



Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

Consiglio di Stato
Tribunali Amministrativi Regionali

**News a cura dell'Ufficio del massimario
n. 110 del 2 dicembre 2022**

La quinta sezione del Consiglio di Stato rimette all'Adunanza plenaria, ex art. 99, comma 1, c.p.a., il dubbio interpretativo sulla possibilità di ricondurre l'omessa pronuncia su una questione pregiudiziale ex art. 267 T.f.u.e. alla nozione di errore di fatto revocatorio ai sensi degli artt. 106 c.p.a. e 395, comma 1, n. 4) c.p.c.

[Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 3 ottobre 2022, n. 8436 – Pres. Lotti, Est. Di Matteo.](#)

Giustizia amministrativa – Revocazione – Errore di fatto – Richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea – Omessa pronuncia – Deferimento all'Adunanza plenaria.

Vanno sottoposti all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato i seguenti quesiti:

a) “se e a quali condizioni la condotta del giudice che ometta di pronunciarsi sull'istanza di rinvio alla Corte di giustizia dell'Unione europea formulata da una delle parti in causa ex art. 267 T.F.U.E. sia qualificabile come omissione di pronuncia dovuta ad errore di fatto con conseguente ammissibilità della revocazione della sentenza pronunciata ai sensi degli artt. 106 c.p.a. e 395, comma 1, n. 4) c.p.c.”;

b) “in particolare, se configuri l'omissione di pronuncia di cui sopra il caso in cui il giudice non si sia pronunciato sull'istanza di rinvio in conseguenza di un fraintendimento in cui è incorso in merito alla questione di possibile incompatibilità delle disposizioni interne da applicare per risolvere la controversia con il diritto dell'Unione europea prospettata dalla parte nei motivi di appello”. (1)

I. – Con l'ordinanza in rassegna, la quinta sezione del Consiglio di Stato rimette all'Adunanza plenaria le due questioni logicamente e giuridicamente connesse, di cui in massima.

II. – La controversia sulla quale si innesta la suesposta questione interpretativa può così riassumersi:

a) la società autostrada Ligure Toscana p.a. (S.a.l.t.) ha proposto ricorso per revocazione *ex art.* 106, comma 1, c.p.a. della sentenza del [Consiglio di Stato, sez. V, 19 aprile 2021, n. 3134](#) con cui è stato respinto l'appello avverso la sentenza del [T.a.r. per il Lazio, sez. I, 15 gennaio 2021, n. 620](#);

a1) in primo grado la S.a.l.t. s.p.a. aveva proposto azione di annullamento del provvedimento del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti del 19 dicembre 2019 che l'aveva esclusa dalla procedura di gara per l'affidamento in concessione *“delle attività di gestione delle tratte autostradali A21 Torino – Alessandria – Piacenza, A5 Torino – Ivrea – Quincinetto, la Bratella di collegamento A4/A5 Ivrea – Santhià, la diramazione Torino – Pinerolo e il Sistema autostradale Tangenziale Torinese (SATT) nonché, limitatamente agli interventi di messa in sicurezza dell'infrastruttura esistente, la progettazione, la costruzione e la gestione degli stessi”*;

a2) l'esclusione era stata motivata in ragione della carenza del requisito di capacità tecnica di cui al par. III.1.3.2. del bando di gara, secondo cui, nel caso di partecipazione in forma di raggruppamento temporaneo, tutte le imprese raggruppate avrebbero dovuto possedere i requisiti di capacità tecnico-professionale, tra i quali, in particolare, l'attestazione SOA per categoria e classifica corrispondente ai lavori da eseguire;

a3) il T.a.r. adito aveva rigettato il ricorso stante l'accertata carenza in capo alla S.a.l.t. s.p.a. – in quanto mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese dichiarando di competere come *“concessionario, esecutore e progettista”* – del requisito di attestazione SOA per le attività di progettazione e costruzione, di cui all'art. 79, comma 7, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 per le categorie e classifiche previste dal bando. Requisiti in possesso delle sole mandanti, Itenera s.p.a., Euroimpianti s.p.a. e Sinelec s.p.a. in contrasto con il chiaro dettato del bando di gara;

b) con la [sentenza 19 aprile 2021, n. 3134](#), la quinta sezione del Consiglio di Stato rigettava l'appello proposto dalla S.a.l.t. sulla base della seguente motivazione:

b1) il bando di gara – nella parte in cui prevedeva che in caso di partecipazione in forma di raggruppamento temporaneo di impresa i requisiti di capacità tecnico-professionale fossero posseduti dalla mandataria in misura maggioritaria – non era in contrasto con l'art. 95, comma 4, d.P.R. n. 2017

del 2010, il quale, peraltro, non tratta del possesso dei requisiti di qualificazione per l'esecuzione dei lavori pubblici, ma si occupa del possesso dei (soli) requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali;

b2) la disciplina sui requisiti per l'esecuzione dei lavori pubblici, in relazione ai raggruppamenti temporanei di impresa, è contenuta, invece, negli articoli 48 e 84 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

b3) era inammissibile l'operazione interpretativa sollecitata dall'appellante di considerare le sole imprese mandanti per valutare il possesso dei requisiti per l'esecuzione dei lavori (considerato, peraltro, che S.a.l.t. si era presentata in gara come futura mandataria del raggruppamento concorrente e dichiarato di partecipare anche per l'esecuzione dei lavori), poiché ciò porterebbe alla sostanziale disapplicazione delle norme in materia di qualificazione (i citati articoli 48 e 84 del d.lgs. n. 50 del 2016) e della norma che impone alla mandataria il possesso dei requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti (art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 e art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010);

b4) la scelta di presentarsi come raggruppamento temporaneo, non era stata imposta dal bando di gara, che, invece, si era limitato a specificare i requisiti di qualificazione dei quali si richiedeva il possesso nel caso in cui gli operatori economici avessero optato per tale forma di partecipazione alla gara;

c) avverso tale sentenza del Consiglio di Stato, è stato proposto giudizio di revocazione per il motivo di cui all'art. 395, comma 1, n. 4) c.p.c. sulla base delle seguenti considerazioni:

c1) il giudice d'appello avrebbe omesso di pronunciarsi sul quarto motivo di appello vertente sulla compatibilità del bando di gara (par. III.1.3.2.) e delle conferenti norme nazionali (che sono state individuate a suo fondamento) rispetto alle norme e ai principi dell'ordinamento dell'Unione europea, e sulla conseguente espressa richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea ex art. 267 T.F.U.E.;

c2) il ricorrente in revocazione precisa che con il predetto quarto motivo di appello era stato altresì rilevato un contrasto con i principi di obiettività e proporzionalità recati dagli articoli 38, 26 e 3 della direttiva sui contratti

pubblici e con gli articoli 49 e 56 T.F.U.E: avendo la concessione ad oggetto attività di costruzione e gestione, con prevalenza della seconda sulla prima;

- c3) la richiesta dei requisiti propri dell'“*esecutore*” in capo a tutte le imprese raggruppate avrebbe avuto l'irragionevole effetto di limitare la partecipazione alla procedura di gara ai soli soggetti costruttori – a coloro, cioè, che non erogano i servizi principali oggetto del contratto – impedendo la ripartizione dei compiti all'interno del raggruppamento tra coloro che eseguono i lavori, e quelli che redigono i progetti, gestiscono le opere e il finanziamento delle prestazioni;
- c4) il Consiglio di Stato avrebbe equivocato la questione omettendo di esprimersi sulla predetta questione pronunciandosi, invece, su una censura mai formulata in sede di gravame ed estranea al *thema decidendum*, ossia l'ammissibilità di forme giuridiche alternative al raggruppamento di imprese ai fini della partecipazione alla procedura di gara; punto di diritto non controverso tra le parti, non sussistendo contestazione sulla circostanza che il bando consentisse la presentazione dell'offerta sia a candidati singoli che riuniti in raggruppamento;
- c5) l'omessa pronuncia dovrebbe ricomprendere anche la richiesta di rinvio pregiudiziale ex art. 267 T.F.U.E. alla Corte di giustizia dell'Unione europea, su cui la sentenza oggetto del ricorso per revocazione non motiva;
- c6) per una “palese mancata percezione o errata lettura materiale dell'atto processuale” rispetto ad un motivo di appello non sembrerebbe sussistere una motivazione, seppure implicita, del diniego di rimessione alla Corte e ciò non può che essere dipeso dal mancato esame della questione materialmente posta;
- d) il Ministero e il Consorzio si sono costituiti in giudizio concludendo per l'inammissibilità del ricorso per revocazione e, comunque, per la sua infondatezza:
- d1) richiamando la sentenza del [Consiglio di Stato, sez. V, 28 gennaio 2021, n. 838](#), secondo cui l'omesso rinvio alla Corte di giustizia dell'Unione europea ex art. 267 T.F.U.E. non è un errore di fatto idoneo alla revocazione della sentenza, ma, piuttosto, un errore di diritto che non può essere fatto valere con ricorso per revocazione ex art. 106, c.p.a.;

- d2) poiché il giudice di appello, sia pure in maniera stringata, avrebbe “sostanzialmente” escluso la violazione della normativa comunitaria in relazione al principio di massima partecipazione e di proporzionalità dei requisiti di partecipazione, per la facoltà concessa ai concorrenti dal bando di gara di scegliere la forma giuridica per la partecipazione con il solo limite, per il caso avessero optato per il raggruppamento di imprese, del possesso dei requisiti richiesti da parte di tutte le imprese raggruppate;
- d3) in considerazione dell’orientamento espresso dalla Corte di giustizia (sin dalla pronuncia [6 ottobre 1982, n. 283/81](#), *Soc. Cilfit c. Min. sanità*, in *Foro it.* 1983, IV, 63, con nota di TIZZANO-CAPOTORTI, in *Giust. civ.* 1983, I, 3, con nota di CATALANO, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1008, con nota di CAPOTORTI, in *Rass. avv. Stato*, 1983, I, 47, con nota di LAPORTA, più recentemente ribadito nella sentenza [6 ottobre 2021, n. 561/19](#), in *Foro it.*, Rep. 2021, voce *Unione europea e Consiglio d’Europa*, n.° 1059) secondo cui la questione pregiudiziale non deve essere sollevata nel caso in cui il giudice nazionale, sia pur di ultima istanza, ritenga che “l’interpretazione corretta del diritto dell’Unione s’imponga con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi”; tale poteva dirsi il convincimento maturato dal Consiglio di Stato nella sentenza di cui si è chiesta la revocazione come riscontrabile dalla stessa motivazione;
- e) con l’ordinanza in rassegna, emessa all’esito dell’udienza pubblica del 17 febbraio 2022, la quinta sezione ha così logicamente ordinato le questioni da esaminare:
- e1) verificare preliminarmente se vi sia stata l’omessa valutazione del motivo di appello ovvero se la sentenza di cui si chiede la revocazione abbia travisato la questione dell’incompatibilità del diritto interno con le disposizioni euro-unitarie che era stata prospettata nel motivo di appello;
- e2) verifica da condurre: i) raffrontando il motivo di appello che la parte assume esser rimasto privo di risposta ovvero la questione che ritiene sia stata mal intesa con le statuizioni contenute in sentenza e, ravvisato uno scostamento effettivo dell’una dall’altra; ii) valutando se il giudice d’appello sia così incorso in errore di fatto revocatorio ovvero in errore di diritto, che preclude l’ammissibilità del rimedio proposto;
- f) la prima fase di verifica muove, pertanto, dall’analisi del quarto motivo di appello e della questione con esso rappresentata rimasta (secondo il ricorrente in revocazione) inevasa:

f1) si tratta di un motivo proposto in via subordinata nel caso in cui il Consiglio di Stato avesse “ *riten[uto] la disciplina del Bando, come interpretata dal TAR non in contrasto con la normativa nazionale vigente in tema di gare di concessione; (b) riten[uto] altresì il medesimo Bando non suscettibile di essere interpretato in modo da consentire la partecipazione alla Gara dell’ATI Salt, quale raggruppamento misto di imprese di costruzioni e di gestori di autostrade*”; se ciò fosse accaduto, concludeva la parte appellante, il Consiglio di Stato “*dovrebbe necessariamente porsi – quale giudice di ultima istanza – il tema della conformità del par. III.1.3.2 del Bando alla normativa comunitaria*”, nei seguenti termini:

f2) la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea si era più volte espressa nel senso della illegittimità di disposizioni (normative o recate da bandi di gara) suscettibili di determinare, per oggetto o per effetto, una restrizione delle condizioni di partecipazione (in particolare nelle sentenze in materia di subappalto);

f3) allo stesso modo, la stessa Corte aveva in più occasioni ribadito che deve essere generalmente consentito ad un operatore economico la possibilità di far valere per un determinato appalto le capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura dei suoi legami con questi ultimi, quante volte sia in grado di dimostrare all’ente aggiudicatore che disporrà dei mezzi necessari all’esecuzione dell’appalto;

f4) una previsione nazionale (contemplata dalle norme o dal bando) o anche una interpretazione di tale previsione, come quella fatta propria dalla sentenza di primo grado, sarebbe contrastante con le disposizioni della direttiva 2014/23/UE nella parte in cui:

- consentono la massima flessibilità nella formulazione delle offerte raggruppate permettendo ad un operatore economico “di far affidamento sulle capacità di altri soggetti”;
- dispongono che nel definire i requisiti di partecipazione, gli stessi vengano stabiliti in coerenza con l’oggetto del contratto e in conformità ai principi fondamentali di non discriminazione e proporzionalità;

f5) la concessione di lavori pubblici è un contratto nel quale sono richieste prestazioni sia di costruzione che di gestione, le cui gare sono aperte alla

partecipazione di costruttori, gestori di servizi e di finanziatori; è, dunque, sproporzionata e irragionevole una previsione di bando che consenta la partecipazione sia di costruttori che di gestori, ma non di costruttori e di gestori associati nel medesimo raggruppamento, poiché se l'offerente deve essere in possesso dei requisiti di gestione come di esecuzione, fornisce maggiori garanzie alla realizzazione dell'interesse pubblico;

f6) ciò dovrebbe valere in special modo per il contratto oggetto del giudizio, attinente alla gestione di un'autostrada da molti anni in esercizio, con un impegno ad eseguire lavori di mantenimento in sicurezza delle tratte autostradali, per cui richiedere i requisiti del "costruttore" a ciascuno dei singoli partecipanti al raggruppamento concorrente produrrebbe l'irragionevole effetto di consentire la partecipazione ai soli soggetti costruttori (i quali, cioè, non erogano i servizi oggetto principale del contratto);

f7) il motivo di appello si concludeva chiedendo al Consiglio di Stato di sollevare questione pregiudiziale ex art. 267 T.f.u.e. *"circa la compatibilità del Bando e delle norme nazionali che renderebbero legittima questa prescrizione con i principi di obbiettività e di proporzionalità recati dalla Direttiva del 26/02/2014, n. 23, nonché con gli articoli 49 e 56 TFUE che impongono una disciplina delle gare di concessione idonea a ampliare – e non a restringere – il confronto competitivo fra i diversi operatori economici interessati al contratto messo a gara, ovvero, direttamente, di disapplicare le predette disposizioni di legge e del Bando, annullando il conseguente provvedimento di esclusione"*.

g) alla luce del contenuto del motivo di appello così come riportato – sottolinea la sezione – non par dubbio che S.A.L.T. s.p.a. abbia richiesto al giudice d'appello, per il caso di ritenuta conformità del bando di gara alla disciplina normativa in materia, di vagliare se quest'ultima fosse a sua volta conforme ai principi e alle disposizioni del diritto dell'Unione europea, con particolare riguardo al principio di massima partecipazione alle procedure di gara; in caso ritenesse il dubbio non superabile in via interpretativa, di sollevare, poi, questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea;

h) il secondo momento logicamente conseguente comporta l'esame della sentenza di cui si chiede la revocazione constatandosi:

- h1) l'errata identificazione numerica dei motivi di appello come riportata nella parte in diritto;
- h2) che tale errata numerazione non ha inciso sull'effettivo esame del motivo che è stato indubbiamente vagliato al par. 6.4. della sentenza;
- h3) che il terzo motivo di appello – che sarebbe il quarto nella numerazione dell'appellante, ma diviene il terzo in ragione della sintesi effettuata in precedenza nella sentenza – è stato respinto perché la scelta di partecipare alla procedura di gara in forma di raggruppamento temporaneo di imprese non era imposta dal bando di gara, che solo specificava i requisiti di qualificazione necessari per il caso in cui l'operatore avesse optato per la forma del raggruppamento temporaneo;
- i) consegue per la sezione una prima conclusione: non v'è omissione di pronuncia sul motivo di appello perché il giudice ha espressamente pronunciato rigettandolo;
- j) continua l'ordinanza in rassegna osservando però che dal raffronto tra il contenuto del motivo di appello e la motivazione della sentenza emerga in maniera evidente l'assenza di corrispondenza logica tra la questione posta dall'appellante e il *decisum* della sentenza. E invero:
- j1) la questione sottoposta all'esame del giudice d'appello verteva sulla conformità delle norme nazionali – cui s'era attenuta la stazione appaltante nell'elaborazione del bando di gara – ai principi e alle disposizioni del diritto unionale (e in caso di dubbio, sulla necessità del al giudice comunitario) nella parte in cui impongono alla mandataria di un r.t.i. il possesso dei requisiti di qualificazione richiesti dal bando per l'esecuzione di lavori anche in caso di riparto tra le imprese raggruppate delle prestazioni oggetto del contratto con assegnazione alle sole mandanti dell'esecuzione dei lavori,
- j2) il giudice ha risposto che all'operatore economico – s'intende: privo del requisito di qualificazione richiesto per i lavori – era consentito partecipare in forma diversa dal raggruppamento temporaneo, e solo se, come nel caso di specie, avesse optato per questa scelta, avrebbe dovuto possedere i requisiti di qualificazione richiesti per l'esecuzione dei lavori;

- j3) la risposta è disallineata dalla domanda, perché nel caso di specie la scelta era stata compiuta nel senso della partecipazione in forma raggruppata;
- j4) il giudice avrebbe dovuto confrontarsi con tale situazione ed accertare se i requisiti richiesti per il caso di partecipazione in forma raggruppata fossero ragionevoli e proporzionati ovvero si configurassero come una indebita restrizione rispetto alla regola fondamentale che impone nella determinazione dei requisiti di partecipazione di favorire la massima partecipazione degli operatori economici in qualsivoglia forma giuridica ritengano di voler assumere le prestazioni in affidamento;
- j5) quel che l'appellante domandava, insomma, era se l'obbligo di assunzione in capo alla mandataria di una percentuale maggioritaria dei lavori da eseguire – qualora, come in effetti avvenuto, il giudice fosse giunto a siffatta interpretazione delle disposizioni in materia – fosse conforme ai principi di diritto eurounitario;
- j6) la risposta del giudice d'appello è stata nel senso che l'appellante avrebbe potuto partecipare alla procedura di gara in altra forma, ma di questo non si dubitava, essendo stata contestata, invece, la limitazione imposta nella assunzione delle prestazioni in caso di raggruppamento temporaneo;

III. La pronuncia in commento ha esaminato un'ulteriore questione:

- k) se l'errore nel quale è incorso il giudice d'appello possa essere qualificato come errore di fatto ai sensi dell'art. 395, comma 1, n. 4, cod. proc. civ., cui rinvia l'art. 106, comma 1, c.p.a., o se, invece, sia un errore di diritto, che esclude, come noto, l'ammissibilità del rimedio revocatorio;
- l) l'errore di fatto consistente nell'omessa pronuncia su una domanda, su un motivo di ricorso o su un'eccezione è ragione di revocazione della sentenza del Consiglio di Stato per errore di fatto ai sensi dell'art. 395, comma 1, cod. proc. amm., cui rinvia l'art. 106 cod. proc. amm., alle seguenti condizioni fissate dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 22 gennaio 1997, n. 3 (*Foro it.*, 1997, III, 388, con nota di TRAVI, in *Giornale dir. amm.* 1997, 1135, con nota di VOLPE, in *Dir. proc. amm.* 1997, 820, con nota di FRANCARIO), cui la giurisprudenza successiva si è costantemente adeguata:

- l1) non v'è dubbio che l'omessa pronuncia del giudice costituisca violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (e, dunque, un errore di diritto per violazione di norma processuale, art. 112 c.p.c.);
- l2) ciò, però, non significa che questa violazione non possa aver causa in un errore di fatto revocatorio;
- l3) può, infatti, accadere che il giudice, pur rendendosi conto del suo dovere di pronunciare, poi, però, in concreto, non l'abbia fatto;
- l4) è necessario – ed è questo il passaggio decisivo di tutto il ragionamento dell'Adunanza plenaria 22 gennaio 1997, n. 3 – che l'errore di fatto nel quale sia incorso il giudice per non aver pronunciato su di un motivo che gli era stato proposto emerga dalla sentenza e, in particolare dalla sua motivazione;
- m) si è, dunque, affermato ([Cons. Stato, sez. V, 31 luglio 2019, n. 5444](#), in *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Amministrazione dello Stato e degli enti pubblici in genere*, n.° 289) che l'errore di fatto – quand'anche esiti nell'omissione di pronuncia – dovrà così possedere le note caratteristiche dell'errore di fatto c.d. revocatorio ovvero:
- m1) consistere nell'erronea percezione del contenuto materiale degli atti del processo (ovvero in una svista, in un errore di lettura, nell' "*abbaglio dei sensi*") per il quale il giudice abbia fondato il suo convincimento su di un falso presupposto di fatto (solo per limitarsi alle ultime pronunce cfr. [Cons. Stato, sez. VI, 22 gennaio 2019, n. 553](#); [4 gennaio 2019, n. 102](#); [sez. V, 8 giugno 2018, n. 3478](#); [sez. VI, 17 maggio 2018, n. 2997](#); [sez. V, 3 aprile 2018, n. 2037](#); [sez. V, 2 marzo 2018, n. 1297](#); [sez. V, 7 febbraio 2018, n. 813](#));
- m2) attenersi ad un punto non controverso e sul quale la decisione non abbia espressamente motivato;
- m3) essere decisivo, vale a dire trovarsi in un rapporto di stretta consequenzialità con la pronuncia adottata dal giudice (ovvero, più chiaramente la soluzione con la quale il giudice ha chiuso la controversia), di modo che si possa dire che se l'errore non sia fosse verificato l'esito sarebbe stato diverso (in tal senso, *ex multis*, [Cons. Stato, sez. VI, 2 novembre 2018, n. 6223](#), [sez. III, 24 ottobre 2018, n. 6061](#); [sez. IV, 14 giugno 2018, n. 3671](#); [sez. V, 3 aprile 2018, n. 2037](#));

- n) la sezione, dopo le suesposte precisazioni, ha altresì osservato come tradizionalmente il tipo di errore in esame *“si qualificherebbe come errore di diritto poiché è indubbiamente intervenuto nel compimento dell’operazione intellettuale propria e preliminare del giudicare: l’individuazione prima, e l’interpretazione poi, della questione giuridica da risolvere è un’attività della mente, se la si sbaglia e, in conseguenza di ciò, la risposta di giustizia risulta inconciliabile con la domanda posta v’è un fraintendimento che non è dei sensi, ma del giudizio;”*
- o) nel richiamare gli orientamenti che mettono in discussione tale tradizionale qualificazione, l’ordinanza in rassegna evidenzia che:
- o1) per una recente pronuncia della quarta sezione ([Cons. Stato, sez. IV, 26 aprile 2018, n. 2530](#)) – resa similmente alla fattispecie che ci occupa nell’ambito di un giudizio di revocazione volto a censurare il fraintendimento della questione di compatibilità euro-unitaria posta con i motivi di appello, in conseguenza del quale il giudice d’appello aveva omesso di pronunciarsi sull’istanza di rinvio pregiudiziale – l’omessa pronuncia su domande o eccezioni di parte deve essere equiparata all’*“omessa pronuncia su questioni pregiudiziali di rilevanza europea, suscettibili di divenire oggetto (come nel caso all’esame) di una formale istanza di rimessione ad un plesso giurisdizionale (la Corte di Giustizia) diverso da quello adito, e competente in via esclusiva, per effetto delle limitazioni di sovranità cui hanno consentito gli Stati membri, ad interpretare esattamente e con uniformità di applicazione il diritto europeo.”*;
- o2) la quarta sezione fonda tale equiparazione riconducendo alla nozione di domanda anche l’istanza rivolta dalle parti al giudice di rimettere *“valutazione di una questione all’unico organo giurisdizionale deputato secondo il Trattato istitutivo a fornire l’esatta e uniforme interpretazione del diritto europeo. La rimessione, peraltro, per le Corti di ultima istanza (tale era il Consiglio di Stato nel caso de quo) rappresenta anche un preciso obbligo giuridico.”*;
- o3) sempre in tale sentenza, la quarta sezione chiarisce come tali considerazioni non smentiscano quanto affermato dall’Adunanza plenaria n. 3 del 1997 *“trattandosi pur sempre di errore “carattere senso-percettivo derivando da una lettura sbagliata (da intendersi: per errore sensoriale) del contenuto materiale dell’atto, per la quale si sostituisce una questione (quella effettivamente posta con l’istanza di rimessione) con un’altra (del tutto diversa) e ha aggiunto che l’errore deve essere caduto su un punto non controverso tra le parti, essere decisivo e di*

immediata rilevabilità, senza necessità di argomentazioni induttive o indagini ermeneutiche”;

o4) che la fattispecie esaminata dalla quarta sezione è sovrapponibile a quella in esame giacché *“anche in quell’occasione l’omessa pronuncia su questione pregiudiziale di rilevanza europea, e in ragione di ciò la mancata proposizione della questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia dell’Unione europea ex art. 267 TFUE, era conseguenza del fraintendimento da parte del giudice della contestazione formulata nei motivi di appello”;*

p) la sezione rileva però come l’orientamento tradizionale sia stato, ancor più di recente, ribadito dalla quinta sezione del Consiglio di Stato con la [sentenza del 28 gennaio 2021, n. 838](#) (con argomentazioni condivise anche dalla [sesta sezione con la sentenza 15 febbraio 2022, n. 1088](#)) che:

p1) richiama l’orientamento tradizionale per il quale *“l’errore di fatto revocatorio è configurabile nell’attività preliminare del giudice di lettura e percezione degli atti acquisiti al processo, quanto alla loro esistenza ed al loro significato letterale, senza coinvolgere la successiva attività di interpretazione e di valutazione del contenuto delle domande e delle eccezioni ai fini della formazione del convincimento”;*

p2) ha osservato come il rimedio revocatorio non sia in alcun modo esperibile nei casi in cui il giudice – anche quello di ultima istanza, che ne è obbligato – *“abbia omesso di formulare, anche a negativo od omesso riscontro alla istanza di parte, questione interpretativa e di operare il rinvio pregiudiziale alla Corte europea, ai sensi dell’art. 234 del Trattato”;*

p3) sottolinea come l’interpretazione delle norme applicabili al caso deciso – attività nell’ambito della quale si colloca la valutazione di conformità delle stesse al diritto eurounitario – è pur sempre l’esercizio di un potere officioso del giudice fondato sul principio *jura novit curia* che non è in alcun modo vincolato alla prospettazione delle parti;

p4) precisa come l’istanza di rinvio pregiudiziale costituisca una *“mera sollecitazione al rilievo officioso”* non potendosi considerare né una domanda né una eccezione in senso tecnico;

p5) esclude la possibilità di configurare prospettare, per definizione, una omessa pronuncia sulla questione interpretativa poiché non è possibile in relazione ad essa anche solo astrattamente prefigurare un errore senso percettivo del

giudice che – per una svista – non l’abbia considerata; l’esatta interpretazione della normativa di fonte comunitaria, per quanto riservata alla Corte di Giustizia, è in ogni caso mediata dal vaglio di rilevanza proprio perché si tratta di una questione di diritto e non di fatto;

- p6) nega – contrariamente a quanto affermato dalla [quarta sezione, con la sentenza n. 2532 del 2018](#) – l’esistenza una pretesa tutelabile *ex se* a conoscere il punto di vista della Corte di giustizia sulla vicenda e tanto meno la possibilità di affidare tale pretesa ad una “istanza precisa”, articolata e formalizzata, tale che il suo omesso vaglio possa prefigurare una fattispecie revocatoria;
- q) in definitiva, conclude la sezione, sembrano emergere due situazioni suscettibili di dar luogo ad omessa pronuncia su istanza di rimessione alla Corte di giustizia dell’Unione europea finalizzata alla risoluzione di questione pregiudiziale ai sensi dell’art. 267 T.f.u.e.:
- q1) il caso in cui la questione della possibile incompatibilità della normativa interna con il diritto unionale sia stata sollevata con i motivi di appello contenenti una contestuale istanza di rimessione alla Corte di Giustizia e il giudice non ne abbia fatto in alcun modo parola nella sentenza;
- q2) il diverso caso in cui, a fronte del medesimo contenuto dell’atto di parte, il giudice d’appello abbia frainteso la questione posta e, in ragione di tale equivoco, abbia omesso di pronunciarsi sull’istanza di rimessione;
- q3) per la [sentenza Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 2021, n. 838](#), in entrambi i casi sarebbe da escludere l’errore di fatto suscettibile di condurre alla revocazione della sentenza;
- r) per completare il ragionamento e prospettare le possibili soluzioni dall’Adunanza plenaria, la sezione richiama due recenti pronunce della Corte di giustizia dell’Unione europea e, segnatamente:
- r1) [Corte di giustizia U.E., grande sez., 21 dicembre 2021, n. C-497/20, Soc. Randstad Italia c. Soc. Umana e altre](#) (in *Foro it.*, 2022, IV, 90, con nota di DE MARZO, in *Il Processo*, 2021, 566 ss., con nota di MARTINO, nonché oggetto della [News US n. 10, del 18 gennaio 2022](#), cui si rinvia per l’approfondimento giurisprudenziale e bibliografico), emessa a seguito di

rinvio pregiudiziale della Corte di cassazione sul dubbio di compatibilità con il diritto unionale (e, segnatamente, con l'art. 1, par. 1 e 3 della direttiva 89/665 letto alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) dell'art. 111, comma 8, Cost., come interpretato dalla [Corte costituzionale nella sentenza 6 del 2018](#), nella parte in cui impedisce ad un organo giurisdizionale supremo dello Stato membro di annullare una sentenza che sia pronunciata in violazione del diritto dell'Unione dal supremo organo della giustizia amministrativa di tale Stato membro;

r2) [Corte di giustizia U.E., sez. IX, 7 luglio 2022, C-261/21, F. Hoffmann-La Roche Ltd.](#) (in *Foro it.*, Rep. 2022, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, nonché oggetto della [News US n. 86 del 12 agosto 2022](#) cui si rinvia per l'approfondimento giurisprudenziale e bibliografico) adottata all'esito di un rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato con cui era chiesto, tra l'altro, alla Corte di pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto eurounitario degli artt. 106 c.p.a. e 395 cod. proc. civ. nella misura in cui non consentono di usare il rimedio revocatorio per impugnare sentenze del Consiglio di Stato confliggenti con sentenza della medesima Corte di giustizia e in particolare con i principi che questa abbia affermato a seguito di precedente rinvio pregiudiziale;

s) per dar risposta alle questioni pregiudiziali sollevate nelle due sentenze la Corte svolge sostanzialmente il medesimo ragionamento che può essere così esposto in sintesi:

s1) fatta salva l'esistenza di specifiche norme eurounitarie, per il principio dell'autonomia procedurale, è riservato all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità processuali dei rimedi giurisdizionali necessari per assicurare ai singoli, nei settori disciplinati dal diritto unionale il rispetto del loro diritto ad una giurisdizione effettiva;

s2) se l'ordinamento interno assicura un rimedio giurisdizionale equivalente per la tutela delle situazioni giuridiche soggettive sia di matrice nazionale sia comunitaria (principio di equivalenza) e che non renda in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'Unione (principio di effettività) va escluso ogni contrasto delle disposizioni del sistema processuale interno con il diritto dell'Unione europea;

- s3) i singoli, ove eventualmente lesi dalla violazione del loro diritto a un ricorso effettivo a causa di una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado che si ponga in contrasto con il diritto dell'Unione europea, possono far valere la responsabilità dello Stato membro se la violazione ha carattere sufficientemente qualificato e in caso di esistenza di nesso causale diretto tra tale violazione e il danno subito dal soggetto leso;
- s4) ove siano soddisfatte le precedenti condizioni, non può predicarsi un contrasto del sistema processuale dei singoli stati con il diritto dell'Unione europea;
- t) all'esito di tale sinossi sulla giurisprudenza nazionale e comunitaria, la sezione, tuttavia, sollecita una riflessione sull'intrinseca irragionevolezza di un sistema processuale che:
- t1) da un lato, impedisce di emendare, tramite il rimedio revocatorio di sicura efficacia e rapidità (dovendosi esperire in un unico grado dinnanzi allo stesso giudice ha pronunciato la sentenza), una sentenza passata in giudicato dal vizio di violazione del diritto dell'Unione europea e, dall'altro, di ammettere un giudizio risarcitorio, che per l'articolazione nei gradi ordinari è destinato in ogni caso a svilupparsi in un arco temporale più lungo con l'esito incerto dovuto all'accertamento delle condizioni per accedere al risarcimento;

IV. – Per completezza, si segnala quanto segue:

- u) in giurisprudenza, sull'errore di fatto revocatorio, si vedano *ex plurimis* le seguenti decisioni:
- u1) [Cons. Stato, sez. IV, 21 aprile 2022, n. 3022](#) (in *Foro it.*, 2022, III, 257, con nota di TRAVI), che sottolinea come non sia revocabile la sentenza sol perché motivata con richiamo agli scritti difensivi di parte. La motivazione *per relationem* è pienamente legittima e rispettosa del dovere di sinteticità imposto, dagli art. 3, comma 2, e 88, comma 2, lett. d), c.p.a. non solo alle parti, ma anche al giudice;
- u2) [Cons. Stato, sez. IV, 30 marzo 2022, n. 2350](#), secondo cui il vizio revocatorio non può mai riguardare il contenuto concettuale delle tesi difensive delle parti, come esposte negli atti di causa, perché le argomentazioni giuridiche non costituiscono "*fatti*" ai sensi dell'art. 395, n. 4, c.p.c. e perché un tale

errore si configura necessariamente non come errore percettivo, bensì come errore di giudizio, investendo per sua natura l'attività valutativa ed interpretativa del giudice;

- u3) [Cons. Stato, sez. IV, 6 dicembre 2021, n. 8063](#), che chiarisce come non possa *“giustificare la revocazione, altresì, una contestazione concernente il mancato esame di un qualsivoglia documento (come, ad es., di un allegato a una relazione istruttoria) o di qualsiasi altra prova offerta dalle parti, dal momento che in casi del genere si potrebbero configurare soltanto errores in iudicando, non contemplati dall’art. 395 c.p.c. quale motivo di ricorso per revocazione (Cons. Stato, Ad. plen., 11 giugno 2001, n. 3)”*;
- u4) [Cons. Stato, sez. V, 29 ottobre 2014, n. 5347](#) (in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Giustizia amministrativa*, n.° 1137), che precisa come l’errore deve apparire con immediatezza ed essere di semplice rilevabilità, senza necessità di argomentazioni induttive o indagini ermeneutiche;
- u5) Cass. civ., sez. III, 14 giugno 2011, n. 12958 (in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Revocazione (giudizio di)*, n.°11), che sottolinea come *“benché l’omissione di pronuncia su domande o eccezioni delle parti costituisca, di per sè, violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato sancito dall’art. 112 cod. proc. civ., l’omissione stessa non elimina la rilevanza del processo causale che l’ha determinata né esclude che essa debba essere fatta valere non già ex se, ma come risultato di un vizio di percezione del fatto processuale, e cioè di un vizio che si risolve in una svista del giudice e, quindi, in un errore di fatto revocatorio. Ciò, in particolare, si verifica allorché il giudice ometta la pronuncia su una domanda, motivando l’omissione non sul rilievo che, a seguito di attività interpretativa, essa andava esclusa, ma piuttosto sulla mancanza letterale (id est, materiale) della domanda, a fronte invece dell’esistenza della stessa. In tale particolare conformazione del vizio di omessa pronuncia, invero, errore revocatorio e violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato non sono in relazione di alternatività, ma il primo è fonte della seconda”*;
- v) sulle origini e la funzione dell’istituto della revocazione v. CALAMANDREI, voce *“Revocazione”* in *Enc. it.*, Roma, 1936; PETRILLO, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di COMOGGIO - CONSOLO - SASSANI - VACCARELLA, V, Torino, 2013, 1 ss. che evidenzia come la revocazione richiesta per errore di fatto della sentenza risultante dagli atti e documenti della causa trovi il proprio antecedente nella *“proposition d’erreur”* dell’antico diritto francese;

- w) sull'“errore di fatto” nell'applicazione giurisprudenziale v. SCARPA, *Il nuovo art. 360, n. 5 c.p.c. nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2018, 925 ss.; RUSSO, *Percorsi di giurisprudenza – errore di fatto revocatorio*, in *Giur. it.*, 2018, 474 ss.;
- x) sulle ipotesi di confine tra “errore di fatto” e “errore di diritto” in ordine al contenuto della disposizione applicata è possibile richiamare Cons. Stato, sez. IV, 9 dicembre 1997, n. 1358 (in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Giustizia amministrativa*, n.°971), 8 gennaio 1992, n. 17 (in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Revocazione (giudizio di)*, n.°14, ed in *Giur. it.*, 1992, 976, con nota di CONSOLO), che hanno individuato l'errore di fatto *ex art.* 395, comma 1°, n. 4, c.p.c. nella mancata percezione di una sentenza annullatoria di un regolamento di cui il giudice aveva fatto applicazione;
- y) sul carattere universale del rimedio revocatorio per errore di fatto cfr., nella giurisprudenza costituzionale, [Corte cost., sentenza 5 maggio 2021, n. 89](#) (in *Foro it.*, Rep. 2021, voce *Revocazione (giudizio di)*, n.° 16, in *Judicium*, 2021, 179, con nota di TISCINI, in *Giur. cost.*, 2021, 1123 ss., con nota di CHIEPPA; in *Corr. giur.*, 2021, 1581, con nota di FARAMONDI, in *Giur. it.*, 2022, 79, con nota di ZUFFI, ed in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2022, con nota di FARINA);
- z) per un'analisi di diritto comparato sulla nozione di giudicato cfr. R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Corti europee e giudici nazionali - Atti del XXVII convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 2011, 369, e sui rimedi interni cfr. S.L. VITALE, *Violazione della CEDU e principio di intangibilità del giudicato civile e amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 1269 ss.;
- aa) sulla generale idoneità dell'istituto processuale della revocazione per rimediare al giudicato anticomunitario v. C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: Quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 224;
- bb) sui rimedi alternativi rispetto all'istituto della revocazione per emendare il giudicato anticomunitario cfr. F.P. LUISO, *La cedevolezza del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 17 ss; G. FALCON, *La controversia tra i Fairfax e gli Hunter e il consolidamento della Corte Suprema al vertice del sistema giudiziario degli Stati Uniti*, in www.federalismi.it, 3 giugno 2020;
- cc) sull'insussistenza di un obbligo generale di revocazione di matrice convenzionale v. Corte cost., 27 aprile 2018, n. 93, (in *Foro it.*, 2018, I, 2289, con nota di D'ALESSANDRO; in *Giur. cost.*, 2018, 1489, con nota di BRANCA); [Corte cost., 26 maggio 2017, n. 123](#) (in *Foro it.*, 2017, I, 2196, con nota di D'ALESSANDRO, nonché

oggetto della *News* US del 30 maggio 2017, cui si rinvia per l'approfondimento giurisprudenziale e bibliografico);

- dd) sulle soluzioni ipotizzabili a seguito della riforma del processo civile di cui al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, e sull'omesso rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 T.f.u.e, quale difetto di motivazione del provvedimento giurisdizionale ai sensi dell'art. 6, par. 1, C.e.d.u. v. *COMMANDATORE, Rimedi processuali contro il giudicato anticomunitario*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 719 ss.; sulla portata applicativa del nuovo art. 391 *quater* c.p.c. e sulla sua eventuale estensione alla giurisdizione amministrativa v. la *RELAZIONE SUGLI EFFETTI DIRETTI E SULLE IMPLICAZIONI SISTEMATICHE CHE LA RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE, APPRESTATA DAL D.LGS. 10 OTTOBRE 2022, N. 149, RECA AL PROCESSO AMMINISTRATIVO (§ 5.5.)*, a cura dell'Ufficio studi e formazione della G.A.

