione (v., in tal senso, sentenza van Gend & Loos, EU:C:1963:1, pag. 23), permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l’autonomia di tale diritto, nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell’ordinamento istituito dai Trattati (v., in tal senso, parere 1/09, EU:C:2011:123, punti 67 e 83)*»³⁶. Tale coerenza e unità dell’interpretazione verrebbero completamente pregiudicate se la Corte di giustizia venisse privata della propria giurisdizione in merito all’interpretazione del diritto dell’Unione europea.

Il rapporto viene così disegnato attraverso una relazione di complementarietà tra i giudici dell’Unione e i giudici nazionali. Infatti «*spetta agli Stati membri, in particolare, in forza del principio di leale cooperazione, enunciato dall’art. 4, n. 3, primo comma, TUE, garantire, ciascuno sul proprio territorio, l’applicazione e l’osservanza del diritto dell’Unione [...]. Inoltre, in forza del secondo comma di questa disposizione, gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l’esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti dagli atti delle istituzioni dell’Unione. In tale cornice, spetta agli organi giurisdizionali nazionali e alla Corte di giustizia garantire la piena applicazione del diritto dell’Unione nell’insieme degli Stati membri, nonché la tutela giurisdizionale dei diritti che i soggetti dell’ordinamento ricavano dal medesimo*»³⁷.

Logico corollario di questa ricostruzione è, dunque, ritenere che l’art. 267, c. 3, TFUE possa essere considerato una norma che disciplina il riparto di giurisdizione nell’interpretazione del diritto dell’Unione europea. Sicché, qualora il giudice nazionale di ultima istanza, a fronte di un dubbio interpretativo o di una non chiara interpretazione o ancora nel caso in cui si voglia discostare dall’interpretazione già offerta dalla Corte di giustizia, ometta di sollevare la questione pregiudiziale davanti alla Corte, viola la giurisdizione della Corte medesima, esercitando un

³⁵ Cfr. L. DANIELE, *Commento all’art. 267 TFUE*, cit., p. 2104.

³⁶ Corte giust., Seduta Plenaria, 18 dicembre 2014, parere 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, punto 176.

³⁷ Corte giust., Seduta Plenaria, 8 marzo 2011, parere 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, punto 68.

accertamento (interpretazione del diritto dell'Unione europea) che non gli compete ed attribuendosi poteri di un altro giudice.

4. Il limite esterno alle giurisdizioni nazionali imposto dall'art. 267, c. 3, TFUE

La conclusione prima esposta è, peraltro, “ostacolata” dalla giurisprudenza nazionale. È la stessa Corte di cassazione che ricorda, infatti, come l'attuale orientamento consolidato delle Sezioni Unite «è nel senso di escludere [...] la censurabilità mediante ricorso per cassazione (per motivi inerenti alla giurisdizione) dell'omissione immotivata del rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato in materie disciplinate dal diritto dell'Unione (Cass., Sez. Un., n. 29391 del 15 novembre 2018; n. 30301 del 17 dicembre 2017; n. 32622 del 18 dicembre 2018; n. 25629 del 14 dicembre 2016; n. 2403 del 4 febbraio 2014)»³⁸.

L'ordinanza della Cassazione non si fa carico di superare gli “ostacoli” individuati dalla giurisprudenza da essa stessa richiamata, ritenendo opportuno rimettere la questione alla Corte di giustizia. E tuttavia, in un'ottica ricostruttiva che tende a riconoscere nella violazione dell'art. 267, c. 3, TFUE un difetto relativo di giurisdizione, un cenno almeno a tali ostacoli pare necessario.

Una prima obiezione deriva dal rilievo che «la primazia del diritto dell'Unione europea non sovverte gli assetti procedurali degli Stati membri»³⁹.

Ma nel nostro caso non sembra che ci troviamo di fronte ad una problematica di eventuale sovvertimento dell'autonomia procedimentale degli Stati membri, in relazione ad esigenze scaturenti puramente e semplicemente dalla primazia del diritto UE e dal principio di leale collaborazione (art. 4, par. 3, TUE)⁴⁰. Qui ci troviamo di fronte ad una norma del Trattato (l'art. 267, c. 3, TFUE), che è immediatamente applicabile e come tale «entra e permane nel nostro ordinamento»⁴¹, tra l'altro al più alto livello del sistema normativo. Dunque, gli assetti procedurali non possono essere considerati avulsi da tale disposizione, che viceversa contribuisce a conformarli.

Ci si rende conto che ipotizzare un difetto relativo di giurisdizione nei rapporti tra giudice nazionale e Corte di giustizia (per mancato rinvio pregiudiziale a quest'ultima) significa distaccarsi alquanto dal consueto difetto relativo di giurisdizione, che si verifica, ad esempio, ove si violi il riparto di giurisdizione tra Giudice amministrativo e Giudice ordinario. E non solo perché in questo secondo caso si tratta di difetto relativo di giurisdizione per così dire “orizzontale”, mentre nel primo assumerebbe carattere “verticale”, ma anche e soprattutto perché nel secondo caso la giurisdizione sull'intera controversia è ad esclusione reciproca (fra giudici di merito di pari grado), mentre nel primo si tratta pur sempre di “concorso” di giudici (con diversi ruoli e funzioni) per pervenire alla decisione della medesima controversia.

³⁸ Ordinanza della Corte di cass., cit., punto 50.

³⁹ Corte cass., Sezioni Unite, 4 febbraio 2014, n.2403.

⁴⁰ Sul tema (e con accenti vari) si possono richiamare, tra i tanti, J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2009, pp. 69 e ss. e D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise lost?*, Torino 2009.

⁴¹ Come riconosciuto già da gran tempo dalla Corte costituzionale, ordinanza, 26 marzo 1990, n. 144.

Ciò nondimeno l'ipotizzato difetto relativo di giurisdizione, in caso di violazione dell'art. 267, c. 3, TFUE, pare strettamente consequenziale all'assetto dei rapporti tra giudice nazionale di ultima istanza e Corte di giustizia, così come fissato da tale disposizione del Trattato. L'incidenza di detta disposizione nell'ordinamento nazionale è, peraltro, limitata alle conseguenze necessarie per la partecipazione al sistema giurisdizionale integrato dell'Unione europea e non va oltre tale necessità. In particolare, non comporta alterazione degli assetti nazionali in ordine al riparto di giurisdizione tra Giudice amministrativo e Giudice ordinario.

Come meglio si preciserà, infatti, l'art. 267, c. 3, TFUE non implica affatto la «possibilità per le Sezioni Unite, dinanzi alle quali sia stata impugnata la decisione del Consiglio di Stato, di operare il rinvio pregiudiziale»⁴². Si tratta di conseguenza (questa sì di grave alterazione degli assetti interni), che peraltro non scaturisce dalla norma del Trattato e che appare piuttosto espressione della tendenza “espansiva” della Corte di cassazione.

Un secondo ordine di obiezioni si basa sul rilievo che le norme sul riparto di giurisdizione, «tipiche ed esclusive», non contemplano la Corte di giustizia tra i destinatari del riparto di giurisdizione⁴³. Sicché «il mancato accoglimento, da parte del Consiglio di Stato (organo di vertice dell'ordinamento giurisdizionale di appartenenza) di una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia di Lussemburgo [...] è determinazione che, essendo espressione della potestas iudicandi devoluta a quel giudice, non esorbita dai limiti interni della sua giurisdizione»⁴⁴, con la conseguenza che «neppure potrebbe dirsi violato alcun limite esterno della giurisdizione»⁴⁵.

Quanto al primo profilo non si può che ribadire quanto già osservato: essendo l'art. 267, c. 3, TFUE immediatamente applicabile⁴⁶, non sarebbe necessario un suo richiamo nella disciplina nazionale sul riparto di giurisdizione, come se si trattasse di una norma esterna al nostro ordinamento. Com'è noto, infatti dalla sentenza *van Gend en Loos*⁴⁷ la Corte di giustizia ha costruito l'ordinamento dell'Unione in una logica monista, quale sistema giuridico «di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche

⁴² Ordinanza della Corte di cass., cit., punto 50.

⁴³ Cfr. Corte cass., Sezioni Unite, n. 29391 del 15 novembre 2018 e Corte cass., Sezioni Unite, 29 dicembre 2017, n. 31226.

⁴⁴ Corte cass., Sezioni Unite, 4 febbraio 2014, n. 2403 che riprende Corte cass., Sezioni Unite, 1 marzo 2012, n. 3236.

⁴⁵ Corte cass., Sezioni Unite, 18 dicembre 2017, n. 30301, punto 17.

⁴⁶ Sulla presunzione dell'effetto diretto e l'articolo 267 TFUE cfr., per tutti, D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, pp. 55 e ss.

⁴⁷ Cfr. Corte giust., 5 febbraio 1963, in causa 26/62, *van Gend en Loos*, ECLI:EU:C:1963:1, che rientra tra i «*grands arrêts*» della Corte di giustizia (cfr. A. TIZZANO, *I “Grands Arrêts” della giurisprudenza dell'Unione europea*, Torino, 2012, pp. 16 e ss.).

Nella consapevolezza che nessun elenco degli autori che si sono occupati della sentenza sarebbe mai esaustivo, poiché oltre alla dottrina anche numerosi funzionari delle istituzioni europee vi hanno dedicato importanti contributi, si ritiene però importante rimandare a A. TIZZANO, J. KOKOTT, S. PRECHAL (Comitato organizzatore), *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos: 1963-2013: actes du colloque*, Lussemburgo, 13 maggio 2013, 2013, consultabile online sul sito <https://curia.europa.eu> per un ampio commento sugli effetti che tutt'oggi discendono da tale sentenza. Cfr. anche U. VILLANI, *Una rilettura della sentenza Van Gend en Loos dopo cinquant'anni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, fasc. 2, pp. 225 e ss.

*se in settori limitati, ai loro poteri sovrani»*⁴⁸ e li hanno trasferiti all'Unione. Con la conseguenza che devono essere considerate norme sulla giurisdizione tutte quelle (nazionali e "comunitarie") che si occupano "materialmente" del tema.

Pare quindi che si possa superare anche il rilievo che la violazione dell'art. 267, c. 3, TFUE sarebbe in definitiva un *error in iudicando* o, forse più propriamente, un *error in procedendo*. Infatti, una norma che si occupa di determinare l'ambito di pertinenza di un potere giurisdizionale, distinguendolo da quello di altro potere giurisdizionale (e stabilendo ciò che "spetta" all'uno e all'altro), non è solo una norma procedurale, perché finisce per determinare i limiti (necessariamente esterni) del primo rispetto al secondo.

Ora, se è vero che la Corte di giustizia è "giudice naturale"⁴⁹ dell'interpretazione delle disposizioni dell'Unione, la cui applicazione viene in rilievo nella controversia pendente innanzi al giudice nazionale, è chiaro che ogni compressione della sua giurisdizione comporta la violazione di detto limite esterno (l'ordinanza della Cassazione in commento parla di possibile usurpazione della competenza esclusiva della Corte). Non sarebbe questione, dunque, di mera violazione della *potestas iudicandi* del giudice del merito, almeno in tutti i casi (come quello preso in considerazione in questa sede), in cui quest'ultimo risulti giudice di ultima istanza: infatti, dovendosi applicare in tal caso l'art. 267, c. 3, TFUE, il rinvio alla Corte di giustizia non è facoltativo, ma obbligatorio⁵⁰ e come tale esclude che il giudice nazionale possa operare l'accertamento e così l'interpretazione della disciplina dell'Unione senza esorbitare dai limiti della *potestas iudicandi* del giudice medesimo.

Un'ultima obiezione potrebbe scaturire dal rilievo che l'istituto dell'art. 267, c. 3, TFUE non riguarderebbe un riparto di giurisdizione, intesa quest'ultima in senso funzionale⁵¹, dato che non è la Corte di giustizia ad erogare la tutela nel caso concreto⁵², bensì il giudice di rinvio, ossia il giudice nazionale⁵³. Il che è senz'altro vero, anche se è altrettanto vero che la Corte di giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale, contribuisce -per lo più in modo determinante- a decidere il caso concreto⁵⁴ (anche se poi i principi enunciati valgono *erga omnes*)⁵⁵. Infatti, «nell'esercizio della

⁴⁸ Cfr. Corte gust., ult. cit., punto B.

⁴⁹ Cfr. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, cit., p. 190.

⁵⁰ Cfr. ancora M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, cit., p. 213 e ss.; L. DANIELE, *commento all'art. 267 TFUE*, cit., pp. 2111 e ss.; F. SPITALERI, *Facoltà e obbligo di rinvio pregiudiziale*, in *Il rinvio pregiudiziale*, cit., pp. 113 e ss.

Del resto è la stessa Corte di giustizia che, nel caso *Global Starnet*, ricorda come anche quando la Corte costituzionale si sia pronunciata per prima sulla conformità del diritto nazionale a norme della Costituzione «*aventi un contenuto analogo*» (punto 26) a disposizioni del diritto primario dell'Unione, questa circostanza non incide «*sull'obbligo, previsto dall'art. 267, di sottoporre alla Corte eventuali questioni riguardanti l'interpretazione del diritto dell'Unione*» (punto 25). Cfr., Corte giust., 20 dicembre 2017, in causa C-322/16, *Global Starnet Ltd c. Ministero dell'Economia e delle Finanze e Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato*, ECLI:EU:C:2017:985. In argomento cfr. anche Corte giust., 22 giugno 2010, in causa C-188/10, *Melki e Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:319.

⁵¹ Corte cass., Sezioni Unite, 23 dicembre 2008, n. 30254.

⁵² Corte cass., Sezioni Unite, 14 dicembre 2016, n. 25629

⁵³ Corte cass., Sezioni Unite, 15 novembre 2018, n. 29391.

⁵⁴ Cfr. sul ruolo della Corte di giustizia come interprete del diritto dell'Unione e, *de facto*, del diritto nazionale cfr. D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, cit., pp. 65 e ss.

⁵⁵ Cfr., ancora, B. NASCIBENE, P. PIVA, *Violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea: prime considerazioni sull'ordinanza S.U. 18 settembre 2020, n. 19528*, cit.

funzione di cui trattasi opera come interprete di disposizioni ritenute rilevanti ai fini del decidere da parte del giudice nazionale, in capo al quale permane in via esclusiva la funzione di tutela in concreto dei diritti, sebbene attenendosi alle indicazioni ermeneutiche della Corte sovranazionale»⁵⁶.

Proprio il requisito della rilevanza della questione⁵⁷ (l'ordinanza di remissione deve dimostrare la pertinenza dei quesiti sollevati ai fini della decisione della causa⁵⁸) e la vincolatività degli effetti della sentenza della Corte nella pronuncia del caso concreto⁵⁹, consentono di riconoscere che la sentenza della Corte di giustizia decide un aspetto determinante (tant'è che è pregiudiziale) della decisione di merito. L'attenzione deve, dunque, concentrarsi sulla decisione di merito per sottolineare che è frutto della cooperazione (o del dialogo) tra giudici⁶⁰ e non le può essere sottratto il contributo squisitamente giurisdizionale della medesima Corte di giustizia.

Del resto, quando l'art. 111, c. 8, della Costituzione si riferisce a “motivi inerenti alla giurisdizione” non distingue certo (almeno ai fini dell'eventuale «*sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione*») tra ordini giurisdizionali. Ed è pacifico che l'intervento della Corte di giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale, costituisce esercizio della sua funzione giurisdizionale incidente direttamente all'interno dell'ordinamento nazionale.

Se poi si considera che è funzione giurisdizionale anche quella della Corte di cassazione e della stessa Corte di giustizia, tutte le volte che esercitino la funzione nomofilattica indipendentemente da ricadute nel caso concreto⁶¹, a maggior ragione tale funzione deve essere riconosciuta, ai fini del riparto di giurisdizioni, alla Corte di giustizia che si pronuncia in sede di rinvio pregiudiziale. Così consentendo al giudice del merito di esercitare congruamente, e soprattutto integralmente, il proprio compito di risoluzione della controversia in atto.

Non pare infine irrilevante considerare che la violazione dell'art. 267, c. 3, TFUE darebbe luogo ad una questione di giurisdizione, anche se si escludesse che si tratti di norma sul riparto di giurisdizioni. Infatti, anche se si ritenesse che la nozione di riparto di giurisdizioni valga solo tra giudici nazionali o solo tra giudici di merito, la violazione dell'art. 267, c. 3, TFUE comporterebbe

⁵⁶ Corte cass., Sezioni Unite, 29 dicembre 2017, n. 31226, cit., punto 2.6.2, ultimo capoverso.

⁵⁷ In argomento F. SPITALERI, in *Il rinvio pregiudiziale*, cit. pag. 135 e ss. Infatti, «in mancanza di sufficienti indicazioni al riguardo la Corte non potrebbe giungere ad un'interpretazione del diritto [dell'Unione] che sia utile per il giudice nazionale” (Corte giust. 26 gennaio 1993, cause riunite C-320/90, C-321/91 e C-322/91, *Telemarsicabruzzo spa e a.*)», L. DANIELE, cit., p. 2107.

⁵⁸ Sul tema L. TERMINIELLO, *Le condizioni oggettive di ricevibilità del rinvio pregiudiziale*, in *Il rinvio pregiudiziale*, cit., pp. 64 e 70.

⁵⁹ Cfr. A. MAFFEO, *Gli effetti della sentenza pregiudiziale*, in *Il rinvio pregiudiziale*, cit., p. 199.

Val la pena poi di ricordare che «secondo giurisprudenza costante, benchè non spetti alla Corte, nell'ambito dell'art. 177 del Trattato [ora art. 267 TFUE], pronunciarsi sulla compatibilità di una normativa nazionale con il diritto comunitario, essa è però competente a fornire al giudice nazionale tutti gli elementi d'interpretazione del diritto comunitario che possano consentirgli di valutare tale compatibilità, ai fini della soluzione della causa della quale è investito» (Corte giust., 18 giugno 1991, in causa C-369/89, *Piageme*, ECLI:EU:C:1991:265, punto 7).

⁶⁰ Sull'argomento, cfr. C. IANNONE, C. ORÓ MARTÍNEZ, *Introduzione*, in *Il rinvio pregiudiziale*, cit., p. XV.

⁶¹ Infatti la normativa processuale italiana, valorizzando la funzione nomofilattica del giudice di legittimità, consente alla Corte di cassazione, pur quando dichiara inammissibile il ricorso, di enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge, anche se tale pronuncia non è destinata a spiegare alcun effetto sul provvedimento del giudice di merito (art. 363, c. 3, c.p.c.). Ma di certo non si potrà affermare che in tal caso la Corte di cassazione non stia esercitando un proprio potere giurisdizionale.

pur sempre il superamento di un limite esterno alle giurisdizioni nazionali. In altri termini, anche se si passasse da una logica di difetto relativo di giurisdizione a quella di difetto assoluto, il risultato non cambierebbe, dato che l'art. 267, c. 3, TFUE preclude comunque al giudice nazionale di ultima istanza (al di fuori dei casi tassativi, di cui si è detto) di pronunciarsi su questioni di rilevanza del diritto dell'Unione (e della sua interpretazione), senza il previo rinvio alla Corte di giustizia.

L'omesso rinvio alla Corte di giustizia renderebbe comunque la decisione di tale giudice (ove di ultima istanza) in palese violazione dei limiti esterni di cui si è detto e finirebbe per invadere esplicitamente o implicitamente i poteri giurisdizionali della Corte di giustizia. Spetta pertanto al nostro giudice di legittimità verificare se c'è stata questa violazione per permettere al giudice del merito che la causa sia decisa nel rispetto delle proprie attribuzioni giurisdizionali.

5. Ulteriori brevi considerazioni

La tesi tratteggiata (e cioè che la violazione dell'art. 267, c. 3, TFUE possa dar luogo ad un difetto di giurisdizione) comporterebbe, ove ritenuta meritevole di attenzione, talune implicazioni, che possono essere sintetizzate come segue.

Il ricorso alle Sezioni Unite per motivi di giurisdizione sarebbe sicuramente ammissibile, sia esso sotto forma di difetto assoluto, ovvero di difetto relativo di giurisdizione (come appare più consono all'assetto complessivo dei rapporti) e spetterebbe alla Cassazione accertarlo, anche in relazione alle specifiche e tassative eccezioni, che sono state sopra richiamate. Verrebbero così salvaguardate, direttamente e forse più congruamente, le esigenze rappresentate dall'ordinanza in commento e cioè che «*il ricorso per cassazione costituisca l'estremo rimedio apprestato dall'ordinamento nazionale per evitare la formazione di qualunque giudicato contrario al diritto dell'Unione*»⁶².

Risulterebbe verosimilmente superato il quesito n. 1, che presuppone che non vi sia una norma che disciplina la materia⁶³. E risulterebbe superata altresì la nozione “evolutiva” di giurisdizione, proposta ancora una volta dalla Corte di cassazione in contrasto con la Corte costituzionale.

Risulterebbe salvaguardato anche il principio di autonomia procedurale degli Stati membri, se per esso si intende (in questo caso) l'autonoma organizzazione del sistema processuale nazionale, in mancanza di specifica normativa dell'Unione. L'art. 267, c. 3, TFUE rappresenta infatti espressione di tale specifica normativa, idonea a conformare detta autonomia, senza sacrificarla in funzione di generiche (in quanto non positivizzate) esigenze di leale collaborazione degli Stati membri⁶⁴.

⁶² Ordinanza in commento, punto 44.

⁶³ L'assenza di una specifica disposizione dell'Unione costituisce altresì il presupposto per l'applicazione dei criteri di “equivalenza” e di “effettività” (cfr. B. NASCIMBENE, P. PIVA, *Violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea: prime considerazioni sull'ordinanza S.U. 18 settembre 2020, n. 19528*, cit.).

⁶⁴ L'importanza del dato positivo (nella specie l'art. 267 TFUE) e il contributo determinante della Corte di giustizia, che detta norma garantisce, appaiono in linea con quanto auspicato da R. CAFARI PANICO, *I diritti nell'Europa che vorremmo*, in *Eurojus.it*, 14 maggio 2017. Infatti, l'Autore, con specifico riferimento ai diritti fondamentali, sottolinea l'esigenza che il rapporto tra Stati membri e Unione vada rifondato «*su una più precisa e coerente definizione degli*

Trattandosi di un caso particolare di difetto di giurisdizione, in quanto in violazione di un precetto del TFUE, esso determina l'invasione di una sfera di competenza giurisdizionale della Corte di giustizia, ai fini della decisione relativamente alla questione interpretativa pregiudiziale. Ma, correlativamente, esso non comporta certo, per le ragioni anzidette, il superamento della competenza del Giudice amministrativo a decidere il merito della controversia (del resto è irrilevante per il diritto dell'Unione europea quale sia l'organo statale competente).

Ne deriva che l'accoglimento del ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione dovrebbe comportare in questi casi il rilievo del vizio da parte della Corte di cassazione con conseguente rinvio della causa allo stesso Giudice amministrativo. Il Consiglio di Stato, ove ritenesse di non poter modificare la propria precedente impostazione alla luce della pronuncia della Corte di cassazione, sarebbe comunque obbligato a investire della questione interpretativa la Corte di giustizia, per sanare, attraverso un idoneo rinvio pregiudiziale, il “*vulnus*” venutosi a creare. Viceversa dovrebbe essere precluso alla Corte di cassazione il rinvio diretto alla Corte di giustizia: infatti, essendo la sua “*cognizione [...] limitata a motivi attinenti alla giurisdizione*», in nessun caso la stessa dovrebbe poter proporre «*quesiti interpretativi che attengono al merito della vertenza e non al tema della giurisdizione*»⁶⁵.

Il terzo quesito proposto alla Corte di giustizia pare esorbitare, dunque, dal giudizio di impugnazione per motivi di giurisdizione. Tuttavia, poiché la questione pregiudiziale è stata comunque proposta dalla Corte di cassazione, si confida che, ove a seguito della sentenza della Corte di giustizia sia necessario ripronunciarsi nel merito della controversia, le Sezioni Unite rimettano tale compito al Giudice amministrativo. A meno che non si ritenga possibile operare, attraverso l'uso del rinvio pregiudiziale (e l'intervento della Corte di giustizia), la trasformazione dell'impugnazione per “*soli*” motivi di giurisdizione in impugnazione generale per motivi di legittimità.

ambiti di competenza riservati agli Stati, le cui norme concorrono con quelle europee, secondo i principi di leale collaborazione e di solidarietà, alla costruzione di un ordinamento realmente integrato [... attraverso un dialogo con la Corte di giustizia che consenta di] superare i momenti di contrasto fra i diversi livelli di tutela. [Con la conseguenza che] tali conflitti sono destinati peraltro a divenire sempre più rari per l'auspicato e progressivo convergere dei valori nazionali in quelli europei».

⁶⁵ Corte cass., Sezioni Unite, 4 febbraio 2014, n. 2403.