

Consiglio di Stato, “giudicato interno” e rinvio pregiudiziale: ancora sui rapporti tra sezioni e adunanza plenaria

CRISTINA SCHEPISI

1. Con l’ordinanza di rinvio pregiudiziale [n. 167/2017](#), il Consiglio di Stato, formulando una serie articolata di quesiti interpretativi alla Corte di giustizia, giunge autonomamente a disapplicare la regola (art. 99 cod. proc. amm.) secondo cui una sezione (o il collegio) del Supremo giudice amministrativo, che nell’ambito di un giudizio abbia investito l’adunanza plenaria su un punto di diritto, è vincolata, una volta riassunta la causa per la successiva definizione della controversia, alla statuizione assunta da tale organo, e non potrebbe dunque discostarsene né, di fatto, rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di ottenere un’interpretazione dello stesso profilo di diritto.

Sui rapporti tra le sezioni del Consiglio di Stato e l’Adunanza plenaria e sulla facoltà/obbligo delle prime di sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nonostante il vincolo – ex art. 99 cod. proc. amm. – di rispettare le statuizioni espresse sui medesimi profili

dalla seconda - la Corte di giustizia si è già pronunciata nel caso *Pu-
ligienica* ([sentenza 5 aprile 2016, PFE, causa C-689/13](#)). Lì il Consi-
glio di Stato aveva domandato alla Corte «*se la Sezione o il Collegio
del Consiglio di Stato [...] laddove dubitino della conformità o com-
patibilità con il diritto dell'Unione europea di un principio di diritto
già enunciato dall'adunanza plenaria, siano tenuti a rimettere a
quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso, [...]
ovvero [...] possano, o piuttosto debbano, in quanto giudici naziona-
li di ultima istanza, sollevare autonomamente, quali giudici comuni
del diritto dell'Unione europea, una questione pregiudiziale*» (corsi-
vo aggiunto). La risposta della Corte di giustizia era stata netta e nel
senso della contrarietà di una disposizione nazionale che impedisca a
un organo giurisdizionale di ultima istanza nazionale di effettuare un
rinvio pregiudiziale e lo obblighi invece a rimettere la questione
all'adunanza plenaria di tale organo.

In tale caso a cedere era stato il principio di diritto espresso
dall'adunanza plenaria in un momento antecedente al giudizio pen-
dente ed avente dunque il valore dello “*stare decisis*”. Al contrario,
nel caso oggetto dell'ultima ordinanza, l'adunanza plenaria era inter-
venuta nell'ambito del medesimo giudizio, con la conseguenza che la
sua statuizione assumeva – nelle parole utilizzate dal Consiglio di
Stato – forza di “giudicato interno” ai fini della soluzione della con-
troversia.

La questione – per la quale manca un precedente identico nella giuri-
sprudenza della Corte di giustizia – non è stata neppure oggetto di
quesito da parte del Consiglio di Stato. L'ordinanza di rinvio affronta
infatti il tema, ma solo in un inciso della motivazione, dando dunque
per scontata – e in senso affermativo – la possibilità di discostarsi dal

principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria qualora sul punto si riveli necessario, per il giudice, rivolgersi alla Corte di giustizia.

2. Questi brevemente i fatti di causa. L'AGCM aveva irrogato una sanzione alla società Wind per aver posto una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 24, 25 e 26, lettera f) del codice del consumo (disposizioni introdotte a seguito del recepimento della direttiva 2005/29/CEE). Wind presentava ricorso al TAR sostenendo *in primis* la mancanza di competenza dell'AGCM. Nella fattispecie i comportamenti contestati attenevano alla violazione di obblighi informativi sull'attivazione, nelle SIM, di servizi di navigazione internet. La valutazione di tali comportamenti rientrava, a detta di Wind, nella competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGcom) e non dell'AGCM. Infatti, nonostante l'accertamento delle pratiche commerciali scorrette rientranti nell'ambito del Codice del Consumo fosse affidato all'AGCM, la WIND invocava il principio di specialità sancito dall'art. 19 di quello stesso Codice, dal quale doveva dedursi che pratiche commerciali scorrette riconducibili al settore delle comunicazioni elettroniche (direttive 2002/22/CE e 2002/21/CE) ricadevano nei poteri dell'AGcom. Tale interpretazione sarebbe stata la più conforme al considerando n. 10 e all'art. 3, comma 4 della direttiva 2005/29. Il Tar dava ragione a Wind e AGcom; conseguentemente l'AGCM interponeva appello dinanzi al Consiglio di Stato. Quest'ultimo, rilevando che quanto affermato in un'epoca precedente dall'adunanza plenaria dovesse essere rivisto alla luce di modifiche legislative nel frattempo intervenute e dell'apertura di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea (..), rimetteva nuovamente la questione a tale organo. L'adunanza plenaria, pur sollecitata dalle parti, non sottoponeva la questione alla Corte di

giustizia e, nel rimettere gli atti alla sezione, precisava (sentenza n. 4/2016) che *«la competenza ad irrogare la sanzione per una «pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva» è sempre individuabile nell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – AGCM»*.

Nel proseguo della causa, AGcom e Wind, considerando tale interpretazione in contrasto con la direttiva 2005/29 (considerando n. 10 e art. 3, comma 4), insistevano affinché il Consiglio di Stato si rivolgesse alla Corte di giustizia. Ritenendo che non ricorressero le condizioni di esonero dall’obbligo di cui all’art. 267, par. 3, TFUE previste dalla giurisprudenza [Cilfit](#), il Consiglio di Stato – nonostante l’intervenuta sentenza dell’adunanza plenaria - rivolgeva alla Corte una serie complessa di quesiti, tra cui, in particolare, *«se il principio di specialità, sancito al considerando 10 e all’articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE, e gli articoli 20 e 21 della direttiva 2002/22/CE e 3 e 4 della direttiva 2002/21/CE ostino ad una interpretazione delle corrispondenti norme di trasposizione nazionale per cui si ritenga che, ogniquale volta si verifichi in un settore regolamentato, contenente una disciplina ‘consumeristica’ settoriale con attribuzione di poteri regolatori e sanzionatori all’Autorità del settore, una condotta riconducibile alla nozione di ‘pratica aggressiva’, ai sensi degli articoli 8 e 9 della direttiva 2005/29/CE, o ‘in ogni caso aggressiva’ ai sensi dell’Allegato I della direttiva 2005/29/CE, debba sempre trovare applicazione la normativa generale sulle pratiche scorrette, e ciò anche qualora esista una normativa settoriale, adottata a tutela dei consumatori e fondata su previsioni di diritto dell’Unione, che regoli in modo compiuto le medesime ‘pratiche aggressive’ e ‘in ogni caso aggressive’ o, comunque, le medesime ‘pratiche scorrette’»*. Solo in punto di motivazione – come già detto - il Consiglio si premurava di “spiegare” alla Corte di giustizia la persi-

stenza del suo obbligo di rinvio, pur in presenza di una norma processuale, quale l'art. 99 cod proc. amm, che gli avrebbe precluso di discostarsi dal principio espresso dall'adunanza plenaria.

La breve motivazione fornita al riguardo offre spazio per alcune brevi riflessioni.

3. In via preliminare risulta certamente comprensibile (ed anzi opportuno) che il Consiglio di Stato abbia illustrato le ragioni che lo hanno condotto alla disapplicazione della norma processuale interna. Tuttavia, dal punto di vista del meccanismo di rinvio pregiudiziale e, dunque, ai fini dell'“ammissibilità” della domanda (come testualmente indica il Consiglio di Stato) tale motivazione non sarebbe stata necessitata. Quello che richiede la Corte di giustizia è che il giudice ritenga la questione “rilevante” ai fini della sua decisione e che nell'ordinanza siano illustrati gli elementi che consentano alla prima di escludere una sua risposta solo qualora la questione appaia manifestamente non pertinente o non rilevante per il diritto dell'Unione europea.

Qualora, invece, si tratti di eventuali “ostacoli processuali” e dunque di norme interne che impediscano al giudice di assicurare la corretta interpretazione delle norme di fonte europea e/o di tutelare diritti di derivazione europea ed eventualmente precludano al giudice nazionale di esperire un rinvio pregiudiziale, tali questioni ben possono formare oggetto di quesiti in via pregiudiziale; ma, qualora siano già risolti dal giudice nel senso della loro disapplicazione, non è competenza della Corte di giustizia, valutare (d'ufficio dunque) se il diritto dell'Unione europea imponga o “facoltizzi” la disapplicazione di tali regole, perché contrarie al principio di equivalenza o di effettività.

Quand'anche risultasse che il diritto dell'Unione europea non richiede una tale soluzione, e dunque il giudice avesse per ipotesi erroneamente disapplicato la regola processuale interna, la domanda pregiudiziale (che verta sui diversi aspetti sostanziali della questione) sarebbe comunque "ammissibile" e la "violazione" di regole processuali nazionali non sarebbe né rilevabile d'ufficio, né sindacabile dalla Corte di giustizia. Essa infatti richiede, al contrario, che le norme processuali interne siano applicate per "equivalenza" a questioni rientranti nell'ambito del diritto dell'Unione europea o che non rendano impossibile o eccessivamente difficile la tutela di posizioni giuridiche soggettive di fonte europea ("effettività").

In conclusione, la mancanza di una puntuale motivazione non avrebbe certamente portato la Corte di giustizia – in presenza degli altri requisiti (natura di organo giurisdizionale, necessità e rilevanza della questione, illustrazione dei motivi di fatto e di diritto, ecc.) a negare la sua competenza ai sensi dell'art. 267 TFUE.

E' in ogni caso indubbio che l'illustrazione dei motivi assume anche un preciso valore "interno". Tra l'obbligo ("comunitario") di rispettare il disposto dell'art. 267, par. 3, TFUE e l'obbligo (nazionale) di attenersi alla sentenza espressa dall'adunanza plenaria ai sensi dell'art 99 cod. proc. amm., prevale agli occhi del Consiglio di Stato, senza dubbio, il primo, anche al fine di non incorrere in una eventuale responsabilità (dello Stato – giudice). Motivare – con il conforto di una giurisprudenza comunitaria orientata comunque in tal senso – la necessità di disapplicare la regola che gli imporrebbe di non discostarsi dal principio adottato dall'adunanza plenaria, appare da un punto di vista strettamente "nazionale" un passaggio quasi doveroso.

4. Nel merito della motivazione, il Consiglio di Stato si avvale invece delle conclusioni raggiunte dalla Corte di giustizia nel caso *Puligienica* (cit.), secondo le quali «*l'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale*».

Differenziando tale caso da quello oggetto del suo rinvio, il Consiglio di Stato sottolinea che «*nell'ambito del presente processo la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 3/2016 non è munita della sola autorità dello stare decisis sancita dall'articolo 99, comma 3, Cod. proc. amm. in correlazione alla funzione nomofilattica ad essa attribuita [...] Ma, come già sopra esposto, la sentenza inter partes n. 3/2016 è anche munita di efficacia di giudicato interno con l'effetto, sancito dal diritto processuale interno, di precludere il riesame di ogni relativa questione nell'ambito del presente giudizio*».

Tuttavia, il Consiglio, facendo leva sui limiti al principio di autonomia procedurale e sull'obbligo del giudice «*ad interpretare le regole processuali in modo conforme ad assicurare l'effettiva applicazione del diritto UE*», afferma che la Corte «*ha ripetutamente affermato il principio secondo cui può essere messo in discussione anche l'accertamento compiuto nella sentenza del giudice nazionale passata in giudicato, perché in contrasto con il diritto dell'Unione, su cui non sia stato effettuato un rinvio pregiudiziale, al fine di consentire l'effettiva e corretta applicazione della normativa euro-unitaria (v.,*

ex plurimis, Corte giust. UE, 3 settembre 2009, in causa C-2/08, Olimpiclub; id., 14 dicembre 1995, in causa C-312/93, Peterbroeck; id., 16 dicembre 1976, in causa C-33/76, Rewe)».

Ora a parte la non pertinenza dei casi [Peterbroeck](#) e [Rewe](#) per le questioni attinenti al giudicato, giova *in primis* osservare che la Corte di giustizia non ha “ripetutamente affermato” il principio secondo cui può essere messo in discussione anche l’accertamento compiuto nella sentenza del giudice nazionale passata in giudicato. Anzi è vero il contrario: la Corte ha sempre e in linea di principio affermato l’intangibilità del giudicato, ritenendo il caso [Lucchini \(18 luglio 2007, causa C-119/05\)](#) un caso isolato. Piuttosto, secondo la Corte, occorre valutare se esistano regole interne che consentano (sebbene in casi tassativi) di rivedere eccezionalmente una decisione definitiva o una sentenza passata in giudicato. In tal caso, per il principio di equivalenza, tale regola deve essere estesa anche ai casi in cui venga in rilievo la contrarietà della decisione a una norma di diritto dell’Unione europea. Qualora poi, come ad esempio nel caso [Olimpiclub](#) (cit.) correttamente richiamato dal Consiglio di Stato), non sia possibile operare in base al principio di equivalenza (perché ad esempio non vi sono eccezioni neppure sulla base del diritto nazionale, ovvero, tale elencazione sia tale da non poter estendersi in via interpretativa a motivi diversi), è il principio di effettività a richiedere che la regola sia valutata nell’ambito del sistema processuale interno, al fine di verificare se taluni effetti che essa produce siano contrari al diritto dell’Unione europea (in quel caso si trattava della disapplicazione della regola secondo cui l’accertamento definitivo effettuato in un determinato esercizio fiscale si ripercuoteva negli esercizi successivi).

Analogamente, nel caso [Klausern Holz \(11 novembre 2015, causa 505/14\)](#) la Corte ha ritenuto che una decisione di un giudice (passata in giudicato) che aveva ritenuto validi taluni contratti dal punto di vista del diritto nazionale, non potesse precludere in un successivo e diverso giudizio (di esecuzione di tali contratti) una valutazione da parte di altro giudice circa la natura di aiuti di Stato di tali contratti. Nella fattispecie, la Corte suggerisce di interpretare estensivamente (principio di equivalenza) le deroghe previste dall'ordinamento tedesco al principio di cosa giudicata. In secondo luogo, qualora tale soluzione interpretativa non sia percorribile, essa chiede al giudice di valutare la norma alla luce del principio di effettività. In particolare, la Corte osserva che l'operatività di una regola interna che esiga - nell'ambito di successivi giudizi - il rispetto del principio di diritto enunciato nell'ambito del primo giudizio, avrebbe come conseguenza quella di rendere impossibile vietare l'erogazione di aiuti di Stato che derivino dall'esecuzione dei suddetti contratti. Di qui la contrarietà con il diritto dell'Unione europea di tale regola. Ragionamento per certi versi simile - anche se in un contesto certamente differente - è rinvenibile anche nel caso [Pizzarotti \(10 luglio 2014, causa C-213/13\)](#) in riferimento al rapporto tra una sentenza amministrativa passata in giudicato e il successivo giudizio di ottemperanza (v. anche sentenza del Consiglio di Stato che attua il principio del giudicato progressivo).

Ebbene, a noi pare che, anche affrontando la questione in punto di "giudicato", la soluzione non possa che essere quella della "disapplicazione" anche in tal caso dell'art. 99 cod. proc. amm. - in linea dunque con la posizione assunta dal Consiglio di Stato - sebbene con una argomentazione diversa. Quello che, infatti, emerge in sintesi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, è che (salvo deroghe espressamente previste dal diritto nazionale) il giudicato è intangibile

quando sull’(intera) controversia sia stata (già) emanata una decisione definitiva. Ebbene, nel caso di specie, la controversia non era stata risolta in via definitiva. Infatti, l’adunanza plenaria non ha trattenuto la causa in decisione, ma si è limitata ad esprimere un principio di diritto rimettendo al Consiglio di Stato gli atti per l’ulteriore definizione della controversia. Anche ritenendo che si sia formato un “giudicato interno”, nel senso che la decisione dell’adunanza plenaria produce – in punto di diritto - effetti vincolanti sul successivo prosieguo della causa dinanzi alla competente sezione del Consiglio di Stato, la sentenza non è atta a sortire effetti con autorità di cosa giudicata tra le parti in causa.

5. Tecnicamente, nonostante il riferimento fatto al “giudicato interno”, il Consiglio di Stato avrebbe potuto diversamente (e più correttamente) argomentare la questione alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla più ampia questione dei rapporti tra il principio di diritto espresso (in sentenza) da un giudice o da un organo superiore e la decisione finale che il giudice a cui stata rinviata la causa è tenuto ad adottare. In linea generale, la Corte ha sempre richiesto la disapplicazione di norme processuali interne che, nel vincolare il giudice al principio di diritto espresso da un organo superiore (o da altra sezione dello stesso), impediscano a tale giudice di discostarsene e, quindi, di esercitare la facoltà o l’obbligo di rinvio pregiudiziale (*ex multis* sentenza [Rheinmühlen, 12 febbraio 1974, causa 146/73](#)). Sebbene – con riferimento al caso specifico - non via sia chiaramente un precedente in termini (il caso più simile è ovviamente quello deciso con la sentenza *Puligienica*, cit.), la Corte di giustizia non sembra fare distinzione a seconda che la statuizione di diritto emessa da un giudice di grado superiore sia riferita al giudizio

in corso (“giudicato interno”) o a giudizi precedenti (principio dello “*stare decisis*”). Né la Corte ha dimostrato differente orientamento a seconda che tale “vincolo” promani da una sentenza di un giudice civile (come, ad esempio, nel giudizio di cassazione con rinvio, previsto nell’ordinamento italiano all’art. 384 c.p.c) o di un giudice amministrativo (art. 99 cod. proc. amm) o addirittura di un giudice costituzionale.

Uno dei *leading case* è rappresentato dall’antichissima sentenza *Rheinmühlen* (cit.), ove si trattava del principio (vincolante) espresso in un giudizio di cassazione con rinvio (quindi nell’ambito del medesimo giudizio). Ma, andando a tempi più recenti, si potrebbero anche menzionare i casi riguardanti la disapplicazione di norme processuali che vincolano il giudice *a quo* alla sentenza emanata da un giudice costituzionale sempre nell’ambito dello stesso giudizio. La Corte di giustizia non solo ha in generale ribadito che un procedimento incidentale di costituzionalità non può impedire, sia prima che dopo, «*a tutti gli altri organi giurisdizionali nazionali di esercitare la loro facoltà o di adempiere il loro obbligo di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte*» (sentenze [22 giugno 2010, Melki Abdeli, cause riunite C-188/10 e C-189/10](#); [11 settembre 2014, A c. B, causa C-112/13](#)), e che l’obbligo di rinvio grava sul giudice, in aderenza al principio del primato, indipendentemente dal giudizio espresso sulla legge nazionale dalla Corte costituzionale ([sentenza 19 novembre 2009, Filipiak, causa C-314/08](#)). Ma ha più precisamente ritenuto che «*l’articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale [...] ha l’obbligo di sottoporre d’ufficio alla Corte di giustizia dell’Unione europea una domanda di pronuncia pregiudiziale anche quando esso statuisca su rinvio a seguito dell’annullamento della sua prima decisione ad opera del giudice costituzionale dello Stato membro interessato e una norma nazionale*

gli imponga di risolvere la controversia conformandosi alla valutazione in diritto espressa da quest'ultimo giudice».

6. La posizione assunta dal Consiglio di Stato ci pare dunque conforme ai principi già espressi dalla Corte di giustizia, seppur con una motivazione non precisissima in termini di precedenti giurisprudenziali e di argomentazioni. Non avendo tuttavia il Consiglio di Stato posto la questione nell'ambito di un quesito pregiudiziale ad *hoc*, il caso qui in commento costituirà un'occasione persa per la Corte di giustizia. Ma "lamentarsi" dell'occasione mancata in presenza di un rinvio pregiudiziale effettuato nonostante una regola interna "preclusiva" e della disapplicazione di quest'ultima pur in assenza di un precedente strettamente i termini, sarebbe certamente fuori luogo. Sarebbe stato certamente più grave il contrario, e cioè se alla Corte di giustizia non fosse mai giunta l'articolata serie di quesiti interpretativi, tra cui, *in primis*, quello riguardante la ripartizione di competenze tra le Autorità competenti per il controllo e la sanzione di pratiche commerciali scorrette.