



GIOVANNI PESCE

Il rinvio pregiudiziale alla Corte UE e le torsioni interpretative del giudice nazionale: riflessi sulla tutela cautelare e sul processo in tre casi limite.

Sommario

Il presente contributo intende interrogarsi sul rapporto tra le Corti nazionali e la Corte di Giustizia UE in merito all'applicazione dell'istituto del rinvio pregiudiziale alla luce di tre recenti provvedimenti giudiziari: la sentenza del 5 maggio 2020 adottata dal Bundesverfassungsgericht; la sentenza del Consiglio di Stato, IV sezione, n. 6290 del 24 giugno 2021; l'ordinanza del TAR Puglia, Lecce, I sez., 11 maggio 2022. Ciascuno dei casi sopra indicati evidenzia criticità nella relazione tra giudice nazionale e giudice europeo che vale la pena evidenziare, anche al fine di esaminare se - ed eventualmente in che limiti - può essere richiamata la nozione di "processo politico" per giustificare la decisione del giudice nazionale.

I. Premessa: sul rinvio pregiudiziale e sua funzione.

1. In via preliminare, occorre ricordare che l'art. 267 TFUE e la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo definiscono in modo puntuale le linee fondamentali della competenza dei giudici nazionali e della Corte di giustizia. In particolare, l'art. 267 TFUE, mentre consente l'autarchica risoluzione di questioni pregiudiziali da parte di organi giurisdizionali di merito (perché l'uniformazione ermeneutica può ancora raggiungersi attraverso l'utilizzo dell'impugnazione), pone un autentico obbligo di rinvio in capo ai giudici di ultima istanza. Questi sono tenuti a rivolgersi verso Lussemburgo nei casi in cui il giudizio principale che si svolge dinanzi alla giurisdizione interna coinvolga una *quaestio iuris* consistente nella ricostruzione del significato di una disposizione dell'Unione (con riferimento alle questioni di interpretazione)¹.

Come è noto, l'obbligo di rinvio pregiudiziale, oltre a presupporre la pertinenza delle questioni, incontra dei temperamenti nelle seguenti ipotesi:

a) quando la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia stata già decisa in via pregiudiziale², dovendo in tal caso il giudice nazionale applicare direttamente il precedente comunitario;

¹ L. DANIELE, *Commento all'art. 267 TFUE*, in Trattati dell'Unione, A. TIZZANO (a cura di), Milano, 2014, pp. 2103; E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronunzia*, Torino, 2012, pp. 15 e ss.

² Corte di giustizia, sentenza 27 marzo 1963, cause riunite C-28/62 a C-30/62, Da Costa.



b) quando la soluzione della questione sia ricavabile da una giurisprudenza costante della Corte che, indipendentemente dalla natura dei procedimenti da cui sia stata prodotta, risolva il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di una stretta identità tra le materie del contendere³;

c) quando la corretta applicazione del diritto comunitario si imponga con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata⁴, giacché in questo caso la questione d'interpretazione sarebbe in realtà un mero punto pregiudiziale.

Rispetto all'ipotesi da ultimo considerata, la Corte di giustizia ha chiarito che «*prima di giungere a tale conclusione, il giudice nazionale deve maturare il convincimento che la stessa evidenza si imponga anche ai giudici degli altri Stati membri ed alla Corte di giustizia*», e che «*la configurabilità di tale eventualità va valutata in funzione delle caratteristiche del diritto comunitario*», «*delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta*», nonché «*del rischio di divergenze di giurisprudenza all'interno della Comunità*»⁵. Ed è intuitiva la ragione per la quale occorre considerare la posizione che potrebbe essere assunta dagli organi giurisdizionali degli altri Stati membri in circostanze del tutto analoghe, dal momento che il giudice nazionale, nel rivolgersi verso Lussemburgo attraverso la pregiudiziale eurounitaria, opera nell'interesse oggettivo della corretta e uniforme applicazione del diritto dell'Unione, a vantaggio anche degli altri organi giurisdizionali che potrebbero in futuro trovarsi di fronte ad analoga *quaestio iuris* (cfr. Corte di giustizia, parere 1/09 dell'8 marzo 2011, dove si attribuisce risalto alla cooperazione in funzione generale).

2. Come sappiamo, inoltre, quando la Corte di Lussemburgo restituisce il caso alla Corte nazionale, quest'ultima deve e dovrebbe adeguarsi alla decisione della prima. È un effetto che deriva dalla giurisprudenza consolidata della stessa Corte di Lussemburgo, per cui una sentenza pronunciata in via pregiudiziale vincola il giudice nazionale per la soluzione della controversia dinanzi ad esso pendente. Sappiamo però anche che tra le Corti nazionali e quella europea si instaura una relazione di fiducia e di "leale collaborazione", non un vincolo gerarchico. Conformemente all'articolo 19 del Trattato, spetta anche ai giudici nazionali garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione nell'insieme degli Stati membri, nonché la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti agli amministrati in forza del diritto dell'Unione. In tale contesto, la chiave di volta del sistema giurisdizionale così concepito è costituita proprio dal procedimento di "rinvio pregiudiziale" (previsto dall'articolo 267 del Trattato), cui hanno fatto ricorso i giudici tedeschi ed italiani nei casi esaminati, il quale rinvio, instaurando un dialogo da giudice a giudice, tra la Corte di Giustizia e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione, permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati.

II. La decisione del 5 maggio 2020 del BVerfG (caso BCE) ovvero quando la Corte nazionale interviene per superare il *dictum* disposto dalla Corte UE nel procedimento di rinvio pregiudiziale.

³ Corte di giustizia, sentenza 6 ottobre 1982, causa C-282/81, Cilfit.

⁴ Sentenza Cilfit, cit., punto 16. Punti ulteriormente chiariti nella sentenza Cilfit II della Corte di giustizia, Grande sezione, 6 ottobre 2021, causa C-561/19, ove la stessa Corte precisa i caratteri dell'istituto quanto, in specie, al dovere di motivazione del Giudice nazionale che decide di non disporre il rinvio.

⁵ Sentenza Cilfit, cit., punti 16, 17 e 21; per un riferimento nell'ambito della giurisprudenza interna, Cass., sez. un., 29 dicembre 2017, n. 31226.



1. La decisione del 5 maggio 2020 del BVerfG (di seguito anche Corte costituzionale tedesca)⁶ ha fatto molto discutere e tutto fa credere che siamo agli inizi⁷.

In sintesi, questi i fatti. A seguito di un ricorso di privati cittadini contro il piano di acquisto di titoli pubblici (Public Sector Purchase Programme - PSPP), la Corte di Karlsruhe contesta alle istituzioni tedesche (Parlamento, Governo e Bundesbank) di aver aderito al Programma messo in atto dalla Banca Centrale Europea⁸ senza un'ponderata valutazione degli effetti nel lungo periodo e senza distinguere in modo appropriato tra politica monetaria, appartenente alla BCE ed al sistema delle Banche centrali (ESBC) e politica economica e di bilancio riservata agli Stati membri, ma assegnando una "delega" eccessiva alla stessa BCE che, a sua volta, non ha motivato adeguatamente il programma di interventi finanziari di portata tale da riverberarsi negativamente sulle finanze tedesche e sulle generazioni future⁹.

2. L'incidente processuale si spiega con il fatto che la Corte di Karlsruhe, per esaminare i ricorsi, ha dovuto confrontarsi con atti della BCE, rispetto ai quali non ha competenza diretta. Tale situazione, per nulla nuova nel sistema ordinamentale, ha portato la Corte di Karlsruhe a richiedere un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, così come previsto dal Trattato europeo.

3. La Corte di Lussemburgo, con la sentenza dell'11 dicembre 2018 (C-493/17), ha concluso nel senso: a) che il Programma della BCE non è incompatibile con le norme del Trattato europeo che regolano la politica monetaria e di bilancio; b) che la stessa BCE non ha adottato provvedimenti privi di adeguata motivazione né ha travalicato le proprie competenze e neppure ha posto in essere violazioni del principio di proporzionalità.

4. Tornata però la questione dinanzi alla Corte di Karlsruhe, quest'ultima, che pure aveva sollecitato il "dialogo", non ha seguito l'avviso della Corte di Lussemburgo ed ha (in parte) accolto i ricorsi¹⁰ con la sentenza del 5 maggio 2020, dopo un'istruttoria che ha visto protagonisti, in una apposita udienza, alcuni tra i maggiori esperti finanziari tedeschi.

⁶ Disponibile in inglese sul sito della Corte https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20200505_2bvr085915en.html e che sarà riportata in stralci nelle note, in formato corsivo.

⁷ Si vedano i commenti di D. U. GALETTA, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronunzia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *Federalismi.it*; B. CARAVITA, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *Federalismi.it*; J. ZILLER, *L'insopportabile pesantezza della Corte costituzionale tedesca. Sulla sentenza della Seconda Sezione della Corte costituzionale federale tedesca del 5 maggio 2020 relativa al programma PSPP della Banca centrale europea*, in AISDUE, 2020 (<https://www.aisdue.eu/>).

⁸ Decisione (EU) 2015/774 come modificata dalle Decisioni (EU) 2015/2101, (EU) 2015/2464, (EU) 2016/702 e (EU) 2017/100.

⁹ Ta i principi fondamentali della Costituzione tedesca (art. 20 GG) si annovera il seguente: lo Stato tutela, "assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future", i fondamenti naturali della vita mediante l'esercizio del potere legislativo, nel quadro dell'ordinamento costituzionale, e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto.

¹⁰ Con sette voti su otto.



5. La Corte di Karlsruhe, criticando persino lo stile redazionale¹¹ e l'applicazione operata in concreto del principio di proporzionalità da parte della Corte di Lussemburgo¹², ha affermato che gli atti della BCE sono stati adottati *ultra vires* al pari della stessa sentenza della Corte¹³.

Queste le conseguenze, in sintesi.

A) Sulla base della loro responsabilità per l'integrazione europea, il Governo federale e il Bundestag tedesco hanno il dovere di adottare misure attive contro il PSPP "nella sua forma attuale", rivendicando il compito di adoperarsi attivamente per il rispetto del "programma di integrazione" e per la revoca delle misure non contemplate da quest'ultimo.

B) Concretamente, ciò significa che il Governo federale e il Bundestag "sono obbligati", in virtù della loro responsabilità per il processo di integrazione, a lavorare affinché la BCE svolga un attendibile controllo di proporzionalità. A tale riguardo, il Governo federale e il Bundestag hanno anche il dovere di continuare a monitorare le decisioni dell'Eurosistema sugli acquisti di titoli di Stato nell'ambito del PSPP e di utilizzare i mezzi a loro disposizione per garantire che il SEBC (Sistema Europeo della Banche Centrali) operi in conformità al suo mandato¹⁴.

C) Gli organi costituzionali, le autorità e i tribunali tedeschi "non possono partecipare né allo sviluppo, né all'attuazione, all'esecuzione o all'operatività di atti *ultra vires*", cioè di atti adottati al di fuori dei poteri di cui dispone un organo, tale essendo, secondo la Corte, il programma della BCE¹⁵, perciò inapplicabili in Germania.

D) Pertanto, in seguito ad un periodo transitorio di un massimo di tre mesi per il coordinamento necessario all'interno dell'Eurosistema, alla Bundesbank "è vietato partecipare all'attuazione e all'esecuzione delle decisioni della BCE oggetto della presente procedura", salvo che il Consiglio direttivo della BCE non dimostri chiaramente "in una nuova decisione" che gli obiettivi di politica

¹¹ However, in this case the delimitation of competences undertaken by the CJEU is simply untenable.

¹² Su questi aspetti si rinvia al contributo di D.U. Galetta, sopra indicato in nota 7. Sullo stile redazionale, a volte opaco, della Corte di Giustizia, non si può essere del tutto in disaccordo con l'Alta Corte tedesca: non sono rari i casi in cui, dopo un rinvio pregiudiziale, la causa ritorna sul suolo nazionale senza aver dipanato i dubbi espressi dai giudici del rinvio.

¹³ This view manifestly fails to give consideration to the importance and scope of the principle of proportionality (Art. 5(1) second sentence and Art. 5(4) TEU), which also applies to the division of competences, and is no longer tenable from a methodological perspective given that it completely disregards the actual effects of the PSPP (see bb below). Therefore, the Judgment of the CJEU of 11 December 2018 manifestly exceeds the mandate conferred upon it in Art. 19(1) second sentence TEU, resulting in a structurally significant shift in the order of competences to the detriment of the Member States. To this extent, the CJEU Judgment itself constitutes an *ultra vires* act and thus has no binding effect [in Germany].

¹⁴ Significativi i richiami alle seguenti norme del GG: "art. 38(1) first sentence GG guarantees the individual the right to vote in elections to the German Bundestag. This right is not limited to the formal legitimization of (federal) state power The citizens' right to democratic self-determination also applies with regard to European integration (Integrationsverantwortung) Within the scope of application of Art. 23(1) GG, it protects against a manifest and structurally significant exceeding of competences by institutions, bodies, offices and agencies of the European Union (...). It furthermore affords protection where acts of institutions, bodies, offices and agencies of the European Union exceed the limits set by the principles enshrined in Art. 1 and Art. 20 GG, which Art. 79(3) GG declares inviolable".

¹⁵ To the extent that the Federal Constitutional Court finds an act of institutions, bodies, offices and agencies of the European Union to exceed the limits set by the European integration agenda (Integrationsprogramm) in conjunction with Art. 23(1) second sentence and Art. 20(2) first sentence GG, this *ultra vires* act does not partake in the precedence of application of EU law (Anwendungsvorrang). As a result, the *ultra vires* act is not to be applied in Germany, and has no binding effect in relation to German constitutional organs, administrative authorities and courts. These organs, courts and authorities may participate neither in the development nor in the implementation, execution or operationalisation of *ultra vires* acts (...). This generally also applies to the Bundesbank, all the more as it is called upon to advise the Federal Government in monetary policy matters pursuant to § 13(1) BBankG.



monetaria perseguiti con il PSPP non sono sproporzionati rispetto alle connesse implicazioni di politica economica e fiscale¹⁶.

III. La sentenza del Consiglio di Stato, IV sezione, n. 6290 del 24 giugno 2021 (caso depositi fiscali) ovvero del “rinvio pregiudiziale difensivo” e della tecnica dell’assorbimento della tutela cautelare nonostante la pendenza del giudizio.

1. Una Società che opera in regime di deposito fiscale di prodotti petroliferi impugna dinanzi al TAR Lazio il provvedimento di sospensione della licenza di deposito, per carenza dei requisiti previsti dall’art. 23 Testo Unico Accise.

I motivi di ricorso sono incentrati sulla violazione delle Direttive 2006/123/CE e 2008/118/CE, per illegittimità comunitaria dell’art. 23, co. 3 e 4, TUA.

2. Il Tribunale, dopo aver accordato tutela cautelare, rigettava nel merito il ricorso senza disporre il richiesto rinvio pregiudiziale alla Corte UE.

3. La sentenza del TAR veniva impugnata dinanzi al Consiglio di Stato a motivo, tra gli altri, della violazione, sotto diversi profili, operata dall’art. 23 TUA, della Direttiva servizi 2006/123/CE, della Direttiva 2008/118/CE e delle disposizioni in materia di concorrenza (artt. 101 – 106 TUE). In questa prospettiva l’appellante riproponeva in sede di impugnazione la richiesta di disapplicazione dell’art. 23, commi 3 e 4, TUA e, in via subordinata, instava perché il Collegio sottoponesse la questione d’interpretazione alla Corte di giustizia UE in osservanza dell’obbligo di rimessione pregiudiziale gravante sugli organi giurisdizionali di ultima istanza (art. 267 TFUE).

L’appello veniva corredato dalla richiesta di sospensione, in via cautelare, dell’efficacia della sentenza di primo grado. Il Consiglio di Stato accoglieva la domanda cautelare di sospensione della sentenza di primo grado al fine di mantenere *res adhuc integra* nelle more della trattazione della causa nel merito.

4. Con Sentenza pubblicata il 14 settembre 2021, n. 6290 (qualificata come «non definitiva»), il Consiglio di Stato ha rigettato alcuni motivi del ricorso di primo grado (relativi alla censura di errore di fatto, di carenza istruttoria, di vizio di motivazione, di illogicità e sviamento dell’azione amministrativa). Il Consiglio di Stato, inoltre, riconoscendo di essere obbligato, quanto ai restanti motivi di ricorso (relativi alla incompatibilità dell’art. 23 TUA con il quadro normativo espresso dalle direttive 2008/118/CE e 2006/123/CE, nonché con i principi di libera concorrenza e di libera circolazione dei servizi) ad interrogare in via pregiudiziale la Corte di giustizia, ha subordinato la decisione degli ulteriori motivi di ricorso alla pronuncia della Corte del Lussemburgo, nelle more della quale ha disposto la sospensione del processo ai sensi dell’art. 79, comma 1, c.p.a. Più in dettaglio, con i primi due quesiti si chiede alla Corte: (A) “*se la corretta interpretazione dell’art. 267 TFUE imponga al giudice nazionale, avverso le cui decisioni non possa*

¹⁶ *Following a transitional period of no more than three months allowing for the necessary coordination with the ESCB, the Bundesbank may thus no longer participate in the implementation and execution of Decision (EU) 2015/774, the amending Decisions (EU) 2015/2101, (EU) 2015/2464, (EU) 2016/702 and (EU) 2017/100, and the Decision of 12 September 2019, neither by carrying out any further purchases of bonds nor by contributing to another increase of the monthly purchase volume, unless the ECB Governing Council adopts a new decision that demonstrates in a comprehensible and substantiated manner that the monetary policy objectives pursued by the ECB are not disproportionate to the economic and fiscal policy effects resulting from the programme. On the same condition, the Bundesbank must ensure that the bonds already purchased under the PSPP and held in its portfolio are sold based on a – possibly long-term – strategy coordinated with the ESCB.*



proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, di operare il rinvio pregiudiziale su una questione di interpretazione del diritto unionale rilevante nell'ambito della controversia principale, anche qualora possa escludersi un dubbio interpretativo sul significato da attribuire alla pertinente disposizione europea - tenuto conto della terminologia e del significato propri del diritto unionale attribuibili alle parole componenti la relativa disposizione, del contesto normativo europeo in cui la stessa è inserita e degli obiettivi di tutela sottesi alla sua previsione, considerando lo stadio di evoluzione del diritto europeo al momento in cui va data applicazione alla disposizione rilevante nell'ambito del giudizio nazionale – ma non sia possibile provare in maniera circostanziata, sotto un profilo soggettivo, avuto riguardo alla condotta di altri organi giurisdizionali, che l'interpretazione fornita dal giudice precedente sia la stessa di quella suscettibile di essere data dai giudici degli altri Stati membri e dalla Corte di Giustizia ove investiti di identica questione?»; (B) “se – per salvaguardare i valori costituzionali ed europei della indipendenza del giudice e della ragionevole durata dei processi – sia possibile interpretare l'art. 267 TFUE, nel senso di escludere che il giudice supremo nazionale, che abbia preso in esame e ricusato la richiesta di rinvio pregiudiziale di interpretazione del diritto della Unione europea, sia sottoposto automaticamente, ovvero a discrezione della sola parte che propone l'azione, ad un procedimento per responsabilità civile e disciplinare”.

E solo per l'ipotesi in cui la Corte di Giustizia dovesse risolvere negativamente i precedenti quesiti, il Consiglio di Stato ha sollevato ulteriori questioni pregiudiziali attinenti al merito della controversia (sulle quali si può sorvolare).

5. Con la medesima sentenza il Consiglio di Stato ha però dichiarato “*l'assorbimento degli effetti dell'ordinanza cautelare*” nelle more accordata.

Tale capo della decisione fa assumere, *in parte qua*, natura di sentenza in effetti definitiva rispetto al provvedimento impugnato dalla parte, perché soltanto la decisione che abbia previamente dichiarato l'inesistenza della posizione giuridica tutelata può determinare la sopravvenuta caducazione della misura cautelare che era stata già concessa a garanzia di quella. Ed infatti, in ottemperanza della menzionata sentenza, l'Amministrazione resistente ha ripristinato gli effetti del provvedimento impugnato, sospendendo nuovamente e immediatamente la licenza di esercizio in regime di deposito fiscale.

Poco persuasa dei citati provvedimenti, parte ricorrente ha presentato una nuova istanza al giudice, rilevando che il Consiglio di Stato non avrebbe potuto far venir meno d'ufficio la misura cautelare nelle more del giudizio di appello ed ha proposto una nuova domanda cautelare, «previo occorrendo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia [...] per verificare se la prassi dell'assorbimento della tutela cautelare è compatibile con il diritto UE nella descritta ipotesi di sospensione del processo dinanzi al giudice nazionale».

Il Consiglio di Stato, con Ordinanza n. 5660 depositata il 15 ottobre 2021, ha affermato che la Sentenza n. 6290 pubblicata il 14 settembre 2021, nella parte in cui ha dichiarato l'assorbimento del *decisum* cautelare, ha «*inteso prendere atto del fisiologico e naturale venir meno dell'effetto interinale della tutela cautelare stante l'intervenuta pronuncia di merito, con cui la Sezione ha ritenuto infondati tutti i motivi, pur ritenendosi obbligata, quanto al primo e al terzo, a sollevare questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia*».

Il provvedimento da ultimo menzionato, nel chiarire il significato dell'espressione «assorbimento» a opera del medesimo ufficio nominalmente depositario dell'ulteriore potere di decisione all'esito della sentenza parziale, ne conferma la natura sostanzialmente definitiva nella parte in cui dichiara «*l'assorbimento degli effetti dell'ordinanza cautelare n. 1929 del 12 aprile 2021*».

6. Seguiva la richiesta del 13 dicembre 2021 della Corte di giustizia, con la quale si domandava domandato al Consiglio di Stato se permanesse l'interesse ad una decisione sulla questione rilevata con il rinvio pregiudiziale, tenuto conto dei principi ritraibili dalla sentenza della medesima Corte, grande sezione, 6 ottobre



2021, C-561/19 (Cilfit II), sopravvenuta rispetto alla decisione di rinvio pregiudiziale¹⁷.

A detta richiesta il Consiglio di Stato ha replicato alla Corte con Ordinanza n. 2545/2022, nella quale, vista anche la denuncia della società appellante nelle more presentata alla Commissione europea: i) ritiene sussistente l'interesse del Consiglio di Stato alla decisione dei quesiti pregiudiziali su tutte le questioni sottoposte dal rinvio; ii) afferma che i principi elaborati dalla Corte di giustizia, con la sentenza 6 ottobre 2021 (Cilfit II), non appaiono rispondere ai quesiti sollevati con la sentenza non definitiva n. 6290 del 2021; iii) in particolare, sostiene che le condizioni poste dalla Corte di giustizia, per escludere l'obbligo di rinvio pregiudiziale gravante sul giudice di ultima istanza ex art. 267 TFUE, risultano comunque di difficile accertamento¹⁸, lesive del principio della ragionevole durata del processo¹⁹, lesive del principio del valore della indipendenza della magistratura²⁰.

IV. L'ordinanza del TAR Lecce sulle concessioni balneari ovvero come interpretare la "direttiva Bolkestein" e il rinvio pregiudiziale con l'effetto di perpetuare lo *status quo*.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha proposto ricorso per l'annullamento di svariati atti di proroga di concessioni demaniali marittime disposte da un Comune del litorale jonico, ritenendo che detti atti integrassero violazione degli artt. 49 e 56 del TFUE e, in generale della normativa unionale rinveniente dalla direttiva Bolkestein. L'AGCM ha evidenziato l'esigenza di previo espletamento di procedure ad evidenza pubblica al fine di assicurare il rispetto dei principi di concorrenza e di libertà di stabilimento anche in ambito transfrontaliero, significando in particolare che la normativa nazionale di proroga delle concessioni di cui trattasi risulterebbe in contrasto con la direttiva 2006/123/CE, con conseguente obbligo di disapplicazione da parte di tutti gli organi dello Stato, sia giurisdizionali che amministrativi²¹.

¹⁷ Come si è rilevato prima (in nota) con la sentenza Cilfit II la Corte ha ulteriormente innovato la propria precedente giurisprudenza e rilevato che: i) l'obbligo del rinvio non sussiste in presenza di una giurisprudenza della CGUE riguardante la questione prospettata e che, per escludere l'obbligo del rinvio, può considerarsi non solo il "precedente" riguardante un caso identico, ma anche una o più pronunce relative a "situazioni analoghe" a quella oggetto del giudizio nazionale; ii) il giudice nazionale dovrebbe verificare l'atteggiamento (reale o presumibile) degli altri interpreti nei diversi Stati dell'Unione, anche alla luce delle plurime versioni linguistiche delle norme comunitarie; iii) la motivazione con cui il giudice di ultima istanza stabilisce di non effettuare il rinvio e decide di interpretare direttamente il diritto UE deve essere particolarmente chiara stringente. Sulla Cilfit II si veda M. LIPARI, *L'obbligo di rinvio pregiudiziale alla CGUE, dopo la sentenza 6 ottobre 2021, c-561/2019: i criteri cilfit e le preclusioni processuali*, 14 dicembre 2021, in Giustamm,

¹⁸ "Nella parte in cui fanno riferimento alla necessità che il giudice procedente, certo dell'interpretazione e dell'applicazione da dare al diritto dell'U.E., rilevante per la soluzione della controversia nazionale, provi in maniera circostanziata che la medesima evidenza si imponga anche presso i giudici degli altri Stati membri e la Corte".

¹⁹ "In quanto il giudice supremo nazionale italiano è costretto a disporre un rinvio pregiudiziale, allungando di molto i tempi di risoluzione della controversia, per prevenire, in assenza di qualsivoglia filtro preventivo, la proposizione dell'azione di risarcimento del danno ai sensi della norma sancita dall'art. 2, comma 3-bis, legge n. 117/1988, nonché la ragionevole certezza del coinvolgimento in un accertamento disciplinare, ai sensi della norma sancita dall'art. 9, comma 1, legge n. 117/1988 (pure dopo le precisazioni operate dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 169 del 2021)".

²⁰ "Elemento costitutivo della declamata rule of law (art. 101, comma 2, Cost.; art. 47, comma 2, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; art. 6, comma 1, C.e.d.u.) in quanto, pure in presenza di una attività esecutiva motivatamente svolta dal giudice nazionale (come nel caso di specie), quest'ultimo può essere attinto dalla minaccia della sanzione risarcitoria e disciplinare per gli esiti (non graditi) della interpretazione".

²¹ Si veda sul caso C. BURELLI, *Un nuovo (discutibile) capitolo della saga "concessioni balneari": il TAR Lecce investe la Corte di giustizia di un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE*, 30 maggio 2022 in <https://www.aisdue.eu/wp-content/uploads/2022/05/Burelli-BlogDUE->



I giudici salentini, che ben avrebbero potuto risolvere la questione alla luce dei numerosi ed univoci precedenti sia del Consiglio di Stato (sezioni semplici e Adunanza Plenaria) sia della stessa Corte di Giustizia²², hanno predisposto un atto di rinvio pregiudiziale alla Corte UE sulla scorta essenzialmente dei propri precedenti²³. La linea guida del ragionamento che porta a Lussemburgo parte dalla “gerarchia delle fonti” e si fonda sulla affermazione per cui “*il sistema di integrazione e di omogeneizzazione degli Stati nel contesto dell’Unione europea è in una fase intermedia e probabilmente di transizione, caratterizzata spesso da incertezze e da latenti conflittualità tra ordinamento unionale e ordinamenti nazionali*”. Esempio di tale conflittualità sarebbe proprio la direttiva (Bolkestein), atto-fonte “non immediatamente e direttamente applicabile nello Stato interno” che si colloca (...) “in posizione sotto-ordinata rispetto alla legge nazionale”. Diversamente, la direttiva self-executing “pur avendo natura e forza di legge ordinaria, si colloca (...) al di sopra della legge nazionale, in quanto norma rafforzata (...)”. Dubitando però della auto-esecutività della Direttiva Bolkestein (specie *sub* art. 12), il TAR ripudia esplicitamente la diversa statuizione espressa sul punto nelle citate sentenze gemelle del C.d.S. Ad. Plen. 17 e 18 del 2021, nelle quali si afferma invece il carattere auto-esecutivo della direttiva con la seguente motivazione: “perché tale carattere è stato espressamente riconosciuto dalla Corte di Giustizia nella sentenza Promoimpresa (C-174/06) giurisprudenza nazionale che ad essa ha fatto seguito”. Formulando più di una critica alla complessiva interpretazione offerta dall’Adunanza Plenaria alla Direttiva Bolkestein (ritenuta di “armonizzazione” e non di “liberalizzazione”), il TAR dubita anche della ampiezza del potere di disapplicazione della norma interna.

L’effetto di tale ragionamento induce il Collegio a ritenere sussistente nel caso concreto un conflitto con la norma unionale non immediatamente applicabile (la Direttiva) e insussistente il ricorso all’interpretazione conforme. Con la conseguenza che la disapplicazione della norma di legge nazionale (l’unica applicabile) “non è consentita al giudice nazionale (e, a maggior ragione, al funzionario della pubblica amministrazione)”. Nel caso di specie, infatti, la legge nazionale di proroga delle concessioni – non più disapplicabile – risulta chiara ed inequivoca nel suo dato letterale (*in claris non fit interpretatio*), mentre – sotto altro profilo – l’effetto di mera disapplicazione determinerebbe semplicemente un vuoto normativo, tale da impedire il ricorso all’interpretazione conforme proprio in ragione dell’assenza di una specifica normativa di riferimento. La qualificazione della certezza del diritto come limite ostativo all’interpretazione conforme comporta per ulteriore conseguenza, secondo il TAR, l’applicazione della legge nazionale, con conseguente negazione in tal caso dell’effetto di mera esclusione.

In siffatto contesto “*lo stato di caos e di assoluta incertezza del diritto, connesso all’effetto di esclusione o disapplicazione meramente ostativa, risulta devastante e non necessita di ulteriore argomentare*”. La direzione a questo punto diventa scontata: a parere del Collegio salentino “*appare a questo punto necessario e rilevante ai fini del decidere disporre il rinvio in via pregiudiziale al fine di ottenere l’interpretazione autentica del diritto U.E. e, nella specie, della direttiva 2006/123, con effetto vincolante, nonché una preliminare valutazione circa la validità o meno della Direttiva in questione*”.

[1.pdf](#); e già della stessa A. *Le concessioni turistico-ricreative tra vincoli “comunitari” e normativa italiana: criticità e prospettive, in Il diritto dell’Unione europea*, 2021, p. 247 ss.

²² La conclusione raggiunta dalla Corte di giustizia nella nota sentenza Promoimpresa del 14 luglio 2016 era stata già recepita “da una copiosa giurisprudenza nazionale”, per usare le parole della A.P. nelle sentenze nn. 17 e 18 del 2021, e ciò in un senso ben preciso: la incompatibilità comunitaria delle proroghe per violazione dell’art. 12 della direttiva 2006/123. Conclusione, quest’ultima, già anticipata da numerose sentenze del Consiglio di Stato (Sez. VI, n. 168 del 2005), ha trovato piena adesione nella giurisprudenza interna successiva (Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2019 n. 1368: “la proroga legale delle concessioni demaniali in assenza di gara non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento”. V. anche, ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2018 n. 3600; Sez. VI, 10 luglio 2017 n. 3377, 13 aprile 2017 n. 1763 e, n. 7874/2019).

²³ T.A.R. Puglia -Sezione di Lecce n. 71/2021 quanto alla natura non auto-esecutiva della direttiva 2006/123 e quanto alla nozione di “disapplicazione”.



V. Tutela degli interessi di parte e della legalità ovvero come è stato utilizzato il rinvio pregiudiziale nei tre casi esaminati.

1. I casi esaminati sono tutti diversi o sono accomunati dall'essere espressione di un intervento ortopedico di natura politico-ideologica?

Sotto questo specifico angolo visuale la risposta non è univoca ma, alla luce di quanto sopra rilevato, le differenze tra i casi esaminati sono evidenti.

2. La questione sottoposta alla Corte di Karlsruhe è tutta interna al sistema dei controlli della Corte stessa sugli organi federali e concerne il continuo processo di integrazione comunitaria. Una integrazione rispetto alla quale, per una scelta che risale ad una sentenza della stessa Corte di Karlsruhe adottata anni addietro (il famoso “bavaglio tedesco” messo all’Unione, denunciato a suo tempo²⁴), la Germania si è sempre riservata, fin dall’inizio, una “contro-verifica” sulla compatibilità del suo sistema con quello europeo²⁵.

Più che una invasione di campo rispetto alle competenze della Corte di Giustizia dell’Unione, si assiste ad un energico - ma non del tutto inedito - confronto tra Corti nazionali e Corti europee. Ricordano, i giudici tedeschi, che la Corte di Lussemburgo ha sì l’ultima parola sul diritto europeo, ma non può mai discostarsi dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (artt. 6, 19 e 340 Trattato) né può mai discostarsi completamente dagli orientamenti dei Tribunali costituzionali dei singoli Stati.

Lo scostamento si è registrato nel caso concreto quando la Corte di Lussemburgo ha valutato, senza verificarne pienamente gli effetti sul bilancio federale²⁶, il Programma della BCE che, a sua volta, è stato adottato, secondo la Corte di Karlsruhe, in elusione del principio di proporzionalità perché non ha considerato gli effetti di politica del piano di acquisto lanciato con Programma sul sistema bancario interno e sugli oneri potenzialmente derivanti per gli Stati²⁷. In tal modo, cioè non valutando in modo approfondito il Programma della BCE, di fatto la Corte di Lussemburgo ha permesso sia alla BCE sia al

²⁴ Come ricorda G. NAPOLITANO, *Siam pronti alla Corte*, sul *Foglio*, 9 maggio 2020.

²⁵ Secondo un altro principio della stessa Costituzione, l'appartenenza all'Unione europea deve garantire ai cittadini tedeschi “una tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente paragonabile” a quella della Costituzione tedesca (art. 23 GG).

²⁶ *Even though certain details of the CJEU's arguments raise considerable concerns, the interpretation of Art. 123 TFEU undertaken by the CJEU can still be considered tenable from a methodological perspective. On this basis, the ECB decisions at issue cannot be found to violate the prohibition of monetary financing (see 3 below). It essentially follows from the replies of the CJEU, especially in consideration of the fifth question referred for a preliminary ruling, that the PSPP does not pose a risk to the overall budgetary responsibility of the Bundestag.*

²⁷ Sentenza, capi 65 e ss.. Alla Corte di Karlsruhe non è tuttora chiaro un punto essenziale. Se il regime di condivisione del rischio per gli acquisti di obbligazioni nell'ambito del Programma di acquisto del settore pubblico fosse soggetto a modifiche (retroattive), ciò inciderebbe sui limiti di responsabilità di bilancio stabiliti dal Parlamento tedesco e risulterebbe incompatibile con l'Articolo 79(3) della Legge fondamentale tedesca. Si tratterebbe in sostanza di un'assunzione di responsabilità per decisioni prese da terzi, con conseguenze potenzialmente imprevedibili, inammissibile per la Legge fondamentale tedesca. Si chiede così al Governo federale tedesco e al Parlamento (Bundestag) di adottare misure volte a garantire che la Banca centrale europea, cui la Germania contribuisce in modo proporzionalmente superiore a tutti gli altri Paesi europei, tramite la Bundesbank, porti avanti una valutazione di proporzionalità del Programma di acquisto del settore pubblico. Governo federale e Parlamento tedesco dovranno comunicare il loro punto di vista giuridico alla Banca centrale europea o adottare altre misure per garantire il ripristino della conformità ai trattati. Diversamente, gli organi costituzionali, gli organi amministrativi e i tribunali tedeschi non potranno partecipare allo sviluppo, all'attuazione, esecuzione o ratifica di atti *ultra vires*, cioè del programma di acquisto, e ciò vale anche per la Bundesbank.



SEBC di dilatare le proprie competenze²⁸, che in base al Trattato²⁹ devono restare confinate nella politica monetaria e che, invece, nel caso concreto, sono state estese sino all'esercizio di politica economica di stretta osservanza degli Stati³⁰ e dei rispettivi organi costituzionali³¹ democraticamente eletti³².

Proprio in vista della tutela dei diritti fondamentali delle future generazioni (di tutti i Paesi), che la Costituzione tedesca protegge da iniziative politiche e decisioni amministrative di segno contrario³³, la Corte di Karlsruhe chiede un nuovo pronunciamento alla BCE, ritenendo priva di motivazione la precedente assolutoria sentenza della Corte di Lussemburgo³⁴, che non ha a sua volta spiegato bene dove finisce la politica monetaria (di competenza della BCE) e dove inizia la politica economica (di competenza degli Stati)³⁵ ed anzi offrendo sul punto un quadro confuso³⁶ nonostante ogni evidenza contraria³⁷.

²⁸ Del resto, la sentenza della Corte di Giustizia dell'11 dicembre 2018 si trincerava troppe volte dietro l'inesistenza di un rilevato "manifesto errore di valutazione" della BCE, riconoscendole amplissima discrezionalità. Si vedano ad esempio i capi 89 e ss. della motivazione.

²⁹ *Exceeding of the competences assigned to the ECB in Art. 119, Art. 127 et seq. TFEU and Art. 17 et seq. ESCB Statute.*

³⁰ *Art. 38(1) first sentence, Art. 20(1) and (2) and Art. 79(3) GG protect, in particular, the budgetary powers of the German Bundestag (...) and its overall budgetary responsibility as indispensable elements of the constitutional principle of democracy (...). It is for the German Bundestag, as the organ directly accountable to the people, to take all essential decisions on revenue and expenditure; this prerogative forms part of the core of Art. 20(1) and (2) GG, which is beyond the reach of constitutional amendment (...). It falls to the Bundestag to determine the overall financial burden imposed on citizens and to decide on essential expenditure of the state (...). Thus, a transfer of sovereign powers violates the principle of democracy at least in cases where the type and level of public spending are, to a significant extent, determined at the supranational level, depriving the Bundestag of its decision-making prerogative (...).*

³¹ *Art. 23(1) first and third sentence GG affirms that the right to democratic self-determination enshrined in Art. 38(1) first sentence in conjunction with Art. 20(1) and (2) and Art. 79(3) GG applies, in principle, also with regard to European integration (Integrationsverantwortung). The democratic legitimation by the people of public authority exercised in Germany belongs to the essential contents of the principle of the sovereignty of the people and thus forms part of the Basic Law's constitutional identity protected in Art. 79(3) GG; it is therefore beyond the reach of European integration in accordance with Art. 23(1) third sentence in conjunction with Art. 79(3) GG (...). It follows that the Basic Law does not authorise German state organs to transfer sovereign powers to the European Union in such a way that the European Union were authorised, in the independent exercise of its powers, to create new competences for itself. The manner and scope of the transfer of sovereign powers must satisfy democratic principles. The substantive leeway to design afforded the Bundestag – especially in the form of its budgetary powers – must be preserved.*

³² *The right to vote in elections to the German Bundestag, guaranteed as an individual right in Art. 38(1) GG, is not limited to the formal legitimation of (federal) state power but also protects the basic democratic contents of the right to vote (...). These contents include the principle of the sovereignty of the people enshrined in Art. 20(2) first sentence GG as well as the corresponding right of citizens to be subjected only to such public authority as they can legitimate and influence (...). This prohibits subjecting citizens to a political authority they cannot escape and in regard of which they cannot in principle influence, on free and equal terms, decisions on the persons in power and on substantive issues.*

³³ *Where acts of institutions, bodies, offices and agencies of the European Union give rise to effects that bear on Germany's constitutional identity enshrined in Art. 1 and Art. 20 GG, they exceed the limits of open statehood set by the Basic Law (...). This concerns the protection of the human dignity core enshrined in fundamental rights under Art. 1 GG (cf. BVerfGE 140, 317 <341 para. 48>) as well as the basic tenets that inform the principles of democracy, the rule of law, the social state and the federal state within the meaning of Art. 20 GG. With a view to the principle of democracy enshrined in Art. 20(1) and (2) GG, it must inter alia be ensured that the German Bundestag retain for itself functions and powers of substantial political significance (...) and that it remain capable of exercising its overall budgetary responsibility.*

³⁴ *The differing view of the CJEU set out in its Judgment of 11 December 2018 does not merit a different conclusion, given that on this point, the judgment is simply not comprehensible so that, to this extent, the judgment was rendered ultra vires.*

³⁵ *The CJEU's approach to disregard the actual effects of the PSPP for the purposes of assessing the measure's proportionality (...) and to refrain from conducting an overall assessment and appraisal in this regard (...) does not satisfy the requirements of a comprehensible review as to whether the ESCB and the ECB observe the limits of their monetary policy mandate. Applied in this manner, the principle of proportionality cannot fulfil its corrective function for the purposes of safeguarding the competences of the Member States, as provided for in Art. 5(1) second sentence and Art. 5(4) TEU. The interpretation undertaken by the CJEU essentially renders meaningless the principle of conferral set out in Art. 5(1) first sentence and Art. 5(2) TEU.*

³⁶ *It further states that if the purchasing of government bonds by the ESCB essentially amounted to granting financial assistance to Member States, it would qualify as an economic policy measure for which the EU has no competence.*

³⁷ *Despite the overlap between economic policy and monetary policy, the CJEU regards as irrelevant the indications that argue against the classification of the programme as a monetary policy measure and, from the outset, refrains from conducting an overall assessment and appraisal for the purposes of distinguishing between those two policy areas (...); as a result, the CJEU does not conduct an effective review as to whether the ECB exceeds its competences. It is true that the ECB is afforded a margin of appreciation as regards the assessment and appraisal of the consequences of its actions and the weighing of such consequences in relation to the objectives pursued by the asset purchase programme. However, from a methodological perspective, it is not tenable that*



3. Nel caso dei giudici italiani relativo ai depositi fiscali la questione è più sottile e non si può escludere una valenza polemica nelle decisioni del Consiglio di Stato, al di là della correttezza o opinabilità tecnico-giuridica delle relative motivazioni.

Ora, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 6290/2021, ha riconosciuto che la questione interpretativa rimessa alla Corte di Lussemburgo è pertinente e che essa non ha ancora costituito oggetto di una pregressa pronuncia della Corte di giustizia. Inoltre, ha dichiarato di non poter fare applicazione della teoria dell'atto chiaro, posta la difficoltà di dimostrare che la soluzione della *quaestio iuris* in astratto ritenuta percorribile possa imporsi con la stessa evidenza anche alla Corte di giustizia, nonché ai giudici degli altri Stati membri.

In sintesi, l'organo di giustizia amministrativa ha riconosciuto nella fattispecie di non potersi astenere dal sottoporre la questione interpretativa alla Corte di Lussemburgo e che, di conseguenza, permangono poteri decisorii non esauriti, il cui esercizio rimane inibito fino alla futura pronuncia esegetica della Corte di giustizia.

Tuttavia, la riconosciuta giurisdizione della Corte di giustizia sulle *questiones iuris* oggetto del giudizio principale non ha impedito al Consiglio di Stato di ritenere l'infondatezza di tutti i motivi di impugnazione, anche di quelli per i quali la parte ricorrente aveva prospettato plurimi profili di incompatibilità, con la normativa eurounitaria, della legislazione nazionale che fissa le condizioni per la gestione in regime di deposito fiscale di prodotti energetici.

Basti osservare, in proposito, che il Collegio solleva dubbi sulla fondatezza delle censure di (in)compatibilità eurounitaria della normativa interna (cfr. punti 11 ss. della Sentenza) mentre dichiara di essere «costretto al rinvio pregiudiziale» (punto 14.10) e nonostante escluda possa dirsi «dubbia la soluzione da fornire alla questione pregiudiziale unionale» (punto 14.13).

Ancor più nitida, in questa prospettiva, è la successiva Ordinanza n. 5660/2021, dove si chiarisce che «*in relazione alla formale istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia [...] è stata valutata la manifesta infondatezza della questione, il suo carattere astratto in relazione al caso concreto, lo stato di soggezione del giudice a quo rispetto ad una tale richiesta, accompagnata dalla prospettazione di conseguenze sul piano civile e disciplinare in caso di rifiuto*» (punto c3). Inoltre, al fine di far luce sulla sorte della misura cautelare, si afferma che «*la Sezione ha ritenuto infondati tutti i motivi, pur ritenendosi obbligata, quanto al primo e al terzo, a sollevare questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, alla luce dell'attuale giurisprudenza della Corte stessa*» (lett. h).

Appare evidente, allora, che il Consiglio di Stato ha sovrapposto la propria risoluzione a quella riservata alla Corte di giustizia, appropriandosi di una capacità di giudizio che l'ordinamento eurounitario attribuisce esclusivamente a quest'ultima. Ed è irrilevante, in proposito, che le valutazioni risultino compiute (almeno in parte) nell'ambito di una pronuncia il cui contenuto dispositivo si mantiene nei canoni nominali dell'art. 267 TFUE, giacché la soluzione delle questioni di interpretazione risulta soltanto formalmente rimessa alla Corte di giustizia.

A quest'ultimo proposito vale la pena di mettere in luce che la potestà giurisdizionale del giudice nazionale deve essere rigorosamente mantenuta sul piano della veridica quanto reale sussistenza (o meno) di un dubbio ermeneutico idoneo a far sorgere l'obbligo del rinvio pregiudiziale, ossia di un'autentica questione di interpretazione nel senso sopra visto.



Risolta positivamente tale preliminare verifica, il giudice nazionale deve dismettere la risoluzione della questione in favore della Corte di giustizia UE, mantenendosi ogni successiva capacità giurisdizionale entro il limite dato dalla possibilità di «concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario»³⁸.

Dunque, il Giudice di ultima istanza deve astenersi da qualunque decisione che comporti una indebita anticipazione o sostituzione del *decisum* della Corte lussemburghese, risultando altrimenti pregiudicata la portata precettiva della successiva pronuncia esegetica³⁹.

Ove ciò si consideri, sembra agevole constatare che il Consiglio di Stato sembra aver travalicato nella sfera di attribuzioni spettante alla Corte di giustizia, giacché la questione di interpretazione figura sostanzialmente già risolta in senso negativo per la parte privata.

La portata della decisione (come prova anche la successiva Ordinanza n. 5660/2021) esclude l'effettiva utilità per la parte ricorrente della operata rimessione pregiudiziale, a fronte di un potere decisorio che risulta di fatto interamente esercitato fino a riuscire esaurito. Del resto, è solo in questa prospettiva che si realizza pure la decisione definitiva sulla inefficacia sopravvenuta della misura cautelare.

In breve, pur con il dovuto rispetto, prevale la sensazione che l'organo di giustizia amministrativa di ultima istanza abbia forzato il meccanismo del rinvio pregiudiziale, utilizzandolo non già per risolvere genuinamente ragionevoli dubbi in ordine alla compatibilità della norma interna con quella sovranazionale, ma solo per prevenire il rischio della «minaccia della sanzione risarcitoria e disciplinare per gli esiti (non graditi) dell'interpretazione» (punto 14.13 della sentenza). E non appare errato osservare che siffatto approccio, oltre a porsi in contrasto con le esigenze di effettiva applicazione della normativa eurounitaria, collide con i principi di leale cooperazione e di reciproca fiducia che ispirano i rapporti tra organi giurisdizionali degli Stati membri e la Corte di giustizia⁴⁰.

Se per i giudici di Palazzo Spada è pacifico che i ricorsi sono infondati e che la normativa nazionale è conforme a quella comunitaria, quale è il fine del rinvio pregiudiziale alla Corte? La risposta sembra ricavarsi dal quesito “B) *se – per salvaguardare i valori costituzionali ed europei della indipendenza del giudice e della ragionevole durata dei processi – sia possibile interpretare l'art. 267 TFUE, nel senso di escludere che il giudice supremo nazionale, che abbia preso in esame e ricusato la richiesta di rinvio pregiudiziale di interpretazione del diritto della Unione europea, sia sottoposto automaticamente, ovvero a discrezione della sola parte che propone l'azione, ad un procedimento per responsabilità civile e disciplinare.*” Ma il rinvio pregiudiziale non è stato ideato per dirimere contrasti irrisolti tra le giurisdizioni nazionali. Allo stesso tempo, l'interpretazione del meccanismo in chiave difensiva del giudice dimentica che il processo amministrativo è stato creato per tutelare i cittadini (e le imprese) dall'azione amministrativa, non il contrario. E la parte privata, in questo caso, attende ancora la decisione, con i relativi costi e la relativa incertezza giuridica e si chiede, magari, come sia possibile che un giudice di ultima istanza che sembra aver già maturato una decisione sulla questione, senta il bisogno di un parere ulteriore non per mutare indirizzo ma per stabilire un confine tra le giurisdizioni e per tutelare altri valori. La conferma si ricava altresì dalla Ordinanza n. 2545/2022, resa successivamente alla sentenza Cilfit II

³⁸ Corte di giustizia, sentenza 19 giugno 1990, causa C-213-89, Factortame; sentenza 9 novembre 1995, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH, dove si riconosce al giudice nazionale, in attesa della pronuncia pregiudiziale, il potere di concedere provvedimenti provvisori che disciplinano o modificano i rapporti giuridici controversi.

³⁹ Cfr., per considerazioni analoghe, Corte di giustizia, sentenza 5 ottobre 2010, causa C-173/09, Georgi Ivanov Elchinov.

⁴⁰ Cfr. E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia*, cit., p. 74 ss. secondo cui, anzi, la Corte di Giustizia non avrebbe a disposizione strumenti processuali per reagire alle fattispecie in cui il giudice nazionale abbia effettuato il rinvio pregiudiziale interpretativo senza avere prima constatato la sussistenza di tutti i presupposti processuali positivi e la carenza di quelli negativi.



(ritenuta poco chiara e lesiva dei principi costituzionali dell'indipendenza della magistratura) che mantiene fermo il rinvio per evidenti ragioni "di sistema".

4. Diverso nella forma e nella sostanza, rispetto al caso da ultimo tratteggiato, è il substrato dei giudici del TAR Puglia sul caso delle concessioni balneari.

Il T.A.R. non si accontenta delle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (nn. 17 e 18 del 2021), che sembravano aver veramente detto tutto sul tema in oggetto, ribadendo l'obbligo di messa a gara delle reiterate concessioni entro un termine ragionevole. Con ordinanza n. 743/2022, pubblicata in data 11.05.2022, il giudice salentino ha sollevato una nuova questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea in merito alla validità ed all'ambito di applicazione della Direttiva Servizi.

Segnatamente, il TAR Lecce ha rivolto alla Corte europea nove quesiti, che somigliano però a quelli sollevati nel noto caso *Promoimpresa*⁴¹ e già risolti sul piano della corretta interpretazione del diritto europeo.

In disparte la circostanza che il precedente della Plenaria, per ragioni di certezza del diritto (quella certezza che il TAR per altro verso lamenta), dovrebbe assumere i tratti della vincolatività sulla questione di diritto e che la "ribellione" del giudice di grado inferiore dovrebbe essere sempre l'eccezione alla regola⁴², appare evidente dalla motivazione l'intervento ortopedico del giudice in funzione di tutore non della legalità eurounitaria ma dei singoli dirigenti comunali, la cui protezione si imporrebbe in ragione di un asserito "*stato di caos e di assoluta incertezza del diritto, con gravi ricadute negative sull'economia dell'intero settore, un settore strategico per l'economia nazionale*". Così, ad esempio, afferma il TAR, alcuni Comuni "*hanno applicato la legge nazionale e concesso la proroga fino al 31 dicembre 2033, altri hanno espresso diniego disapplicando la norma nazionale (senza tuttavia applicare quella unionale), altri ancora, dopo aver accordato la proroga, ne hanno disposto l'annullamento in autotutela, altri infine sono rimasti semplicemente inerti rispetto alle istanze di proroga avanzate dai concessionari*". Queste considerazioni, che ben si potrebbero rinvenire in passaggi di interventi dei lavori parlamentari, confondono all'evidenza tra lo stato di confusione soggettiva (*alias*, ignoranza del diritto comunitario) in cui verserebbero taluni dirigenti comunali e la gerarchia delle fonti del diritto comunitario, che non fa sorgere dubbi in merito a quale debba essere la normativa applicabile (oltre tutto, scolpita da ben due sentenze della Plenaria). Un caos (se proprio vogliamo definirlo così) che sembra colpire lo stesso giudice che, pur di chiudere il cerchio, sostiene che "*le sentenze della Corte di Giustizia, pur se non sussumibili tra le fonti del diritto in senso tecnico, costituiscono fonti di integrazione del diritto unionale*". Laddove, come sappiamo, almeno a far data dalle decisioni della Corte Costituzionale nn. 168/1981 e 170/1984, è pacifico che le sentenze della Corte di Giustizia hanno efficacia vincolante, diretta e prevalente sull'ordinamento nazionale⁴³. Ed è altrettanto pacifico l'obbligo, per le amministrazioni e i giudici nazionali, di applicare pienamente le sentenze della Corte di Giustizia, quale diritto dell'Unione, nell'ambito della loro sfera di competenza, disapplicando qualsiasi contraria disposizione del diritto nazionale, sia essa precedente o successiva alla norma dell'Unione (supremazia del diritto dell'Unione sul diritto nazionale)⁴⁴. Pure pacifica era la

⁴¹ Si ricorda che la normativa nazionale era stata già ritenuta non compatibile con l'ordinamento dell'Unione Europea dalla Corte di Giustizia (decisione 14 luglio 2016 pronunciata sulla causa C-458/14, c.d. *Promoimpresa*).

⁴² Articolo 99, comma terzo, c.p.a. Se vuoi, cfr. G. PESCE, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ed il vincolo del precedente*, Napoli, 2012.

⁴³ Come è stato efficacemente ricordato, la Corte di giustizia è chiamata a svolgere ai sensi dell'art. 267 Tfeue un potere normativo, a rendere un atto che prende poi «autorità» di cosa interpretata: F., AULETTA, *Ammissibilità del ricorso per «motivi attinenti alla giurisdizione» ed effetti della decisione della Corte di cassazione sulla questione pregiudiziale del giudice speciale «tenuto» al rinvio alla Corte di giustizia*, in *Foro it.* n. 3/2021.

⁴⁴ Si rinvia alla sentenza *Van Gend & Loos* nel 1963, nella quale la Corte ha introdotto il principio dell'effetto diretto del diritto comunitario negli Stati membri; alla sentenza del 1964, *Costa*, nella quale la Corte ha stabilito la supremazia del diritto comunitario



soluzione relativa al se l'obbligo di disapplicazione per contrasto con una direttiva “self-executing” possa e debba coinvolgere anche l'attività delle amministrazioni oltre a quella giurisdizionale⁴⁵.

Eppure, il primo quesito della Corte riguarda la validità della Direttiva 2006/123 in quanto “adottata a maggioranza e non all'unanimità” (come prevederebbe l'art. 115 TFUE per le direttive di armonizzazione): tema in verità già chiarito dalla citata Plenaria nel senso che “L'obiettivo della direttiva non era (e non è) quello di “armonizzare” le discipline nazionali che prevedono ostacoli alla libera circolazione, ma, appunto, di eliminare tali ostacoli (attraverso lo smantellamento, più che l'armonizzazione, delle leggi nazionali che ad essi forniscono una copertura normativa), al fine di realizzare un'effettiva concorrenza fra i prestatori dei servizi, restando fermo che il risultato finale di ogni direttiva (anche se di liberalizzazione) implica un'armonizzazione normativa, che, però, non è l'obiettivo primario della direttiva 2006/123 e non può costituirne, pertanto, la base giuridica legittimante, come sostenuto da chi, invece, invoca la necessità di applicare la regola dell'unanimità in seno al Consiglio”.

Il secondo quesito verte sulla natura della direttiva 2006/123 c.d. Bolkestein: si chiede se essa presenti o meno oggettivamente ed astrattamente i requisiti minimi di sufficiente dettaglio della normativa e di conseguente assenza di spazi discrezionali per il legislatore nazionale tali da potersi ritenere la stessa auto-esecutiva e immediatamente applicabile. Eppure, già la Corte di giustizia, con la sentenza *Promoimpresa* del 2016, si è espressa chiaramente, demandando al giudice nazionale solo il compito di accertare il requisito della scarsità della risorsa naturale, anche se le conclusioni della Corte europea sono state lungamente dibattute in dottrina e sono giunte dinanzi alla Plenaria, secondo cui “Il livello di dettaglio che una direttiva deve possedere per potersi considerare self-executing dipende, invero, dal risultato che essa persegue e dal tipo di prescrizione che è necessaria per realizzare tale risultato. Da questo punto di vista, l'art. 12 della direttiva persegue l'obiettivo di aprire il mercato delle attività economiche il cui esercizio richiede l'utilizzo di risorse naturali scarse, sostituendo, ad un sistema in cui tali risorse vengono assegnate in maniera automatica e generalizzata a chi è già titolare di antiche concessioni, un regime di evidenza pubblica che assicuri la par condicio fra i soggetti potenzialmente interessati”.

I quesiti di cui ai nn. 5 e 7, poi, sembrano insistere (opportunamente?) nel rivendicare competenze delle amministrazioni territoriali comunali e quasi che il cuore del problema fosse quello delle competenze dei funzionari e non della concorrenza del settore: 5) *Se la qualificazione di una direttiva come auto-esecutiva o meno (...) possa o debba ritenersi di esclusiva competenza del giudice nazionale ovvero anche del singolo funzionario o dirigente di un comune;* 7) *Se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e dallo stesso art. 49 TFUE una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito dell'interesse transfrontaliero certo riferito tout-court all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla*

sulla legislazione nazionale; alla sentenza *Francovich* del 1991, nella quale la Corte ha elaborato il concetto di responsabilità di uno Stato membro nei confronti dei singoli per i danni che siano stati loro causati dalla violazione del diritto comunitario da parte dello Stato in questione.

⁴⁵ Si veda R. MASTROIANNI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in *rivista.eurojus.it*, Fascicolo n. 1 – 2022, che ricorda i precedenti: per il Tar Sicilia nella sentenza del 15 febbraio 2021, n. 504, secondo un principio consolidato in giurisprudenza, la disapplicazione (“*rectius*”, non applicazione) della norma nazionale confliggente con il diritto europeo deve intervenire a maggior ragione se tale contrasto è stato accertato dalla Corte di Giustizia e costituisca un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per l'apparato amministrativo e per i suoi funzionari, qualora tale apparato sia chiamato ad applicare la norma interna contrastante con il diritto europeo (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2006 n. 3072, nonché Corte Costituzionale in data 21 aprile 1989 n. 232, e in sede europea, Corte di Giustizia, 22 giugno 1989, in causa C- 103/88 F.C., nonché Corte di Giustizia, 24 maggio 2012, in causa C-97/11 Amia); in presenza di un contrasto tra la norma primaria nazionale o regionale e i principi del diritto europeo, è fatto obbligo al funzionario che adotta il provvedimento sulla base della norma nazionale (o regionale) di non applicarla (in contrasto con la norma europea di riferimento), salvo valutare la possibilità di trarre dall'ordinamento sovranazionale una disposizione con efficacia diretta idonea a porre la disciplina della fattispecie concreta (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2018 n. 1342).



competenza comunale.”. Eppure, quanto al quesito 5), la domanda alla Corte appare del tutto superflua perché la materia è stata già trattata (quanto alla efficacia delle direttive); quanto invece al quesito 7), la coerenza dei fini di una direttiva non può essere “ristretta” a seconda dei Comuni in cui la stessa deve applicarsi e delle relative fasce territoriali di competenza.

Per completezza, anche dagli altri quesiti traspare il fine ultimo del giudice del rinvio: rinviare la decisione per approfondimenti. Con l'effetto (poco conta se desiderato o meno) di perpetuare lo *status quo* attraverso un utilizzo (strumentale?) del rinvio pregiudiziale⁴⁶. Sintomo di tale strumentalità del mezzo al fine è, peraltro, insita in un *obiter* della ordinanza: l'asserita valenza (solo) generale dell'art. 49 del TFUE, ritenuto però inidoneo ad integrare eventuali lacune. Ma tale deduzione, poco sviluppata dal TAR, non tiene conto che la norma dell'49 del TFUE è invece intrinsecamente dotata di efficacia diretta e per effetto della stessa – con riferimento alle concessioni che presentano un interesse transfrontaliero – la proroga disposta dalla legge italiana sarebbe ugualmente incompatibile⁴⁷.

VI. Fisiologia del rinvio pregiudiziale.

1. Sin qui le questioni riferite al rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione. Esaminate le motivazioni dei tre provvedimenti, si può passare ora ad alcune considerazioni sulla dinamica fisiologica del potere insito nel meccanismo del rinvio pregiudiziale.

2. Partendo dalla prima decisione, non si può affermare che quella dell'Alta Corte tedesca sia una decisione “eversiva” né tantomeno incomprensibile (per quanto indubbiamente strumentalizzabile in tempi di discussione sulle misure finanziarie da accordare agli Stati membri in tempi di post Covid e temibile per l'effetto domino che potrà avere presso le Corti di altri Stati membri⁴⁸). Sul piano giuridico, la decisione in esame non appare criticabile. Non a caso, è stato già ben più autorevolmente chiarito che essa poggia su solide basi⁴⁹, per quanto il fin troppo elastico principio di proporzionalità⁵⁰ sembra entrare definitivamente in crisi per eterogenesi dei fini⁵¹.

⁴⁶ Si rammenta a tal fine che il TAR Lazio (Sez. II bis, 11.5.2022 n. 5869 e Sez. II, 1.6.2022 n. 7173) ha ritenuto che, diversamente da quanto sostenuto nell'ordinanza di Lecce, non fosse necessario alcun rinvio pregiudiziale alla CGUE. In particolare, ivi si evidenzia che “la disciplina dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2006/123/CE – come interpretata dalla Corte di giustizia europea nella sentenza 14 luglio 2016, causa C-458/14 e C-67/15 – sia direttamente applicabile nell'ordinamento interno, a prescindere dalla sussistenza di un “interesse transfrontaliero certo”, in quanto oggetto di “armonizzazione esaustiva” o “completa” da parte del legislatore dell'Unione”.

⁴⁷ Si veda ancora C. BURELLI, *Un nuovo (discutibile) capitolo della saga “concessioni balneari”, cit.*, che rinvia alla sentenza della Corte Telaustria e Telefonadress, punti 60- 62.

⁴⁸ P. MEIER-BECK, *Ultra Vires? in D'Kart*, su <https://www.d-kart.de/en/blog/2020/05/11/ultra-vires/>

⁴⁹ M. CLARICH, *La Consulta tedesca e il problema della legittimazione democratica dell'UE*, in MF, 8 maggio 2020.

⁵⁰ La Corte tedesca, dopo aver sapientemente ricordato che il principio di proporzionalità è un “principio non scritto” del diritto europeo, ne utilizza a piene mani il vago e sin troppo elastico contenuto per ribaltare l'uso che di quel principio è stato fatto dalla stessa Corte di Lussemburgo nella presente vicenda.

⁵¹ *A programme adopted by the ESCB for the purchase of government bonds, such as the PSPP, that has significant economic policy effects must satisfy the principle of proportionality (cf. CJEU, Judgment of 16 June 2015, Gauweiler and Others, C-62/14, EU:C:2015:400, para. 66 et seq.; loc. cit., para. 71). This requires that the programme constitute a suitable and necessary means for achieving the aim pursued; it further requires that the programme's monetary policy objective and its economic policy effects be identified, weighed and balanced against one another. The PSPP's monetary policy objective is in principle not (yet) objectionable (...). However, by pursuing that objective unconditionally while ignoring the economic policy effects resulting from the*



3. L'ordinanza del Consiglio di Stato sui depositi fiscali, che pone una questione di sistema, è innegabilmente sofisticata sul piano giuridico, ma a sua volta sembra muovere da un "pregiudizio zelante" non solo verso l'istituto del rinvio pregiudiziale ma verso il complessivo riparto dei poteri giurisdizionali disegnato dal Trattato. È come se il Consiglio di Stato avesse voluto dire: se, quale giudice di ultima istanza, non fossi tenuto ad investire la Corte UE, la controversia sarebbe già finita, ma siccome sono "costretto", rimetto alla Corte per prevenire qualsiasi problema ed anzi pretendo dall'Unione una soluzione efficace.

4. Il giudice amministrativo leccese, ancora più apertamente, nutre una certa diffidenza verso il sistema interno ed esterno. All'interno, perché non si fida (o -meglio- non si cura) della interpretazione della normativa sulle concessioni balneari offerta dal Consiglio di Stato, poco rilevando che tale interpretazione risale all'organo di vertice (l'Adunanza Plenaria). Sul piano esterno, perché reputa il diritto europeo poco coerente rispetto agli interessi in gioco.

5. Il filo conduttore sembra in realtà avere ad oggetto il piano istituzionale. Ma siamo al cospetto di una semplice ribellione dei giudici nazionali rispetto a precedenti della Corte di Lussemburgo, oppure a casi limite che possono ricordare una decisione politica operata tramite strumenti processuali?

Quale strumento al fine, si colloca infatti nel mezzo il rinvio pregiudiziale: un istituto processuale che mostra una volta di più i suoi limiti e che viene messo a dura prova⁵².

6. Sappiamo che spetta ai giudizi nazionali assicurare il rispetto del diritto interno e del diritto che proviene dall'ordinamento estero, se richiamato dal primo, nella misura in cui esso è direttamente applicabile all'interno dello Stato. Naturalmente, nell'espletamento di tale compito, i giudici non sono totalmente liberi, altrimenti non potrebbe essere assicurata l'uniformità del trattamento del diritto estero, in questo caso del diritto europeo.

A questo scopo era stato introdotto nei Trattati, come è noto, l'istituto del rinvio pregiudiziale disciplinato oggi dall'art. 267 del TFUE (prima, dall'art. 234 del Trattato). Come ricorda J. Ziller, il meccanismo in esame venne introdotto dietro suggerimento della delegazione italiana, sulla falsariga del nostro rinvio alla Corte costituzionale previsto dalla legge cost. n. 87/1953⁵³. L'art. 267 del TFUE introduce due tipologie di rinvio: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.

La Corte di Giustizia, quindi, mantiene il monopolio sulla interpretazione del diritto europeo e degli atti delle sue Istituzioni, ma non sulla applicazione degli atti da parte dei giudizi nazionali alla controversia di merito pendente dinanzi ad essi, così come resta escluso dal controllo della Corte di giustizia l'esame di compatibilità di una norma nazionale con il trattato o gli atti delle istituzioni⁵⁴.

In questo senso il rinvio è "pregiudiziale": la Corte di giustizia non può decidere anche nel merito la questione ad essa sottoposta, che resta nelle mani dei giudizi nazionali, ai quali non a caso resta pure

programme, the ECB manifestly disregards the principle of proportionality enshrined in Art. 5(1) second sentence and Art. 5(4) TEU (see bb below). This violation of the principle of proportionality is structurally significant so that the actions of the ECB constitute an ultra vires act (...).

⁵² Famosa l'espressione dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer che ha equiparato a suo tempo l'obbligo di rinvio pregiudiziale al mito di Sisifo: si vedano le conclusioni nella causa Gaston Schul Douane-expediteur (C-461/03).

⁵³ J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, 2013, p. 618.

⁵⁴ Secondo una interpretazione, per così dire, tradizionale: cfr. F. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle comunità europee*, Milano, 2006, pp. 235 e ss.



saldamente affidato il giudizio sulla rilevanza della questione di interpretazione ai fini della soluzione del caso sottoposto al loro esame.

Nonostante l'istituto del rinvio pregiudiziale sia stato esteso nel corso del tempo sino a introdurre vincoli più stringenti sulla decisione dei giudizi *a quo*⁵⁵, non possono sorgere dubbi di sorta sulla ampiezza del margine di apprezzamento del giudice nazionale e sulla sua libertà di rivolgersi alla Corte, come dimostra l'esperienza del "*law in action*"⁵⁶.

Si può obiettare che, a norma del terzo comma dell'art. 267, "*quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte*". Ma anche in tal caso, nonostante l'obiettivo specifico dell'obbligo di rinvio del giudice di ultima istanza sia quello di evitare che in uno Stato membro si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme di diritto dell'Unione⁵⁷, l'obbligo del giudice di ultima istanza non è esente da una valutazione discrezionale sui presupposti della rimessione alla Corte.

Molti ricorderanno le polemiche che vi furono, sul modo di intendere ed applicare l'istituto del rinvio pregiudiziale, tra la Corte di Lussemburgo, da un lato, e il Consiglio di Stato francese e la Corte costituzionale italiana, dall'altro lato. Erano il frutto della disputa sul modo di intendere il rapporto tra diritto interno e diritto comunitario da parte delle Corti nazionali, cui era ed è affidato il compito di custodire le chiavi del diritto interno.

In primo luogo, il Conseil d'Etat, nel 1963, quando intese applicare al diritto comunitario la teoria dell'*acte clair*", ritenendo l'art. 31 del Trattato (sui monopoli di Stato a carattere commerciale) talmente chiaro da non meritare alcuno scrutinio interpretativo della Corte di Giustizia⁵⁸: teoria, poi ripresa successivamente⁵⁹, ma sempre respinta da Lussemburgo⁶⁰, il cui scopo era salvaguardare alcuni interessi specifici protetti dalla legge francese.

Inoltre, la nostra Consulta, nel 1964, quando si occupò della nazionalizzazione dell'energia elettrica in Italia, provando a superare la norma del Trattato (artt. 37, 53) con una interpretazione (secondo cui la legge italiana era successiva alla legge di ratifica del Trattato, avente valore di legge ordinaria e quindi poteva derogarvi in base al principio di successione delle leggi nel tempo) stigmatizzata dalla Corte del Lussemburgo e dal suo Avvocato generale⁶¹. Ci sono voluti venti anni, dopo la sentenza Costa/Enel del

⁵⁵ Ad esempio, CGUE 22 ottobre 1987. - *Foto-Frost*, causa 314/85; 9 settembre 2015, Ferreira da Silva e Brito e a., C-160/14; 4 giugno 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, C-5/14.

⁵⁶ Anche la Corte lo ha specificato, del resto, da lungo tempo: CGUE, 20 maggio 1976, causa 115/75, *Mazzalai*.

⁵⁷ Sentenza Pedro IV Servicios (C-260/07).

⁵⁸ Conseil d'Etat, 19 giugno 1964, *Shelle-Berre*.

⁵⁹ Conseil d'Etat, 27 novembre 1980, *Société Sovincast*.

⁶⁰ Sentenza Hoffmann-Laroché (107/76); Sentenza Cilfit e a. (283/81). Cfr. H. Rasmussen, «*The European Court's Acte Clair Strategy in C.I.L.F.I.T. Or: Acte Clair, of Course! But What does it Mean?*», 9, *EL Rev.* (1984).

⁶¹ Le conclusioni dell'Avvocato generale Lagrange, che contengono una perfetta sintesi dell'intero diritto comunitario, si distinguono per alcuni toni forti: "*Quanto agli sconfinamenti commessi da organi nazionali, essi vanno del pari repressi e anche in questo caso non solo a favore degli Stati, ma anche a favore dei singoli qualora il Trattato o i regolamenti comunitari attribuiscono loro dei diritti soggettivi*". A proposito della sentenza della Corte costituzionale 7 marzo 1964: "*Vorrei invece insistere sulle conseguenze disastrose — l'espressione non è troppo forte — che una giurisprudenza siffatta, qualora fosse tenuta ferma, rischierebbe di avere per il funzionamento del sistema istituzionale stabilito dal Trattato e, quale conseguenza, per lo stesso avvenire del mercato comune*".



1964⁶², per riannodare le fila di quel “dialogo interrotto” tra le (due massime) giurisdizioni⁶³. Non senza evidenziare la periodica difficoltà di funzionamento del rinvio pregiudiziale, come dimostra la sentenza della nostra Consulta n. 232/1989⁶⁴.

VII. Patologia del rinvio pregiudiziale: dalla discrezionalità interpretativa al processo politico.

1. L’oggetto del rinvio pregiudiziale da parte della Corte di Karlsruhe non era la validità dell’atto della BCE e nemmeno, a ben vedere, la sua interpretazione, quanto l’opacità di alcuni meccanismi decisionali. In questo senso, il filtro del rinvio pregiudiziale è servito a poco, potendo la Corte pienamente esercitare giurisdizione nei riguardi dei suoi organismi interni.

2. Invece, più aderente in apparenza allo schema del rinvio pregiudiziale sembrano le decisioni dei giudici italiani, condite però da elevatissima discrezionalità, se è vero che una (concessioni demaniali) non si profila come necessaria a bene vedere ma solo opportuna perché la materia era stata già trattata da altre Corti e decisa in senso univoco; l’altra (depositi fiscali) appare congegnata per mera compiacenza al rito ma con dichiarata finalità difensiva e senza alcun riflesso positivo per il bene della vita della parte che il processo ha azionato, come dimostra la tecnica dell’assorbimento della tutela cautelare – che è misura tipica di una sentenza definitiva – pur in presenza di un giudizio pendente e di un rinvio disposto nonostante sia stata valutata la “impossibilità di ritenere che non vi siano ragionevoli dubbi sulla esegesi della disciplina europea”.

3. La Corte di Karlsruhe, ancora, nella sentenza qui oggetto di attenzione, annovera espressamente tra i diritti fondamentali, proponendosi di tutelarli in modo consistente, anche quelli “delle generazioni future”: se lo Stato si indebita senza adeguata motivazione e senza controlli, scrivono i giudici di Karlsruhe, danneggia figli e nipoti. È un principio condivisibile che, se ci pensiamo, si risolve in un proposito tutto politico. Così come è molto interessante vedere affermata “nero su bianco” l’istanza anch’essa politica - di maggiore trasparenza - di provvedimenti finanziari rispetto ai quali “*lo Stato*” si assume “*la propria*

⁶² Corte di Giustizia 15 luglio 1964, Causa 6/64. A distanza di oltre 50 anni merita forse ricordare che uno dei più importanti e cruciali passaggi della giurisprudenza interna e comunitaria nacque da un ricorso di un cittadino, l’avv. Costa, che non voleva pagare appena 1.925 vecchie lire all’ENEL, ritenendo illegittimo sul piano comunitario e costituzionale l’intervenuta nazionalizzazione dell’industria elettrica italiana. La questione venne sollevata dinanzi alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia dal Giudice conciliatore italiano. Oggi, forse, tutto questo sarebbe impensabile.

⁶³ Lo ricordano, con dovizia di argomenti, L. Ferrari Bravo - E Moavero Milanesi, *Lezioni di diritto comunitario*, Napoli, 2002, vol. I, pp. 188 e ss.

⁶⁴ Del resto, che il meccanismo del rinvio pregiudiziale possa essere inteso come uno strumento “a maglie larghe”, soggetto all’ampia discrezionalità del giudice nazionale, lo prova la giurisprudenza secondo cui non sussiste un obbligo – ferma restando la facoltà –, nemmeno in capo al giudice nazionale di ultima istanza, di interpellare la Corte di giustizia, qualora ricorra una delle seguenti condizioni: (i) se la questione interpretativa del diritto europeo non sia pertinente, cioè non possa in alcun modo influire sull’esito del giudizio *a quo*; (ii) se la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie già decisa in via pregiudiziale della Corte, o se la giurisprudenza costante della Corte risolve il punto di diritto controverso, indipendentemente dalla natura del procedimento in cui tale giurisprudenza si sia formata (c.d. teoria dell’*acte éclairé*); (iii) se la corretta applicazione del diritto comunitario si imponga con tale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla questione. Ad esempio, Corte giust. CE 11 settembre 2008, cause riunite C-428/06 e C-434/06, UGT Rioja: sul punto vedi B. LAGEDER, *Il giudice nazionale tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’Unione europea e rimessione alla Corte costituzionale, alla luce di due recenti sentenze della Corte costituzionale (sentenza 14 dicembre 2017, n. 269) e della Corte di giustizia dell’Unione europea (sentenza 20 dicembre 2017, causa C-322/16, Global Starmed Ltd)*, Relazione tenuta nell’ambito del Convegno di studi “2° Rassegna di diritto pubblico dell’economia”, svoltosi il 24-25-26 maggio 2018 a Varese.



responsabilità”, se viola i diritti fondamentali dei cittadini. Una doppia presa di posizione politica, appunto, che non è passata inosservata ed anzi per certi aspetti è stata perciò criticata⁶⁵.

4. Ogni sentenza o provvedimento che interviene in una materia importante, come quelle oggi in esame, ha innegabilmente risvolti politico-istituzionali: a maggior ragione, poi, se emerge un confronto energico tra Corti nazionali e Corte di Giustizia attraverso il sapiente utilizzo di istituti processuali e principi di diritto ritenuti pacifici. Qualcuno potrebbe dire, ad esempio, che i giudici hanno rivendicato spazi di sovranità, disegnando con pignoleria il perimetro della propria giurisdizione.

5. È sufficiente tutto questo per parlare di uso politico del processo? Oppure si resta nella attività di interpretazione del diritto, che è tipica del giudicare?

Per provare a chiarire il significato di espressioni che meriterebbero ben altri approfondimenti, in questa sede non consentiti, occorre previamente ricordare che le nozioni di “giustizia politica” e di “processo politico” hanno subito nel corso del tempo un consistente ampliamento rispetto alle posizioni di partenza, che tradizionalmente inquadravano il fenomeno nel ristretto ambito, tipicamente del processo penale, in cui lo spazio della giurisdizione e del processo risultava invaso dal peso del “politico”. Più di recente, segnatamente dopo i contributi di Otto Kirchheimer, il descritto fenomeno è legato a situazioni nelle quali l’azione delle Corti estende la propria influenza sulla distribuzione e soprattutto riarticolazione del potere politico⁶⁶. Una visione larga che giunge ad includere nel processo politico, anche sotto l’egida del *rule of law*⁶⁷, quei giudizi che non solo sorgono per “motivi” politici ma che producono “conseguenze” sul piano politico⁶⁸. In questa lata prospettiva, anche nel nostro Paese taluni processi civili possono essere verosimilmente qualificati “processi politici” ogni volta che, sia pure occasionalmente, essi possono avere la capacità di rimodulare – in un ordinamento che accolga la separazione dei poteri e si uniformi al principio di legalità – la distribuzione del potere politico⁶⁹. A maggior ragione, seguendo questa impostazione, il discorso potrebbe essere esteso al processo amministrativo, considerato che il suo giudice ha il potere di annullare provvedimenti del potere esecutivo e delle amministrazioni locali che incidono sull’attività di corpi politici o che hanno indubbie ricadute politiche. Si pensi ad esempio al contenzioso elettorale: ogni volta che il giudice ammette o ripudia una lista alle elezioni, la sua decisione ha effetti politici. Oppure, si pensi ai contenziosi che hanno ad oggetto un piano urbanistico di oppure un provvedimento di chiusura di una fabbrica inquinante o ancora un provvedimento che autorizza

⁶⁵Cfr. l’intervista al Giudice costituzionale Peter Huber „Das Urteil war zwingend“ sul Frankfurter Allgemeine del 1 maggio 2020, che ricorda però: “We did not choose the phase. Nor can a court be based on political criteria decide when it makes its decision”.

⁶⁶ O. KIRCHHEIMER, *Political Justice. The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton (New Jersey), 1961, p. 49. Sul tema, più di recente, cfr. A. PANZAROLA, *Considerazioni sul c.d. processo politico*, in *Judicium.it*, 31 marzo 2021.

⁶⁷ E.A. Posner, *Political Trials in Domestic and International Law*, in *Duke Law Journal*, 2005, 75 ss. che muove dal duplice presupposto che i processi politici si celebrano anche nelle democrazie liberali e che il loro svolgimento è anche in tale contesto inevitabile e per questo deve essere tollerato.

⁶⁸ Si veda la classificazione in L. Bilsky, voce *Political Trials*, in *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, a cura di N.J. Smelser e P.B. Baltes, vol. 17, Oxford, 2001, 11712 ss. E così vi rientrano, oltre ai processi penali, le procedure di “impeachment” di fronte alle assemblee politiche elettive, le c.d. “*truth commissions*”, i giudizi che coinvolgono gruppi organizzati e che si riferiscono a temi divisivi che intersecano il dibattito politico (collegati alla appartenenza etnica, razziale, di genere, ecc. dei soggetti interessati) o che investano la sfera delle controversie lavorative collettive.

⁶⁹ Ricorda ad esempio A. PANZAROLA nel contributo citato nella nota che precede, il giudizio creato artificialmente contro un aspirante ad una carica elettiva in una amministrazione per renderlo incompatibile all’incarico; certe azioni di classe o per la tutela di interessi collettivi; il caso Englaro; ecc., sono altrettanti esempi di processi civili che, pur nella loro diversità, possono o sorgere per motivi latamente politici o avere ripercussioni sul terreno delle scelte o degli equilibri politici. Si noti, infine, che perfino i processi civili riguardanti, in vario modo, la tutela giurisdizionale dei diritti elettorali hanno anch’essi (se si segue una nozione “larghissima” di processo politico) una sfaccettatura “politica”.



operazioni societarie o bancarie, o infine un provvedimento che dispone lo scioglimento di un Comune in applicazione della normativa antimafia; e via dicendo.

In tale amplissima prospettiva è chiaro che anche una decisione come quella assunta sulle concessioni balneari può assumere il sapore di una “sentenza politica”. È chiaro cioè che se si innesta in ogni processo la logica amico/ nemico, ben descritta da Carl Schmitt⁷⁰, tutto diventa indistinto e diventa facile ricondurre anche l'esercizio della giurisdizione nel novero delle azioni e dei motivi politici. O meglio, il processo rischia di diventare una farsa se è vero che il “concetto di processo”⁷¹ implica, come tutti sappiamo, non “nemici” ma parti, nel senso di avversari sia pure in “lite” (o lotta) per far valere le rispettive ragioni sia pure secondo le regole della procedura⁷².

Si comprende cioè che la dilatazione della portata applicativa delle espressioni “giustizia politica” e “processo politico” rischiano di trasmodare in espressioni generiche e finiscono per implicare conseguenze persino in processi che solo in apparenza hanno ad oggetto la politica ma che, all'opposto, restano confinati nel loro alveo naturale per quanto i relativi risultati possano, per le ragioni più diverse, incidere sulla distribuzione del potere politico.

Tanto è vero, ed in ciò risiede il vizio di tale larghissima accezione di processo politico, che i sostenitori di questa visione – che vedono cioè ovunque il “processo politico” – non riescono ad offrire una definizione univoca e caratterizzante di tale fenomeno⁷³.

6. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia non si sottrae da questa logica. Pur essendo un formidabile istituto che permette al Giudice di sospendere il processo e la decisione con una lata discrezionalità, il rinvio pregiudiziale può certamente assecondare o collidere con gli interessi politici e può persino essere a volte cavalcato o osteggiato, come mezzo al fine, allo scopo di imprimere una certa direzione ad una causa già matura per la decisione. Ma, ciò detto, esso resta un istituto del processo e non lo trasforma, anche nei suoi aspetti patologici, in un processo politico.

7. Certamente, sarebbe ingenuo mettere sullo stesso piano, ai nostri fini, la decisione della Corte costituzionale tedesca e quella dei giudici amministrativi italiani di cui si discute in questa sede e dell'uso che del rinvio pregiudiziale è stato, rispettivamente, fatto dall'una e dagli altri.

Un conto è la prima; un altro i secondi. Un conto, cioè, è la Corte che giudica sulle leggi e applica la Costituzione; un altro, è il giudice che esamina la legittimità dell'atto amministrativo. La valenza “politica” della decisione della Corte di Karlsruhe è per forza di cose più evidente, perché ben diversi sono gli interessi in gioco. Da una parte, le “future generazioni” (tedesche ma anche europee); dall'altra, funzionari comunali o imprese del settore⁷⁴.

⁷⁰ C. Schmitt, *Il concetto di «politico»*, in *Id.*, *Le categorie del «politico». Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, (1972), 1994, p. 108.

⁷¹ Anzi, ora di “giusto processo”: art. 111 Costituzione.

⁷² M. Marinelli, *Il processo come situazione giuridica. Una critica del pensiero processuale*, Torino, 2019, ivi, IX-XVII.

⁷³ Ben diverso è il dibattito relativo al “processo politico” “puro” o “in senso stretto”: un processo, cioè, che subisce una torsione estrema, smarrendo i suoi caratteri essenziali per soddisfare un fine “politico” cui è inerente, in un quadro conflittuale, la sopraffazione del nemico. Sul punto si rinvia a A. PANZAROLA, *ult. cit.*

⁷⁴ Il discorso porterebbe lontano. Ma è chiaro, tornando a Carl Schmitt, il dibattito sulla introduzione di un Tribunale come “custode della costituzione”. Per Schmitt il Tribunale costituzionale priverebbe la giurisdizione della sua neutralità caricandola di compiti schiettamente politici (perché, in fondo, ogni questione di interpretazione della costituzione è questione politica che, in quanto tale, in un ordinamento che ubbidisca ai dettami dello Stato di diritto, non può essere oggetto di giurisdizione; il Tribunale costituzionale finirebbe così nella sua attività per sconfinare nella legislazione). All'opposto, Kelsen vedeva immutato il connotato giurisdizionale



VIII. Il rinvio pregiudiziale come elemento strumentale alla giustizia amministrativa, tra discrezionalità interpretativa, vincolo del precedente e modelli di giudizio.

1. Assodato che non siamo al cospetto di “giustizia politica”, come possiamo spiegare, allora, le torsioni del rinvio pregiudiziale sopra descritte?

Tornando al processo interno (amministrativo) va ricordato in primo luogo che l'azione dei pubblici poteri è soggetta alla legge (art. 97, comma 2 e 3, della Cost.; art. 1, comma 1, l. n. 241/90). Secondo la dottrina, dire che l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge equivale ad affermare che “l'amministrazione non può stabilire essa stessa i fini da perseguire, ma li riceve dal legislatore”. Si tratta di una conseguenza del principio democratico, in forza del quale “i fini di una società organizzata statualmente sono stabiliti dall'organo che esprime in modo più immediato la sovranità popolare”⁷⁵.

2. Sappiamo anche che la giustizia amministrativa è nata per limitare lo strapotere dell'amministrazione e per tutelare i diritti e gli interessi dei cittadini nei confronti dell'amministrazione stessa⁷⁶. Una “specialità” *rationae materiae* del giudice amministrativo riconosciuta dalla Corte costituzionale, che ha qualificato il giudice amministrativo come “*giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica*” (Corte cost. n. 104/2004, n. 191/2006 e n. 140/2007)⁷⁷. E già da tempo la Corte costituzionale ha reputato legittimo il potere discrezionale sia della p.a. sia del giudice, anche connotato da ampie latitudini, purché accompagnato dalla possibilità per lo stesso giudice amministrativo di verificare la sussistenza degli elementi di fatto trasfusi nella motivazione dell'atto amministrativo, nonché di valutarne la portata sul piano logico: e tanto alla luce dei principi generali valevoli a preservare dall'arbitrio l'attività della pubblica amministrazione quando incida sulla sfera di libertà dei cittadini (ad esempio, Corte cost. n. 103/1993, n. 12/1972)⁷⁸.

3. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, per quanto non trovi una sua collocazione diretta nel codice del processo amministrativo⁷⁹, non fa eccezione alle sopra richiamate regole. L'istituto cioè deve

delle funzioni anche se disimpegnate dal Tribunale costituzionale. Presupposto di quest'ultimo ragionamento è quello di assicurare l'indipendenza dell'organo e il carattere contenzioso del procedimento al quale esso sovrintende. Si rinvia a C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, rist. Napoli, 2014, 27 ss.

⁷⁵ Si veda G. CORSO, *Il principio di legalità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, 2017, pp. 16 e ss.

⁷⁶ Sulla disciplina della giustizia amministrativa nella Costituzione (artt. 103-111-113): M. CLARICH, *Voce “La Giustizia”*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, II Ed., 2003; A. POLICE, *Il ricorso piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. II, *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001; L.P. COMOGLIO, *La riforma del processo amministrativo e le garanzie del “giusto processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2001, 633 ss., spec. 648 –650; E. PICOZZA, *Il giusto processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, II, 2001, 1061 ss., spec. 1076; F.P. LUISO, *Il principio del contraddittorio nel processo amministrativo e tributario*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2/2000, p. 328 ss.; G. CORSO, *Per una giustizia amministrativa più celere*, in www.giust.it; V. CERULLI-IRELLI (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2000; R. CARANTA, *Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema comunitario*, in *Foro Amm.*, 1991, pag. 1889 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 2000, Padova, p. 222 ss.; G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. Proc. Amm.* 2001, 287; F. G. SCOCA, *Sulle implicazioni del carattere sostanziale dell'interesse legittimo*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, III, pag. 670; M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, spec. p. 1180 ss.

⁷⁷ M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA e F. SAITTA, Milano, 2012, 3 e ss.

⁷⁸ Tutte in www.cortecostituzionale.it.

⁷⁹ Si rinviene solo la norma dell'art. 79 sulla “sospensione del processo” disciplinata dal codice di procedura civile, dalle altre leggi e “dal diritto dell'Unione europea”.



essere trattato dal giudice avendo sempre di mira a cosa serve la giustizia amministrativa e le ragioni per cui essa è nata.

Da questo punto di vista, come insegna l'esperienza ed i casi sopra illustrati, è innegabile che il rinvio pregiudiziale alla Corte UE possa essere utilizzato anche a discapito della tutela dei ricorrenti (cittadini, imprese o anche Autorità amministrative) e loro malgrado. Ciò accade in particolar modo quando la parte ricorrente, che invoca a sostegno della illegittimità dell'atto impugnato la violazione del diritto europeo, si vede negare dal giudice di ultima istanza (anche) il rinvio alla Corte di Giustizia e si vede privata dalla possibilità di definire la questione senza ulteriore spazio interpretativo.

In linea di principio, quindi, ragionando all'opposto, ogni volta che il dialogo con la Corte UE viene assicurato, la parte ricorrente (nell'ipotesi prospettata) che invoca il diritto europeo non dovrebbe lamentarsi della decisione del giudice di utilizzare il rinvio pregiudiziale: la speranza della decisione ad essa favorevole può aumentare, in tal caso. Nemmeno la p.a., a ben vedere, avrebbe titolo a lamentarsi, essendo la stessa vincolata ad applicare il diritto europeo e perciò dovrebbe porsi su un piano di neutralità.

Quindi, tornando ai nostri casi (concessioni balneari e licenze per depositi fiscali e tralasciando per un momento la Corte federale tedesca), se il rinvio è stato assicurato e con esso il dialogo con la Corte, dove risiede il problema?

Il problema nello specifico risiede nel fatto che il rinvio pregiudiziale è stato sì disposto ma la tutela del "bene della vita" del ricorrente è stata messa sullo sfondo, quasi relegata ai margini di una contesa tutta interna ai plessi giudiziari. In specie, quanto al Consiglio di Stato, il rinvio pregiudiziale non serve per capire se l'atto è illegittimo quanto per prevenire responsabilità (caso dei depositi fiscali); quanto invece al TAR Lecce, il rinvio pregiudiziale non era strettamente necessario, alla luce degli univoci precedenti, con relativo discapito per la tutela della concorrenza (il ricorrente è proprio l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato) e delle imprese del settore interessate a nuove fette di mercato.

4. Sullo sfondo, non possiamo escluderlo, si agitano varie istanze (di conservazione, di tutela delle prerogative; etc.) e antiche consuetudini nell'attività di interpretazione del diritto.

5. Una delle consuetudini, che tipicamente connota i nostri giudici, è legata alla eccessiva discrezionalità nell'applicazione (o non applicazione) dei precedenti, quando non vera e propria diffidenza verso gli stessi.

Le due questioni di cui discutiamo, cui può aggiungersi a questo punto anche quella risolta dalla Corte federale tedesca, si risolvono nella ribellione dei giudici al precedente: sia quello della Corte UE (primi due casi) sia a quello dell'Adunanza Plenaria (caso TAR Lecce).

Quanto al diritto europeo, la tecnica del precedente, la sua portata vincolante, è tutt'altro che sconosciuta nel diritto europeo e può aggiungersi alle altre già conosciute nel nostro ordinamento in quanto idonea a rafforzare la "certezza del diritto"⁸⁰ (proprio quella certezza che, ad esempio, viene posta a sostegno del rinvio nella causa sulle concessioni balneari!). L'art. 104 § 3 Regolamento di procedura della Corte di Giustizia UE, sulle controversie devolute alla Corte a seguito di rinvio pregiudiziale, statuisce la vincolatività del precedente della Corte. Come ricordato in dottrina, il Regolamento di procedura è previsto espressamente nel Trattato e, una volta approvato da parte del Consiglio (art. 223 TCE), contiene

⁸⁰ Sul tema, cfr. M.A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, in *Riv. It. dir. Pubbl. comun.*, 2008, 1, p. 37 ss., V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, 2, p. 433 ss.; G. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, nel *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI – G. GRECO, II, p. 497; R. CARANTA, *La tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, ivi, p. 1031.



le norme processuali vigenti nel sistema giudiziario comunitario “secondo un principio di autoregolamentazione della procedura da parte dei giudici che ricorda molto da vicino quanto avviene nell’esperienza di *common law* (cd. *rule making power*)”⁸¹. Sin dalla sentenza Cilfit la Corte ha chiarito che essa si ritiene vincolata ai propri precedenti, in ossequio alla necessità di una uniforme interpretazione del diritto comunitario, evitando “che si producano divergenze giurisprudenziali all’interno della Comunità”⁸². Eppure, i giudici nazionali, come nei tre casi illustrati, sembrano non avere tenuto in grande considerazione i precedenti della Corte di Giustizia (in modo più vistoso per il caso della Corte costituzionale tedesca e per quello del TAR Lecce; in modo più sfumato per il restante caso).

Sul piano del diritto interno, con precipuo riferimento ancora al caso delle concessioni balneari, si assiste anche ad una specie di “ribellione” al sistema. L’art. 99 del codice del processo amministrativo configura un nuovo ruolo per l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. In particolare, il terzo comma dell’art. 99 prescrive che se la sezione del Consiglio di Stato cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un “principio di diritto” enunciato dall’Adunanza plenaria, rimette a quest’ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. Si tratta di un vincolo destinato ad applicarsi, fisiologicamente, in linea orizzontale (verso le sezioni semplici) e, a maggior ragione, in linea verticale (verso i Tribunali amministrativi)⁸³.

Nonostante le due sentenze gemelle dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 18 e 19 del 2021, il TAR Puglia dispone il rinvio pregiudiziale, con l’effetto manifesto di prevenire in fase di appello una prevedibile decisione adesiva ai due precedenti della Plenaria e contraria a quello dello stesso TAR, che invece rinvia ai propri precedenti ovviamente diversi da quelli del Consiglio di Stato.

6. Una seconda radicata consuetudine, legata a doppio filo al tema del precedente, è insita nella attività propria del giudice nell’eterno conflitto tra *lex* e *interpretatio*, con relativa “creazione di diritto” connessa alla elasticità della seconda, cui non possiamo qui che accennare.

Sappiamo che la dottrina rivoluzionaria della separazione dei poteri richiese un cambiamento nel ruolo del potere giurisdizionale, che venne limitato all’applicazione delle norme; e si pose l’assoluto divieto di interferire sulla funzione di indirizzo politico del potere legislativo. In teoria, alle corti venne inibita anche quell’attività creativa interstiziale richiesta dall’interpretazione delle leggi: il giudice doveva essere solo la *bouche* (la voce), non le *cerveau* (il cervello), della legge⁸⁴. Se la creazione del diritto esorbita dalle funzioni del potere giudiziario, ne consegue che non vi può essere alcun ordine gerarchico di giudici in relazione a ciò: tutti sono egualmente – e unicamente – subordinati al legislatore. Storicamente, però, “questa ideologia rivoluzionaria non solo non riuscì ad eliminare il rispetto per le opinioni giuridiche dell’autorità giudiziaria superiore, ma

⁸¹ E. CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in www.jus.unitn.it/cardoza/review/2009/calzolaio.pdf.

⁸² Corte Giust., 6 ottobre 1982, in causa C-283/81, Cilfit cit., 1982, 3415; cui adde Corte Giust., 15 settembre 2005, in causa C-495/03, Intermodal Transports BV c. Staatssecretaris van Financiën, in Racc., 2005, I-8151.

⁸³ La bibliografia è sterminata: per tutti, B. N. CARDOZO, *Selected Writings of Benjamin Cardozo (Il giudice e il diritto)*, New York, 1947, trad. it. Firenze, La Nuova Italia, 1961, pp. 50 e ss – pp. 103 e ss.; G. TARELLO, *Realismo giuridico*, Dig. It., vol. XIV, Torino, 1967, p. 923; G. LAMOND, *Precedent and analogy in legal reasoning*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006, in <http://plato.stanford.edu/archives/sum2006/entries/legal-reas-prec>, spec. par. 5, p. 15 e ss. S. CASSESE, *I Tribunali di Babele (I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale)*, Roma, 2009, pp. 103 e ss.; J. WALDRON, *Stare decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, in *Public Law & Legal theory research paper sciences*, NYU School of law, October 2011, pp. 9 e ss.. Del resto, anche nel nostro sistema di diritto amministrativo è pacifico il ruolo creativo assunto dal suo Giudice: S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, ora in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1972, pp. 1392 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, p. 326 ss. F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, tomo V, p. e, se vuoi, ancora G. PESCE, *Stare decisis nel processo amministrativo: gli argomenti favorevoli superano le perplessità*, in *Studi in onore del Prof. Nicola Picardi*, Pacini Editore, Pisa, 2016.

⁸⁴ M.R. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, New Haven, 1986 (trad. it.: *I volti della giustizia e del potere*, Bologna 1986), p. 82.



neppure scoraggiò i giudici del Continente dall'impegnarsi consapevolmente nella creazione di norme"⁸⁵. L'elaborazione dottrinarina relativa al precedente giudiziario ha così scontato nel secolo XX il retaggio storico della dottrina che credeva nel mito della legge. Sarebbe arduo qui ripercorrere tale fenomeno, che riflette il ruolo del giudice modellato nel secolo XIX. La ricerca di Giovanni Tarello è illuminante sul punto⁸⁶.

Probabilmente, la ricerca di nuove "interpretazioni creative" del diritto è anche alla base del complessivo assetto delle tre decisioni qui esaminate e sarà davvero interessante verificare la risposta della Corte di Giustizia.

Conclusioni

La migliore barriera contro ogni forma di "processo politico", "puro o allargato", si ottiene dalla costante applicazione del principio di legalità, risultante oggi dall'intreccio di "legalità legale", "legalità costituzionale"⁸⁷ e garanzie convenzionali (come la Carta EDU)⁸⁸. La feconda integrazione fra queste garanzie ed il sistema legale italiano ha prodotto notoriamente risultati rimarchevoli e si è tra l'altro manifestata proprio in occasione della introduzione nel nostro ordinamento del "giusto processo regolato dalla legge" (art. 111 Cost.). In altre parole, le inevitabili torsioni, a volte eccessive, degli istituti processuali (come il rinvio pregiudiziale) trovano cura nel connubio tra Stato di diritto e ideologia liberale e nello "Stato costituzionale di diritto" (separazione dei poteri, indipendenza della magistratura, garanzie assicurate dal "giusto processo", rispetto dei diritti fondamentali della persona)⁸⁹.

È chiaro invece che la "vivace discussione" tra le Corti (tale rimane quella illustrata nelle tre decisioni in commento), composte da esseri umani, è ineliminabile; vi è sempre stata ed è un bene che continui a esserci. Nello spazio governato dall'Unione, il dialogo durerà sino a quando non si procederà verso l'Unione politica e la creazione di una Corte federale europea sul modello della Corte suprema USA. Al momento però le Corti sono custodi delle rispettive prerogative e gli Stati ancora "Signori dei Trattati"⁹⁰.

⁸⁵ M.R. DAMAŠKA, *ult. cit.*, p. 83.

⁸⁶ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976.

⁸⁷ M. LUCIANI, *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, vol. II, 501 ss.

⁸⁸ Cfr. A. PANZAROLA, *ult. cit.*; cui adde AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta, Torino, 2016.

⁸⁹ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Frankfurt am Main, 1992, trad. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2013; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005; L. FERRAJOLI, *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, cit., in AA.VV., *Lo Stato di diritto. Storia, teorica e critica*, cit., 349 ss. N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, con introduzione di M. Fioravanti, Bologna, 2016 p. 225. Sulla divisione dei poteri "dal modello liberale al modello democratico e sociale" v. G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato* (1994), 2a, Milano, 2001, p. 55 ss.

⁹⁰ Così in questo significativo passaggio della sentenza della Corte costituzionale tedesca nella sentenza in esame: *Yet if the Member States were to completely refrain from conducting any kind of ultra vires review, they would grant EU organs exclusive authority over the Treaties even in cases where the EU adopts a legal interpretation that would essentially amount to a treaty amendment or an expansion of its competences. Though cases in which institutions, bodies, offices and agencies of the European Union exceed their competences are exceptionally possible, it is to be expected that these instances remain rare due to the institutional and procedural safeguards enshrined in EU law. Nevertheless, where they do occur, the constitutional perspective might not perfectly match the perspective of EU law given that, even under the Lisbon Treaty, the Member States remain the 'Masters of the Treaties' and the EU has not evolved into a federal state (...).*



Judicium

IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA


**Pacini
Giuridica**