

Il rinvio pregiudiziale fra mito e realtà (brevi note a primissima lettura della sentenza della Corte di Giustizia dell'U.E., Grande Sezione, 6 ottobre 2021 in causa C-561/19, Consorzio Italian Management - Catania Multiservizi SpA/Rete Ferroviaria Italiana)

1. Nel 1946 Santi Romano chiudeva la voce “*Mitologia giuridica*” dei “*Frammenti di un dizionario giuridico*” distinguendo fra i miti che costituiscono “*sprone ad attività più o meno utili, ispirando riforme la cui opportunità o necessità si rivela alle coscienze in tale forma*”, e quelli che “*invece, rimasti ‘ombre vane fuor che nell’aspetto’ e nelle forviate credenze di filosofi o di giuristi, possano determinare errori gravi e non innocue utopie*”.¹

Non è facile classificare in questo dualismo il mito dell’obbligatorietà del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte del giudice di ultima istanza, come (apparentemente) reso flessibile dalla giurisprudenza *Cilfit*.

Di certo, esso è stato smascherato (in quanto mito), e conseguentemente smitizzato, dalle inequivocabili parole dell’Avvocato generale Bobek nelle Conclusioni rassegnate nel caso C-561/19: “*Da diversi anni, l’obbligo di sottoporre una questione pregiudiziale ai sensi dell’articolo 267, terzo comma, TFUE, le eccezioni a tale obbligo, e soprattutto la sua attuazione, sono stati il metaforico ‘can che dorme’ del diritto dell’Unione. Siamo tutti consapevoli del fatto che esistono. Siamo tutti in grado di discutere o addirittura di scrivere trattati accademici su tale argomento. Tuttavia, nella vita reale, è meglio che il cane sia lasciato indisturbato. In termini pragmatici (o cinici), l’intero sistema dei rinvii pregiudiziali funziona in quanto nessuno, di fatto, applica la sentenza CILFIT, certamente non alla lettera. Spesso, è meglio l’idea di un cane che dover trattare con l’animale in carne ed ossa*”².

La Corte di Giustizia, sollecitata (dall’ordinanza della IV Sezione del Consiglio di Stato n. 4949/2019) a verificare in concreto la praticabilità della condizione dell’assenza di “ogni ragionevole dubbio” di contrasto con il diritto comunitario, ha preliminarmente ribadito la cornice ordinamentale e le ragioni che stanno alla base della regola dell’obbligatorietà del rinvio, nonché la perdurante validità delle “condizioni-*Cilfit*”: non potendo, per evidenti ragioni istituzionali oltre che normative, superare espressamente tale frontiera.

Nondimeno, una attenta lettura della sentenza, alla luce di una consapevole e serena ricostruzione del dibattito fra le Corti culminato nelle richiamate Conclusioni dell’Avvocato Generale, evidenzia che la stessa Corte di Giustizia ha colto i rischi connessi ad una dialogo forzato (primo fra tutti quello di uno snaturamento del rimedio), ed ha indicato la strada per un suo utilizzo non acritico: forse smentendo, sia pure senza affermazioni eclatanti ma con significative precisazioni, chi aveva

* Consigliere di Stato

¹ S(ANTI) ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist., Milano, 1983, pag. 134.

² In argomento sia consentito il rinvio a G. TULUMELLO, *Sui presupposti dell’obbligatorietà del rinvio pregiudiziale per i giudici nazionali di ultima istanza: segnali (convergenti) di un’esigenza di ripensamento della giurisprudenza Cilfit*, in *giustizia-amministrativa.it*, 28 settembre 2021.

commentato tali Conclusioni osservando che “Potrebbe non essere, insomma, il momento più opportuno per una nuova e ampia ridefinizione del meccanismo ex art. 267 TFUE come quella, coraggiosa, proposta da Bobek”³.

2. Il dato più significativo, ad avviso di chi scrive, è il riconoscimento al giudice nazionale, anche di ultima istanza, dello spazio critico proprio di ogni organo giurisdizionale, e l’indicazione del suo ruolo di giudice comunitario di prossimità non ridotto a mero collezionista di statistiche di questioni pregiudiziali, ma inteso come consapevole interlocutore di un dialogo reale, nel quale il governo del processo (e delle relative questioni di diritto: non solo sul piano della loro pertinenza al *thema decidendum*) non può essere sacrificato neppure in ossequio al pur preminente fine di assicurare un’interpretazione uniforme del diritto dell’U.E.

L’ossequio sostanziale trova così prevalenza su quello formale, l’approccio sintetico su quello analitico: ma soprattutto, il dialogo fra Corti si alimenta di una buona dose di effettività, giacché applicare con consapevolezza ed efficacia il diritto dell’Unione significa anche sfrondare il giudizio di questioni irrilevanti, manifestamente infondate o meramente strumentali.

Molte delle “aperture” della sentenza richiamano precedenti della stessa Corte (a cominciare proprio da *Cilfit*): quasi a voler sottolineare la coerenza della decisione con la precedente giurisprudenza.

Ciò non ne riduce tuttavia la portata innovativa: la Corte era stata chiamata infatti non a superare i criteri *Cilfit*, ma a precisarli, allo scopo di consentirne un’applicazione finora ritenuta (proprio dall’Avvocato generale, oltre che da alcune ordinanze di rinvio pregiudiziale) impossibile.

Indicare il giudice nazionale di ultima istanza come interlocutore non acritico non sminuisce l’importanza del dialogo fra le Corti, ma evidentemente la rafforza: perché priva tale dialogo della connotazione burocratica che la regola dell’obbligo, applicata in modo (di fatto) inflessibile, recava in sé.

3. Un primo elemento da cui si ricava la superiore conclusione è l’affermazione, ripetuta due volte (punti 33 e 34 della sentenza), di una valutazione della *rilevanza* della questione di esclusiva competenza del giudice *a quo*.

Si tratta di una esplicitazione dei criteri *Cilfit* che nella giurisprudenza italiana era stata già affermata dalla Corte di Cassazione.⁴

Il principio viene poi specificato (punti da 52 a 55) con l’espressa precisazione che la formulazione della questione ad opera di una delle parti non vincola per ciò solo il giudice di ultima istanza a rinviare alla Corte.

Quest’ultimo passaggio è particolarmente importante, perché risponde (neutralizzandone i presupposti) alla segnalata preoccupazione che - ove l’obbligo possa farsi discendere (sia pure quale conseguenza di una tendenza all’utilizzo “difensivo” del rimedio da parte dei giudici di ultima

³ G. MARTINICO-L. PIERDOMINICI, *Rivedere CILFIT? Riflessioni giuscomparatistiche sulle conclusioni dell’avvocato generale Bobek nella causa Consorzio Italian management*, in giustiziainsieme.it, 17 giugno 2021: ove pure, però, l’affermazione per cui “non è però escluso che la chiamata ad una cooperazione più stretta ed equilibrata arrivi proprio in simile frangente, anche per saggiare la tenuta del sistema complessivo”.

⁴ Corte di Cassazione, sez. II Civile, ordinanza n. 8197/2020.

istanza) “alla mera enunciazione del dubbio ad opera di una delle parti” - il rinvio pregiudiziale possa risolversi “in una sorta di diritto potestativo processuale”.⁵

4. Un ulteriore elemento, solo apparentemente minore, è quello indicato dalla Corte al punto 44 della motivazione: laddove esclude che si sia in presenza delle condizioni *Cilfit*, e in particolare dell’assenza di ogni ragionevole dubbio legittimante la facoltà di non operare il rinvio pregiudiziale, quando sussistano “*orientamenti giurisprudenziali divergenti – in seno agli organi giurisdizionali di un medesimo Stato membro o tra organi giurisdizionali di Stati membri diversi – relativi all’interpretazione di una disposizione del diritto dell’Unione applicabile alla controversia di cui al procedimento principale*”.

Ne deriva, *a contrario*, che il pacifico diritto vivente, anche riconducibile “*agli organi giurisdizionali di un medesimo Stato membro*”, è condizione sufficiente per rendere flessibile l’obbligo, e per evitare dunque l’abuso del rimedio.

Si tratta, a ben vedere, di un filtro di “non manifesta infondatezza” della questione che si aggiunge – nella prospettiva della necessaria “oggettività” della questione, e comunque con riguardo alla fattispecie concreta - a quello della rilevanza (nel senso che quand’anche la questione, pur rilevante ai fini della decisione, sia tuttavia manifestamente infondata alla luce di un contrario e consolidato orientamento giurisprudenziale, l’obbligo del rinvio va riconsiderato).⁶

5. Sempre sullo stesso terreno, al punto 48 la sentenza precisa che “*la mera possibilità di effettuare una o diverse altre letture di una disposizione del diritto dell’Unione, nei limiti in cui nessuna di queste altre letture appaia sufficientemente plausibile al giudice nazionale interessato, segnatamente alla luce del contesto e della finalità di detta disposizione, nonché del sistema normativo in cui essa si inserisce, non può essere sufficiente per considerare che sussista un dubbio ragionevole quanto all’interpretazione corretta di tale disposizione*”.

La Corte, spezzando un automatismo, restituisce al giudice nazionale di ultima istanza il ruolo di interprete del diritto (anche comunitario): non basta dunque allegare la possibilità di una diversa lettura, più o meno forzata o più o meno strumentale, per sancire l’obbligatorietà del rinvio.

Anche in questo caso si tratta di una esplicitazione dei criteri *Cilfit* già prospettata da alcune pronunce del Consiglio di Stato.⁷

6. La sentenza ricorda anche (punto 35) che “*il giudice nazionale è l’unico competente a conoscere e valutare i fatti della controversia di cui al procedimento principale nonché ad interpretare e ad applicare il diritto nazionale*”: precisazione non di poco momento, posto che nell’enucleazione della

⁵ G. TULUMELLO, *Sui presupposti dell’obbligatorietà del rinvio pregiudiziale per i giudici nazionali di ultima istanza: segnali (convergenti) di un’esigenza di ripensamento della giurisprudenza Cilfit*, cit.

⁶ La sentenza sul punto sembra recepire la sollecitazione contenuta al punto 133 delle Conclusioni dell’Avvocato Generale: “*deve cambiare l’enfasi riguardo all’obbligo di rinvio pregiudiziale, passando dall’inesistenza di un ragionevole dubbio soggettivo quanto alla corretta applicazione del diritto dell’Unione riguardo a una specifica controversia all’esistenza di una divergenza oggettiva individuata nella giurisprudenza a livello nazionale, che pone quindi in pericolo l’interpretazione uniforme del diritto dell’Unione all’interno dell’Unione europea. In tal modo, l’enfasi si sposta anche dalla definizione della risposta corretta nella causa dinanzi al giudice nazionale all’individuazione della giusta tipologia di questioni*”.

⁷ Sul mancato rinvio pregiudiziale per manifesta infondatezza della questione prospettata (sotto il profilo dell’assenza di una effettiva relazione antinomica fra norma interna e norma comunitaria), Consiglio di Stato, sez. III, sentenze n. 2428/2020 e n. 8089/2020.

questione pregiudiziale uno dei termini del giudizio relazionale è dato proprio dalla corretta interpretazione della norma di diritto interno, sicché la valutazione dell'assenza di ogni ragionevole dubbio (*sub specie* di manifesta infondatezza della questione pregiudiziale) può legittimamente conseguire alla diversa interpretazione della norma di diritto interno rispetto a quella posta a fondamento della prospettazione della questione medesima (nei limiti, peraltro, sopra segnalati in relazione all'esistenza di orientamenti difformi).

Naturalmente, in un'ottica di utilizzo critico del rimedio, la configurazione di tale spazio interpretativo, alla stregua di quanto fin qui rilevato, ha una duplice funzione: nel senso (anche) di limitarlo rispetto a possibili rinvii (in ipotesi anche facoltativi) nei quali il contrasto fra i due sistemi normativi si ponga unicamente nella prospettiva del giudice rimettente.

Il dubbio, come sollecitato dall'Avvocato Generale Bobek, non deve essere soggettivo, ma oggettivo (punti 4, 56, 81 e soprattutto 133 delle conclusioni): e la Corte (punti da 40 a 46 della sentenza in commento) sembra aderire a tale impostazione.

Il rinvio pregiudiziale, insomma, è – sul piano del dialogo - una risorsa aurea: e, come tale, non va inflazionata per finalità diverse da quelle per cui è data.

7. Le aperture contenute nella sentenza sono “compensate” dalla sottolineatura dell'esigenza di motivare adeguatamente l'insussistenza delle condizioni del rinvio obbligatorio, e dai richiami alla responsabilità del giudice: sia pure con un accenno all' “indipendenza” con la quale il giudice nazionale di ultima istanza deve valutare se tali condizioni in concreto sussistano o meno.⁸

Sulla prima può certamente convenirsi: il mancato rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultima istanza si configura o come privo di presupposti (è il caso del difetto di rilevanza della questione), ovvero come eccezione rispetto alla regola dell'obbligo: in entrambi i casi il giudice nazionale deve dare adeguatamente conto, pur nel contesto di una tecnica redazionale sintetica (per il processo amministrativo: artt. 3, comma 2, e 120, comma 10, cod. proc. amm.), della sussistenza delle condizioni legittimanti la non applicazione dell'istituto, o la deroga alla sua obbligatorietà.

Il richiamo al regime della responsabilità del giudice,⁹ e il connesso rischio di incremento di rinvii pregiudiziali difensivi,¹⁰ può viceversa vanificare sia la tutela dei valori antagonisti (l'indipendenza del giudice, e la ragionevole durata dei processi), sia le aperture che la stessa sentenza opera.

Tuttavia tale rischio appare compensato proprio dalle ricordate aperture: nel senso che un accorto utilizzo dei nuovi spazi riconosciuti dalla Corte al giudice nazionale di ultima istanza, aumentando le “cause di giustificazione” rispetto ad una possibile pressione di tipo risarcitorio, implica la riduzione dell'area del potenziale illecito, che finisce col tipizzarsi sempre di più (con la conseguenza di

⁸ Come ricordato nello scritto citato alla nota 5), la preoccupazione per una minaccia alla reale indipendenza del giudice, derivante dalla dottrina dell'obbligo (solo nominalmente) flessibile, è stata di recente espressa alla Corte dall'ordinanza della IV Sezione del Consiglio di Stato, 14 settembre 2021, n. 6290.

⁹ Contenuto anche nelle recenti Conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso C-497/20, originato dalla pronuncia delle Sezioni Unite n. 19598/2020.

¹⁰ M.P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, n. 5/2012, pagg. 745/757; G. VITALE, *La logica del rinvio pregiudiziale tra obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza e responsabilità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc.1/2013, pagg. 59 e segg.; S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla CGUE: da strumento “difensivo” a mezzo per ridiscutere il sistema costituzionale*, in *Federalismi.it.*, 4/2021, pag. 133;

consentire una valutazione meno aleatoria delle possibili conseguenze del mancato rinvio, avuto riguardo alla fattispecie concreta).

8. Probabilmente il “mito *Cilfit*” appartiene, secondo la classificazione romaniana, a quelli necessari ad “ispirare riforme” utili.

È presto ovviamente per dire se questa decisione, e gli spunti che contiene, troveranno ulteriori conferme nella successiva giurisprudenza della Corte, e in particolare nelle future decisioni relative ai non pochi casi pendenti aventi identico oggetto.

È però sicuramente un segnale, soprattutto di tipo culturale, che va ad aggiungersi a quelli già provenienti dalle giurisdizioni nazionali di ultima istanza, e dallo stesso Avvocato Generale.

Naturalmente il passaggio dal mito alla realtà di un efficace sistema di dialogo e cooperazione implica un consapevole e responsabile apporto di tutti gli attori del sistema.

Dopo le conclusioni particolarmente chiare ed efficaci dell’Avvocato Generale, la Corte di Giustizia sembra aver fatto il suo primo, piccolo passo.

Spetterà ora ai giudici nazionali di ultima istanza dare piena credibilità a questo modello.