

**NOTA A CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA, ORDINANZA DI RIMESSIONE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA
DELL'UNIONE EUROPEA 17 ottobre 2013, n. 848**

Il massimo Collegio amministrativo siculo richiama il Giudice europeo sulla validità del principio di diritto enunciato da A.P. 4/11 e sui possibili limiti alla nomofilachia

A cura di Valentina Zirafa

La recentissima pronuncia del CGA per la Regione Sicilia, nelle vesti di ordinanza sospensiva e di rinvio, si presenta del tutto innovativa poiché affronta due tematiche molto interessanti, stavolta collegate: la pregiudiziale amministrativa ed il rinvio alla Corte di Giustizia Europea.

I giudici siciliani, si trovano ad affrontare una tematica che potremmo definire quasi “classica e ricorrente”, puntualmente oggetto di contestazione avanti i Tribunali Amministrativi nazionali, ovvero quella delle procedure di affidamento degli appalti pubblici; materia che promana direttamente dal Diritto dell'UE.

La fattispecie

In seguito al ricorso in appello volto alla riforma di sentenza emessa dal TAR Sicilia- Sezione di Palermo, concernente l'appalto di servizio di pulizia e manutenzione delle “aree verdi aeroportuali”, il CGARS decide autonomamente di rinviare gli atti alla Corte di Giustizia Ue riservandosi, pertanto, di pronunciarsi solo ad esito della risolta questione pregiudiziale, invero, senza che in primo grado fosse stata sollevata alcuna eccezione di parte in merito.

Orbene, nel ricorso di primo grado, le richieste di parte ricorrente si sostanziavano nelle seguenti:

- 1) impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore di un'associazione temporanea di imprese; 2) in via consequenziale, una domanda volta ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del relativo contratto; 3) in via subordinata, una domanda di risarcimento, per equivalente, del danno subito.

Frattanto le imprese contro-interessate proponevano ricorso incidentale impugnando: 1) i verbali della medesima procedura di evidenza pubblica, ma nelle parte in cui con detti atti era stata

ammessa alla gara una delle imprese e ne era stata valutata l'offerta tecnica ed economica; 2) la graduatoria di gara e della relativa approvazione, nella parte in cui la suddetta impresa risultava inserita in graduatoria.

In secondo grado si è costituita per resistere all'impugnazione l'impresa capogruppo mandataria del raggruppamento costituendo, depositando controricorso e interponendo un autonomo appello incidentale avverso la medesima sentenza impugnata dalla ricorrente.

All'udienza pubblica la causa fu trattenuta in decisione. Con sentenza non definitiva, veniva respinto l'appello proposto dalla ricorrente nella parte recante la censura della sentenza gravata, per non aver il T.a.r. dichiarato l'improcedibilità del ricorso incidentale – interposto in primo grado dalla GSA - per mancata impugnativa dell'aggiudicazione definitiva. Il CGARS comunicava alle parti la decisione di disporre, con separato provvedimento, un rinvio pregiudiziale alla CGUE onde ottenere un'interpretazione del diritto euro-unitario.

La problematica

L'Ordinanza emessa dal CGA per la Regione Sicilia affronta una tematica abbastanza recente e di rilievo; appare, altresì, manifestare un'apertura decisiva nei confronti del Diritto Comunitario e segnare l'inizio di una "giurisprudenza evolutiva" nel campo del diritto amministrativo, sia dal punto di vista sostanziale che processuale.

E' doveroso, al fine di inquadrare l'oggetto della questione, effettuare una succinta premessa sul concetto di rinvio pregiudiziale nel diritto amministrativo e nel diritto comunitario.

E' noto come nel diritto processuale amministrativo la richiesta di rinvio pregiudiziale vada necessariamente inquadrata nell'ambito dei motivi di ricorso, vigendo in materia tutta una serie specifica di principi, divieti, preclusioni: principio della domanda di parte, il principio della specificità dei motivi di ricorso con conseguente inammissibilità dei motivi generici, il divieto di modifica dei motivi in corso di causa; il fatto, infine, che in ossequio al principio della domanda, il giudice non può modificare una domanda di parte, pena la violazione del principio del contraddittorio.

Sulla scorta di quanto anzidetto, è ben evidente che la "domanda pregiudiziale" eventualmente proposta dall'appellante, come primo motivo di appello, deve essere valutata, anzitutto, come "motivo di ricorso" alla stregua delle regole processuali nazionali.

Altresì, secondo le regole processuali nazionali, la censura di contrasto dell'atto amministrativo impugnato con il diritto comunitario deve essere trattata come un ordinario motivo di ricorso, e dunque esser proposta dalla parte entro i termini di impugnazione dell'atto amministrativo, con motivo specifico, da articolarsi sin dal primo grado di giudizio, non potendo tale censura essere formulata per la prima volta in appello.

Nel diritto comunitario il cd. "rinvio pregiudiziale", ai sensi dell'art. 267 TFUE, viene qualificato come "ricorso indiretto": esso ha natura incidentale e non contenziosa.

Suddetto articolo prevede un sistema di controllo "accentrato". Il rinvio, pertanto, che ivi si configura, si pone quale "obbligo" solo nel caso in cui si tratti di una giurisdizione nazionale qualificabile come giudice di ultima istanza, oppure come giudice le cui decisioni possono essere impuginate di fronte ad altra giurisdizione di diritto interno.

Il menzionato "obbligo" viene meno solo negli specifici casi individuati dalla Corte di Giustizia, ovvero quando la norma appaia sufficientemente chiara circa l'interpretazione, oppure qualora l'organo di giustizia europea si sia già espressa su identiche questioni delineandone la corretta interpretazione.

Si può, con certezza, affermare che il rinvio pregiudiziale sia stato lo strumento principale che ha consentito e favorito negli anni la vera e propria edificazione dei "diritti" all'interno dell'Unione Europea.

Inizialmente il rinvio pregiudiziale, v'è da dire, veniva poco utilizzato; negli anni recenti si è assistito al fenomeno inverso, con un proliferare di ricorsi e rinvii tanto da "ingorgare" gli organi di Giustizia Europea; sicché la Corte ha mutato atteggiamento, mostrando un ragionevole scetticismo e finendo per operare un'indagine più effettiva sulla rilevanza delle questioni poste.

La CGE ha, altresì, emanato delle note e raccomandazioni fornendo delle precise indicazioni circa le modalità di ricorso e rinvio pregiudiziale: ha spronato gli organi della giustizia nazionale, sì a non sottovalutare tutte le questioni di stretta attinenza comunitaria, ma altresì a fungere quasi da "filtro" nei confronti di quei rinvii che comunque comportano sia una dilatazione a livello nazionale in ordine alla tempistica del *decisus*, sia un eccessivo/ingiustificato carico a livello comunitario.

Orbene, ritornando alla fattispecie su cui il CGA per la Regione Sicilia ha avuto modo di pronunciarsi ed alla problematica ivi sottesa, essa si inserisce nel recente filone

giurisprudenziale che appare prender piede negli ultimi anni sia nell'ambito della giustizia amministrativa (il precedente recentissimo è la sentenza del Consiglio di Stato Cons. Stato, sez. VI, ord. 5 marzo 2012, n. 1244), sia civile in alcune recenti pronunce.

Sulla commistione tra pregiudiziale amministrativa e il rinvio pregiudiziale in particolar modo il Consiglio di Stato formulò *ex officio*, due questioni interpretative sulla interpretazione dello stesso art. 267, par. 3, TFUE, in ordine alla portata dell'“obbligo”. Più specificatamente rimise alla Corte di giustizia le seguenti questioni:

- 1) *“se osti o meno all'applicazione dell'art. 267, par. 3, TFUE, in relazione all'obbligo del giudice di ultima istanza di rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto comunitario sollevata da una parte in causa, la disciplina processuale nazionale che preveda un sistema di preclusioni processuali, quali termini di ricorso, specificità dei motivi, divieto di modifica della domanda in corso di causa, divieto per il giudice di modificare la domanda di parte;*
- 2) *“se osti o meno all'applicazione dell'art. 267, par. 3, TFUE, in relazione all'obbligo del giudice di ultima istanza di rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto comunitario sollevata da una parte in causa, un potere di filtro da parte del giudice nazionale in ordine alla rilevanza della questione e alla valutazione del grado di chiarezza della norma comunitaria”.*

Ritornando, però, alla fattispecie oggetto dell'ordinanza di rimessione (da parte del CGA per la Regione Sicilia) in fase sospensivo/decisorio, i giudici rilevano, per un verso, la similarità con altra questione già decisa dalla Corte di Giustizia (CGUE del 04/07/2013 causa C 100/12 su sentenza TAR Piemonte n. 4/2011) e al contempo, per altro verso, la parziale differenza tra esse.

Pertanto, il Consiglio di giustizia amministrativo siciliano, pur riconoscendo la vincolatività del precetto recato dall'art. 99, comma 3, c. p. a., che obbliga a conformarsi al principio di diritto, ovvero di astenersi dal rinviare direttamente la questione alla CGUE , nonostante esso stesso sia a tutti gli effetti un giudice di ultima istanza delle controversie amministrative, prudenzialmente decide di rimettere gli atti alla Corte di giustizia.

Invero, i punti su cui si incentra tale decisione ed in specie il rinvio pregiudiziale si evincono chiaramente dalla lettura della stessa ordinanza nei quesiti che vengono posti alla Corte e che riguardano:

- 1) *Se i principi sanciti dalla pregressa sentenza della Corte di giustizia Europea, nella stessa materia oggetto della controversia, sia applicabili per analogia anche ad una fattispecie che, seppur simile, sia parzialmente differente;*
- 2) *Se l'art. 99 co 3 del c.p.a sia in contrasto con l'art. 267 del TFUE, nella parte in cui tale disposizione processuale stabilisce la vincolatività, per tutte le Sezioni e i Collegi del Consiglio di Stato, di ogni principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria, anche laddove consti in modo preclaro che detta Adunanza abbia affermato, o possa aver affermato, un principio contrastante o incompatibile con il diritto dell'Unione europea;*
- 3) *Se, le Sezioni e i Collegi del Consiglio di Stato in tali casi e ancor prima di un eventuale rinvio pregiudiziale siano obbligati a rimettere la decisione, con ordinanza motivata, alla Adunanza Plenaria oppure se siano autonomamente autorizzati a sollevare il rinvio, in qualità di giudici d'ultima istanza; altresì nel caso in cui siano autorizzati a sollevare tale rinvio, anche su una questione già in precedenza affrontata dalla Corte Europea, in seguito alla decisione da parte dell'organo comunitario, siano autorizzati/obbligati a dare piena attuazione a quanto disposto oppure debbano rimettere la decisione circa l'applicazione di quanto statuito nell'eventuale sentenza resa da essa;*
- 4) *Se, tale esegesi contrasti o meno con l'esigenza di celerità del processo amministrativo, di ragionevole durata e speditezza soprattutto in materia di applicazione della normativa sull'affidamento di appalti pubblici .*

Le possibili soluzioni

Fuor di dubbio come, in giurisprudenza ed in dottrina, sia iniziata una riflessione circa la commistione delle tematiche in questione.

A parere della scrivente, a prescindere dalla soluzione interpretativa che la Corte di Giustizia Europea vorrà all'uopo fornire ed all'oggetto della controversia nello specifico, una delle più nuove e ipotizzabili soluzioni per risolvere la *vexata quaestio* può essere individuata nell'introduzione all'interno dei sistemi di *civil law*, come appunto quello italiano, di due strumenti metodologico/ giuridici, di matrice anglosassone, non ancora diffusi e noti nel nostro ordinamento. Questi potrebbero consentire la rapida definizione di analoghe controversie, ad esempio, dei quesiti posti dal Consiglio di giustizia amministrativa siciliano : il cd. "*distinguishing*", "*l'overruling*", il "*reversal*".

Secondo la tecnica del c.d. *distinguishing*, una volta estratta la *ratio decidendi* da un caso già deciso sorge, per l'appunto, il vincolo che impone di applicare la *legal rule* ad essa connessa. La *ratio decidendi* esprime una *legal rule* strettamente collegata, pur nella sua astrattezza e generalità, alla situazione di fatto e, in tal senso, risulta di portata più contenuta rispetto al precetto normativo al quale è abituato il giurista di *civil law*.

La correlazione della *ratio decidendi* al fatto comporta che l'organo di giustizia inferiore potrà non applicarla solo se afferma che essa non si attaglia al nuovo caso di specie, che non è, dunque, "precedente". Affinché ciò accada, occorre che le differenze di fatto non siano rilevanti, essendo necessario non già l'identità dei fatti, ma la sostanziale analogia tra gli stessi, senza differenze di grande rilievo .

Ove non vi sia più possibilità di "*distinguishing*", sorge, il cd "*overruling* " e cioè il potere discrezionale dell'organo di giustizia preposto di discostarsi da un precedente della propria giurisdizione, per l'appunto non distinguibile.

L'*overruling* di matrice anglosassone non riguarda mai casi in Appello, in quanto generalmente l'organo di giustizia successiva non interviene in via di appello sul caso precedente. In poche parole si tratta di controversie analoghe alle precedenti per le quali è stata emessa una decisione che l'organo di giustizia superiore decide di non seguire. Sicché la Corte Superiore successiva modifica la *ratio* della sentenza precedente.

Nel "*reversal*", invece, la modifica della sentenza precedente avviene in appello, quindi in grado successivo di giudizio, ma su un medesimo caso. Tale tecnica rappresenta sempre la modifica della *ratio* della sentenza precedente, ma rappresenta un grado successivo della controversia. Nel "*reversal*" si ha una maggiore celerità nello svolgimento del processo, in quanto viene dichiarato all'inizio della sentenza.

Per cui il caso viene ritenuto "*reversed*"(o *overruled*).

In alcuni ordinamenti, come quello statunitense, si adotta anche la cd. "*prospective overruling*" che ha efficacia per il futuro.

"L' *overruling*" e la "*prospective overruling*", oggi, in Italia, sono tecniche note anche alla Corte di Cassazione ed alla Corte Costituzionale. Altresì utilizzate dalla Corte di Giustizia dell'UE.

Conclusioni

Il recepimento delle suddette tecniche di metodologia giuridica, senza dubbio, non è, nè tantomeno sarebbe scevro da difficoltà di carattere pratico ed operativo; differenze dovute alla sostanziale diversità tra ordinamenti di *Civil law* e *Common law*, nonché dal diverso *background* sociale e giuridico. Purtuttavia, nell’ottica “europeistica”, ovvero nell’intenzione di uniformare il diritto degli Stati UE, la creazione di strumenti giuridici ibridi che attingano all’esperienza d’oltralpe potrebbe consentire una maggiore garanzia e tutela dei cittadini.

Nella fattispecie affrontata dal CGA Regione Sicilia, come in altre analoghe, difatti, il problema della corretta interpretazione alla luce del diritto comunitario e dell’eventuale contrasto con la norma processuale di diritto interno si scontra inevitabilmente con i principi di celerità e ragionevole durata del processo.

Motivo per cui, è vero, indubbiamente é apprezzabile la spiccata e maggiore attenzione sviluppata dalla giurisprudenza amministrativa nei confronti della normativa comunitaria, a patto, però, che ogni eventuale contrasto non diventi facile motivo di rinvio a mezzo della pregiudiziale.

Ciò comporterebbe una dilatazione di tutta la tempistica processuale con aumento del carico di lavoro anche per la Corte di Giustizia. Quindi, seppur vero che quest’ultima ha fornito in note e raccomandazioni (da ultimo quelle del novembre 2012), indicazioni di massima per operare il “rinvio pregiudiziale”, adesso, l’Organo Europeo dovrà adesso dare delle indicazioni operative dettagliate che consentano al giudice amministrativo di districarsi in situazioni del genere. Ovvero, nel caso in oggetto ad esempio, come comportarsi in fattispecie che pur essendo state affrontate sia dalla Corte di Giustizia che dall’organo giuridico nazionale, presentino delle analogie in parte, ma dall’altra anche delle sostanziali differenze.

Per tal ragione, proprio richiamandosi al discorso prima accennato, il recepimento o la creazione di uno strumento simile a quello adottato dai sistemi di *Common law* potrebbe avere validi risultati, fungendo da filtro ad inutili e dilatori rinvii pregiudiziali.

Un’altra soluzione, infine, potrebbe essere quella di “rivedere” e “correggere” il meccanismo del rinvio pregiudiziale stesso, prospettandolo e costruendolo non come strumento dal carattere prettamente “giudiziale” ma anche in un’ottica di dialogo collaborativo in fase processuale tra il giudice nazionale e comunitario, evitando di innescare un meccanismo solo ed

esclusivamente procedurale e processuale il quale comporta una eccessiva dilatazione delle fasi di giudizio.

In dottrina, ad esempio, la tesi di Gaeta sul dialogo “ascendente” e “discendente”.

Si citano, infine, le eloquenti conclusioni dell’Avv. Colomer nella sentenza della Corte Giust. 15 gennaio 2013, causa C-416/10, *Krizan*, ove è stato specificamente ricordato che:

“il rinvio pregiudiziale si fonda su un dialogo tra giudici, il cui avvio dipende interamente dalla valutazione operata dal giudice nazionale, in merito alla rilevanza e alla necessità del rinvio stesso (sentenze del 16 dicembre 2008, Cartesio, C-210/06, Racc. pag. I-9641, punto 91, e del 9 novembre 2010, VB Pénczygi Lizing, C-137/08, Racc. pag. I-10847, punto 29).

Ed è sempre l’Avv. Colomer a sottolineare che: *“grazie al dialogo tra giudici ... sono stati definiti, uno ad uno, i tratti genetici del nuovo ordinamento: l’effetto diretto, il primato del diritto comunitario, la responsabilità, l’effettività, l’equivalenza e molti altri principi che articolano il sistema giuridico dell’Unione “. Importante è dunque comprendere il ruolo del dialogo pregiudiziale. Per far ciò ci sia consentito usare, ancora una volta, “la giurisprudenza comunitaria ha introdotto tali giudici nel dialogo pregiudiziale, non tanto allo scopo di aumentare il numero dei rinvii, quanto piuttosto per preservare l’autonomia istituzionale degli Stati membri”. E’ dunque la giurisdizione “in quanto potere basato sull’indipendenza - sull’imparzialità, sul rispetto della legge e sulla risoluzione delle controversie” a godere di “una voce singolare, staccata dallo scenario politico e legata unicamente alla volontà del diritto”.*