

## Il rinvio pregiudiziale nel dialogo fra le Corti

**Giancarlo Montedoro**

1. Costituzionalismo multilivello 2. Fasi storiche di penetrazione del diritto comunitario nel diritto nazionale 3. La questione del giudicato nazionale 4. L'obbligo di rimessione in Cilfit II . 5 La questione della revocazione. 6. Il margine di apprezzamento del giudice nazionale. 7 La questione del dialogo ed il dialogo "babelico".

### 1. Costituzionalismo multilivello

Il punto di partenza del nostro esame deve essere l'esplosione del sistema delle fonti.

Si tratta di una strutturazione del sistema delle fonti che deve la sua forma all'esistenza di molteplici ordinamenti giuridici – e non si tratta per il Consiglio di Stato italiano che ha una tradizione romaniana di una assoluta novità – ormai non indifferenti ma in relazioni complesse fra loro.

Santi Romano coglie all'inizio del secolo scorso un elemento decisivo nella crisi dello Stato il costituirsi di una pluralità di ordinamenti giuridici e la storia europea si comprende bene a partire da questa intuizione che non fa venir meno in alcun modo l'idea di sovranità ma piuttosto la apre ( verso l'alto con l'Unione europea affermatasi nel secondo dopoguerra e verso il basso con l'autonomia delle regioni e degli enti locali ).

Certo Santi Romano coglie un filo evolutivo sin dal 1917 ( cfr. Santi Romano Oltre lo Stato discorso inaugurale dell'anno accademico 1917/1918 nel R. Istituto di Scienze sociali Cesare Alfieri in Riv. dir. pubbl. 1918 ripubblicato in Discorsi e prolusioni accademici Modena , 1931 ) e osserva “non può escludersi che gli Stati o anche solo taluni di essi, che si trovino in determinate condizioni, non debbano con il tempo, più che svolgersi, rimanere compresi e forse assorbiti in maggiori organizzazioni non propriamente statuali”.

Ed ancora osserva “quella che è stata detta la crisi dello Stato odierno potrebbe essere non soltanto quel fenomeno, che si è spesso notato nel suo interno, effetto di forze

disgregatrici che qui non è il caso di accennare (nostra notazione : egli pensava probabilmente alle forze legate all'avvento delle masse e del pluralismo politico sociale ) ma anche un fenomeno concernente le relazioni interstatuali” .

Kant vagheggiava un ordinamento cosmopolitico come un germoglio dal quale potessero svilupparsi assetti pacifici ( Kant per la pace perpetua ).

Tale condizione per Kant sarebbe stata favorita da una condizione giuridica di tipo federalista e non diversamente lo Schelling pensava ad una federazione di tutti gli Stati che si garantissero a vicenda la loro costituzione ( minacciata da guerre di aggressione ) attraverso una “universale istituzione del diritto” ( espressione di Schelling che ritroviamo riportata da Santi Romano che si fa così singolare profeta dell'Unione europea ) .

Anche se poi la profezia di un mondo più vasto, nello stesso scritto, viene deviata verso l'attenzione al farsi dell'Impero tedesco o degli Stati Uniti come tentativi di un processo storico ampio in cui singoli Stati si fanno propulsori di “mondi o sistemi politici più vasti” ( la seconda guerra mondiale porterà poi allo scontro fra Terra e Mare – fra Germania e mondo anglosassone - di cui ha parlato C. Schmitt in Terra e mare Milano , 2002 specie nel capitolo III ove si dice che la storia del mondo è la lotta delle potenze marittime contro le potenze terrestri oggi forse – con riguardo anche alla conquista dello spazio – volendo schematizzare analogamente è la storia delle potenze delle società aperte contro le società autoritarie, delle democrazie federative contro gli Imperi anche se sempre lo scontro produce singolari effetti di trasformazione reciproca delle potenze che si scontrano inducendo autoritarismi nelle società aperte e dissidenze in quelle autoritarie ).

L'unione europea, fra monismo e pluralismo ( fra visione monista della Corte UE e pluralista della nostra Corte Costituzionale ) si presenta come questa dimensione ultra-statale, una sorta di costituzione senza Stato ( cfr. L. Torchia Una Costituzione senza Stato in Dir. pubbl. 2001, 405 e ss. ).

Essa – nota L. Torchia – è stata variamente definita ( cfr. op. ult. cit. ivi più puntuali riferimenti ) : un'organizzazione internazionale ( T. Schilling ) , un'organizzazione sovranazionale composita ( S. Cassese ) , un'unione di Stati nazionali ( J. Delors ) , una confederazione ( J. Chirac ) , una federazione ( J. Fischer ) , un sistema politico federale non statale ( A. von Bogdandy N. Netteshein ) , un consorzio o un condominio ( P. Schmitter ) , un ordine costituzionale senza costituzionalismo ( J. Weiler V. Haltern ) , un sistema politico denazionalizzato ( M. Zurn ) , una forma pionieristica di governo transnazionale ( A. Giddens ) , un'agenzia amministrativa multifunzionale ( P. Lindseth ) , un'agenzia di regolazione ( G. Majone ) , un nuovo Stato in formazione ( G. Mancini ) , uno Stato internazionale ( J. Caporaso ) , un commonwealth ( N. Mac Cormick ) , una tappa nell'evoluzione dello Stato moderno ( A. Milward ) , una tappa nella crisi dello

Stato moderno ( M. Luciani ), un potere pubblico non statale, post-nazionale e post-moderno ( J. Shaw ).

Ciascuna di queste definizioni può avere le sue ricadute sul piano ricostruttivo degli istituti giuridici e sul piano dei modelli interpretativi e delle prassi operativi nonché del rapporto politica-tecnica.

Nota è il paradigma funzionalista in base al quale il processo di integrazione comunitaria avrebbe dovuto procedere per necessari e successivi passi di sempre maggiore integrazione di funzioni ma senza mai attingere alla sfera politica, la sovranità essendo prerogativa degli Stati.

Nel paradigma intergovernativo l'Unione europea invece non si distinguerebbe dalle altre organizzazioni internazionali.

Un dibattito ricchissimo ( sempre ricorda L. Torchia ) che può partire dal riconoscimento della peculiarità dell'ordinamento europeo ( oggi Unione europea ) di natura plurale, tanti popoli , tanti Stati, tanti ordinamenti giuridici nazionali, tante istituzioni diversamente conformate che condividono uno spazio giuridico sempre più integrato.

*Certo la sovranità statale è condizionata fortemente dall'affermazione del costituzionalismo multilivello, dalla pluralità di Carte e di Corti ( Trattati dell'Unione , CEDU, Costituzioni nazionali, statuti delle regioni, autonomie locali fortemente differenziate : una vera e propria costellazione di poteri pubblici dotati di autonomia normativa ) con la conseguente esplosione del sistema delle fonti e con la necessità di dover comporre conflitti fra norme in modi inediti rispetto al passato, appunto con il dialogo fra le Corti che tuttavia richiede una lingua comune ( nel senso anche di mentalità e categorie concettuali comuni ).*

Una sfida della complessità per il giurista contemporaneo che si svolge peraltro nel quadro politico non pacifico della messa alla prova dei concetti - sempre in discussione in verità - di democrazia, sovranità, legittimazione, decisione, nazione, cittadinanza, popolo.

Ma per il giurista più modestamente si tratta di tematizzare e vivere il confronto diuturno con un sistema delle fonti articolato che frange le regole del costituzionalismo in diversi modelli di superiorità normativa : in Italia il contrasto delle norme primarie nazionali o regionali con la Costituzione interna facendosi valere con il giudizio incidentale o principale di costituzionalità delle leggi mentre la primazia del diritto europeo si afferma con la forza della disapplicazione ( istituto del quale non sempre si ha perfetta conoscenza o accettazione da parte della politica nazionale che critica – sognando le certezze moniste della tradizionale sovranità - l'incompiutezza o la complessità della costruzione sovranazionale ).

Un costituzionalismo siffatto, dichiaratamente non monista, o difficilmente monista, rischia di non sopravvivere a se stesso senza aggiustamenti e ciò per l'indiscutibile rottura con il principio di gerarchia delle fonti che dominava l'ordinamento interno e per la necessaria crescita di importanza del criterio di competenza come criterio di soluzione delle antinomie normative ( F. Balaguer Callejón Controllo di costituzionalità e relazioni fra ordinamenti in [federalismi.it](http://federalismi.it) Scritti in onore di P. Bilancia ove si ricorda il contributo classico di Vezio Crisafulli, "Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti", in Riv. trim. dir. pubbl., 1960. ).

Il costituzionalismo multilivello diviene così tutela multilivello, nazionale e sovranazionale.

Ha osservato Roberto Giovanni Conti ( cfr. R. G. Conti in "Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali" in [questionegiustizia.it](http://questionegiustizia.it) ) che "le tematiche che si accostano al piano dell'interpretazione delle Carte dei diritti solo in apparenza doppiano quelle relative al contenuto delle Carte e al loro rango, invece assai differenziandosi per il fatto che esse guardano: a) alle tecniche decisorie delle Corti ed alla tendenza, sempre più marcata, alla universalizzazione dei principi espressi; b) al particolare atteggiarsi di talune decisioni delle Corti europee, destinate talvolta a precedere la soluzione del giudice nazionale – Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale – e talaltra, invece, a seguire l'esaurimento dei rimedi interni – Corte europea dei diritti dell'uomo – ovvero a porsi come strumento dotato di mera efficacia consultiva in favore delle Alte giurisdizioni nazionali – in prospettiva de jure condendo, parere preventivo introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu, ancora non ratificato; c) ai rapporti che si creano rispetto ad eventuali giudicati interni contrastanti con le decisioni dei giudici sovranazionali; d) al reale significato e alla portata delle decisioni delle Corti sovranazionali ed al valore dei principia ivi espressi rispetto a casi simili o analoghi.

Un diritto per principi che consegnerebbe al giudice – nota R. Conti alla ricerca di una prospettiva equilibrata- troppa discrezionalità ed alla società il metro dell'incertezza, non certo foriera di progresso.

Va poi anche considerato che *la costruzione europea è figlia dell'ordoliberalismo* (filiazione analizzata diffusamente in G. Montedoro Il diritto pubblico fra ordine e caos. I poteri pubblici nell'età della responsabilità Bari 2018 ) una dottrina giuridico economica nata negli anni Trenta a cavallo fra le due guerre a Friburgo nei luoghi dello scontro franco-tedesco per contrapporsi alle pianificazioni sovietiche delineando una società centrata sulla tutela della persona, sulla sua autonomia, sul potere liberatorio del mercato ( come fonte dei diritti e dell'isonomia , in fondo della stessa democrazia delle società aperte ), una società basta sulla massimizzazione delle regole ( ordo ) e del mercato ( liberismo ) e diffidente verso le istituzioni ( di romaniana memoria ).

Si tratta della “dottrina socioeconomica di matrice liberale che sostiene che la piena realizzazione dell’individuo non può compiersi se non vengono garantite la libera iniziativa, la libertà di impresa, di mercato e la proprietà privata poi declinata come economia sociale di mercato in un’ottica più temperata.

La via dell’economia sociale di mercato - nota Irti - “muove invece dalla compatibilità dei due concetti” ( società e mercato ), e “trae in gioco il fattore decisivo del diritto. Non per caso la dottrina dell’«economia sociale di mercato» è stata elaborata nell’atmosfera dell’ordo-liberalismo: cioè di quella scuola di Friburgo, che, già negli anni Trenta, raccolse giuristi ed economisti, e costruì su nuove basi il rapporto fra diritto e mercato. Il diritto non fu visto come immagine o specchio fedele dei fatti economici, i quali preesisterebbero in una loro esterna e vincolante oggettività, ma come potenza conformatrice dell’ordine economico”. (Natalino Irti, Corriere della sera, 23 settembre 2008, p. 53, Commenti di Irti va ricordato sempre sul tema L’ordine giuridico del mercato Bari , 1998 per cui il mercato è sempre un concetto giuridico prima che economico non esistendo un mercato naturale non regolato).

Un *mondo centrato sulle regole e meno sulle istituzioni* è un mondo nel quale – astrattamente - prevale il diritto privato sul diritto pubblico, la concorrenza sulla solidarietà, in cui le istituzioni sono astrette da regole di responsabilità sempre più stringenti, in cui la dimensione del diritto monadico prevale sul fascio delle posizioni giuridiche ( nel nostro lessico sintetizzato dall’espressione interesse legittimo) con rischi di evidente compromissione della dimensione comunitaria o collettiva della vita, del noi e conseguente preminenza ( solo apparente ) dell’Io, del Soggetto moderno ( fonte delle autonomie negoziali private e pubbliche ).

Si tratta di un processo di riduzione della sfera pubblica.

Tale processo – con la conclamata crisi dello Stato sociale – si rivela pieno di contraddizioni.

Il Soggetto moderno infatti poi deperisce in forza, nel contempo, della insostenibilità di un mondo fatto di diritti “insaziabili” ( e si pensi alle nuove frontiere della giustizia climatica con la causa Klimasenioren ) e di nuove coercitive oggettività ( e si pensi alle decisioni algoritmiche ), frutto della costante erosione dell’immaginario sociale ( á la Castoriadis ) per opera dei processi di secolarizzazione e depoliticizzazione ( sulla nuova oggettività come dominio della tecnica e dell’organizzazione è in corso di pubblicazione il libro di S. Foà e G. Montedoro Dialogo sulla nuova oggettività ).

Il giudice ed il giudice amministrativo in particolare è al crocevia di queste dinamiche.

## 2. Fasi storiche di penetrazione del diritto europeo nel diritto nazionale

L'Europa è oggetto di discussione crescente.

C'è chi ne invoca il completamento politico e chi ne lamenta l'invasione.

Certo è stato un sogno filosofico politico.

Il punto più alto di questa elaborazione di pensiero è stato il Manifesto di Ventotene concepito da Altiero Spinelli con i suoi compagni di prigionia Ernesto Rossi ed Eugenio Colorni, con l'idea di un'Europa unita come rimedio ad una guerra che stava devastando l'Europa degli Stati nazionali divenuti nazionalisti ed aggressivi.

Questo sogno filosofico politico ( di cui parla G. Napolitano Altiero Spinelli e l'Europa Bologna , 2007 ) è rimasto irrealizzato. Spinelli ne fu – come dice G. Napolitano – il profeta, l'animatore il combattente ma senza trovare gli uomini di Stato capaci di dare attuazione a quel sogno.

E le secche nelle quali è impanata la costruzione europea dopo la guerra in Ucraina rischiano di allontanare lo scopo di assicurare la pace e la sicurezza delle Nazioni che è la ragione principale dell'Unione europea anche alla luce dell'art. 11 della nostra Carta fondamentale.

Le problematiche dei paesi dell'Est Europa sono storicamente segnate dalla lunga occupazione sovietica avvenuta nel post-war ( su cui T. Judt Postwar La nostra storia 1945-2005, Bari 2017 ) che ha lasciato i segni di un trauma che differenzia i Paesi del nucleo storico fondatore dell'Europa dai paesi dell'Est di recente adesione e che determina un riflesso condizionato di paura di quei paesi anche di fronte alla Russia attuale.

La mancata inclusione della Russia nella NATO, nel periodo nel quale si era aperta una finestra storica per farlo e per sanare le ferite storiche, ha fatto il resto ed ora l'Europa è di nuovo divisa ad Est.

Giova riportare sul punto l'illuminata opinione di Sergio Romano in un'intervista :

“Emerge da più parti *un'analisi critica del rapporto tra Nato ed Europa*. Qualcuno si chiede se abbia senso che la Nato mantenga un ruolo così forte, dal momento che il blocco sovietico non esiste più. Altri invece pensano che la minaccia di Putin confermi l'importanza di una forte presenza difensiva dell'alleanza. Cosa ne pensa?

Io credo che l'Unione europea abbia sofferto le conseguenze della presenza della Nato, perché i paesi dell'Est che sono entrati nella Nato e che sono anche membri dell'Ue tengono più alla Nato di quanto non tengano all'Unione”.

Perché secondo lei?

“Perché la Nato assicura loro ciò a cui più tengono: vale a dire un rapporto molto stretto con gli Usa da cui sperano anche di essere protetti in certe eventualità. Insomma: abbiamo acquisito dei membri che - uso una brutta espressione – hanno un “padrone”

altrove. E questo non giova all'Unione: significa che abbiamo degli amici che non sono del tutto amici”.

Le vie della diplomazia non devono mai essere interrotte nemmeno quando la guerra sono in atto, anzi soprattutto in tali occasioni.

Si richiama questa analisi perché essa è emblematica delle difficoltà nelle quali attualmente si dibatte l'Unione europea che sta mettendo al centro della sua azione le esigenze di difesa e non quelle della comunità fra Stati di diritto.

Naturalmente esiste un'eterogeneità dei fini : proprio dalle esigenze della difesa comune potrebbe sorgere l'unità politica finora mancata ; si spera senza passare da un travaglio troppo doloroso.

Giova richiamare la motivazione del caso Costa c. Enel del 15 luglio 1964 ( il caso dell'avvocato italiano che contestava la bolletta dell'ENEL criticando la nazionalizzazione dell'ENEL salvata nel merito dalla Commissione ma non dalla Corte che demanda l'esame della questione al giudice del merito ) ci soffermiamo sulle parti – celeberrime – nelle quali si stabilisce la primazia del diritto europeo sul diritto nazionale :

“ ... Istituito una Comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in specie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli Stati alla Comunità, questi hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi.

Tale integrazione nel diritto di ciascuno Stato membro di norme che promanano da fonti comunitarie, e più in generale, lo spirito e i termini del Trattato, hanno per corollario l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non potrà essere opponibile all'ordine comune. Se l'efficacia del diritto comunitario variasse da uno stato all'altro in funzione delle leggi interne posteriori, ciò metterebbe in pericolo l'attuazione degli scopi del Trattato contemplata nell'art. 5, secondo comma, e causerebbe una discriminazione vietata dall'art. 7.

Gli obblighi assunti col Trattato istitutivo della Comunità non sarebbero assoluti, ma soltanto condizionati, qualora le Parti contraenti potessero sottrarsi alla loro osservanza mediante ulteriori provvedimenti legislativi. I casi in cui gli Stati hanno diritto di agire unilateralmente sono espressamente indicati (v. ad es. gli articoli 15, 93 n. 3, 223/225) e d'altronde le domande di deroga degli Stati sono soggette a procedure d'autorizzazione (v. ad es. gli articoli 8 n. 4, 17 n. 4, 25, 26, 73, 93 n. 2, terzo comma, e 226) che sarebbero prive di significato qualora essi potessero sottrarsi ai loro obblighi mediante una semplice legge interna.”

Scopo del Trattato e interpretazione sistematica conducono al principio di primazia del diritto comunitario ( ora dell'unione europea ) sul diritto nazionale pur non espressamente sancito.

Continua la Corte :

“La preminenza del diritto comunitario trova conferma nell'art. 189, a norma del quale i regolamenti sono obbligatori e direttamente applicabili in ciascuno degli Stati membri. Questa disposizione, che non è accompagnata da alcuna riserva, sarebbe priva di significato se uno stato potesse unilateralmente annullarne gli effetti con un provvedimento legislativo che prevalesse sui testi comunitari.

Dal complesso dei menzionati elementi discende che, scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità.

Il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile col sistema della Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia. L'art. 177 va quindi applicato, nonostante qualsiasi legge nazionale, tutte le volte che sorga una questione d'interpretazione del Trattato.”

La primazia si giustifica come fondamento implicito nel sistema dei Trattati e la questione pregiudiziale ne è l'architrave per l'obbligo della rimessione da parte dei giudici di ultima istanza e per il monopolio interpretativo del diritto europeo conferito alla Corte di Giustizia che non deve essere vulnerato dagli Stati membri mediante l'approvazione di leggi nazionali contrastanti con il diritto europeo.

Merita di essere menzionato anche il passo della sentenza Van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte:

“La funzione attribuita alla Corte di Giustizia dall'articolo 177, funzione il cui scopo è di garantire l'uniforme interpretazione del Trattato da parte dei giudici nazionali, costituisce la riprova del fatto che gli Stati hanno riconosciuto al diritto comunitario un'autorità tale da poter essere fatto valere dai loro cittadini davanti a detti giudici. In considerazione di tutte queste circostanze si deve concludere che la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini.

Pertanto il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi.

Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle Istituzioni comunitarie.”

In questo passaggio con chiarezza è dalla norma sulla questione pregiudiziale interpretativa che si desume la primazia del diritto comunitario ed il diritto comunitario viene qualificato come un ordinamento giuridico particolare una sorta di “costituzione in fieri”.

Ciò premesso anche nel caso Van Gend & Loos la Corte riconosce spazi di apprezzamento al giudice nazionale :

“rientra nella competenza del giudice nazionale, il quale dovrà stabilire se la merce di cui trattasi (nella specie l'ureoformaldeide proveniente dalla Repubblica federale di Germania) sia colpita, in forza di norme doganali poste in vigore nei Paesi Bassi, da un dazio d'importazione superiore a quello che ad essa si applicava il 1° gennaio 1958.”.

I giudici nazionali non si sono subito resi conto di questa “rivoluzione giudiziaria”.

In una prima fase – durata a lungo – fino all'inizio degli anni novanta i casi di rilevanza comunitaria erano un numero modesto, poi con il diffondersi delle privatizzazioni e la spinta del diritto della concorrenza, si inizia a vivere una fase di vero e proprio euro-entusiasmo, alla quale subentra la situazione attuale di maggiore dello scetticismo, per taluni integrale per altri venato dal desiderio di vedere completata la costruzione europea sul piano politico anche per risolvere alcuni dei problemi della complessità degli attuali meccanismi del dialogo fra le Corti necessario per pervenire all'esatta applicazione del diritto dell'Unione.

Si tratta infatti di comprendere che vi è sempre nel giudizio una dialettica astratto/ concreto e che ogni processo è un processo di concretizzazione del precetto o del comando contenuto nella norma generale ed astratta.

Nel costituzionalismo multilivello europeo non è possibile definire un giudizio nel quale si faccia questione di interpretazione del diritto unionale senza chiedere alla Corte UE come procedere ad attribuire significato alle disposizioni europee, quando vi siano alternative interpretative non implausibili.

Ciò comporta lungaggini : occorre valutare la rilevanza della questione di diritto europeo, la sua plausibilità e serietà ( esclusa solo nel caso di diritto chiaro secondo la teorica *acte claire* ), sospendere il giudizio, attendere la pronuncia della Corte Ue, riattivare il processo, usare del margine di apprezzamento, disapplicare la disposizione nazionale se necessario.

Nelle cause amministrative ove la posizione del privato è tutelata dalla norma nazionale di azione, occorre per la concretizzazione un atto di esercizio del potere.

Poi ci sarà il processo amministrativo in cui si verifica la tenuta alla luce dei motivi proposti.

Poi la rimessione del processo al giudice sovranazionale poi il giudizio finale del giudice nazionale ma a volte si ritorna alla Corte per chiarimenti o per “pentimenti” ossia ponendo la questione sotto altro profilo .

La concretizzazione si allontana per garantire l’uniforme applicazione del diritto dell’Unione che, nello scorrere del tempo, è divenuto sempre più invadente, diffondendosi in moltissimi settori della vita del diritto.

Va anche menzionata la c.d. dottrina Granital della Corte Costituzionale che pone la primazia del diritto comunitario su un piano più complesso essendo postulata l’esistenza di due ordinamenti distinti ma coordinati.

Giova riportare la sentenza Granital nei suoi passi significativi :

“ L’assetto dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno, oggetto di varie pronunzie rese in precedenza da questo Collegio, è venuto evolvendosi, ed è ormai ordinato sul principio secondo cui il regolamento della CEE prevale rispetto alle confliggenti statuizioni del legislatore interno. Questo risultato viene, peraltro, in considerazione sotto vario riguardo. In primo luogo, sul piano ermeneutico, vige la presunzione di conformità della legge interna al regolamento comunitario: fra le possibili interpretazioni del testo normativo prodotto dagli organi nazionali va prescelta quella conforme alle prescrizioni della Comunità, e per ciò stesso al disposto costituzionale, che garantisce l’osservanza del Trattato di Roma e del diritto da esso derivato (sentenze nn. 176, 177/81).

Quando, poi, vi sia irriducibile incompatibilità fra la norma interna e quella comunitaria, è quest’ultima, in ogni caso, a prevalere. Tale criterio opera, tuttavia, diversamente, secondo che il regolamento segua o preceda nel tempo la disposizione della legge statale. Nel primo caso, la norma interna deve ritenersi caducata per effetto della successiva e contraria statuizione del regolamento comunitario, la quale andrà necessariamente applicata dal giudice nazionale. Tale effetto caducatorio, com’è stato avvertito nelle più recenti pronunzie di questa Corte, è altresì retroattivo, quando la norma comunitaria confermi la disciplina già dettata - riguardo al medesimo oggetto, e prima dell’entrata in vigore della confliggente norma nazionale - dagli organi della CEE. In questa evenienza, le norme interne si ritengono, dunque, caducate sin dal momento al quale risale la loro incompatibilità con le precedenti statuizioni della Comunità, che il nuovo regolamento ha richiamato. Diversa è la sistemazione data fin qui in giurisprudenza all’ipotesi in cui la disposizione della legge interna confligga con la previgente normativa comunitaria. È stato invero ritenuto che, per il fatto di contrastare tale normativa, o anche di derogarne

o di riprodurne il contenuto, la norma interna risulti aver offeso l'art. 11 Cost. e possa in conseguenza esser rimossa solo mediante dichiarazione di illegittimità costituzionale.

La soluzione testé descritta è stata delineata in altro giudizio (cfr. sentenza n. 232/75) ed in sostanza così giustificata: il trasferimento dei poteri alla Comunità non implica, nella materia a questa devoluta, la radicale privazione della sovranità statale; perciò si è in quell'occasione anche detto che il giudice nazionale non ha il potere di accertare e dichiarare incidentalmente alcuna nullità, dalla quale scaturisca, in relazione alle norme sopravvenute al regolamento comunitario, "un'incompetenza assoluta del nostro legislatore", ma è qui tenuto a denunciare la violazione dell'art. 11 Cost., promuovendo il giudizio di costituzionalità.

La Corte è ora dell'avviso che tale ultima conclusione, e gli argomenti che la sorreggono, debbano essere riveduti. L'assetto della materia va invece lasciato fermo sotto gli altri profili, che non toccano il rapporto fra la regola comunitaria e quella posteriormente emanata dallo Stato.

Per l'esame da compiere, occorre guardare all'approccio della pregressa giurisprudenza, quale si è, nel complesso, disegnato, nei confronti del fenomeno comunitario. Dalle decisioni già rese si ricava, infatti, un'utile traccia per riflettere sulla validità del criterio fin qui adottato. Com'è di seguito spiegato, non vi è ragione per ritenere che il giudice sia abilitato a conoscere dell'incompatibilità fra la regola comunitaria e quella statale, o viceversa tenuto a sollevare la questione di costituzionalità, semplicemente sulla base dell'ordine cronologico in cui intervengono l'una e l'altra norma. Giova al riguardo richiamare alcune premesse di ordine sistematico, poste nelle precedenti pronunzie, per controllarne il significato e precisare il risultato di questa nuova riflessione sul problema.

4. - *Vi è un punto fermo nella costruzione giurisprudenziale dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno: i due sistemi sono configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato. "Esigenze fondamentali di eguaglianza e certezza giuridica postulano che le norme comunitarie - , non qualificabili come fonte di diritto internazionale, né di diritto straniero, né di diritto interno -, debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di ricezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione eguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari". Così la Corte ha statuito nella sentenza n. 183 del 1973. In detta decisione è per la prima volta affermata la prevalenza del regolamento comunitario nei confronti della legge nazionale. Questo criterio va considerato nel contesto della pronunzia in cui è*

formulato, e quindi inteso in intima e necessaria connessione con il principio secondo cui i due ordinamenti sono distinti e al tempo stesso coordinati. Invero, *l'accoglimento di tale principio, come si è costantemente delineato nella giurisprudenza della Corte, presuppone che la fonte comunitaria appartenga ad altro ordinamento, diverso da quello statale. Le norme da essa derivanti vengono, in forza dell'art. 11 Cost., a ricevere diretta applicazione nel territorio italiano, ma rimangono estranee al sistema delle fonti interne: e se così è, esse non possono, a rigor di logica, essere valutate secondo gli schemi predisposti per la soluzione dei conflitti tra le norme del nostro ordinamento. In questo senso va quindi spiegata l'affermazione, fatta nella sentenza n. 232/75, che la norma interna non cede, di fronte a quella comunitaria, sulla base del rispettivo grado di resistenza. I principi stabiliti dalla Corte in relazione al diritto - nel caso in esame, al regolamento - comunitario, traggono significato, invece, precisamente da ciò: che l'ordinamento della CEE e quello dello Stato, pur distinti ed autonomi, sono, come esige il Trattato di Roma, necessariamente coordinati; il coordinamento discende, a sua volta, dall'aver la legge di esecuzione del Trattato trasferito agli organi comunitari, in conformità dell'art. 11 Cost., le competenze che questi esercitano, beninteso nelle materie loro riservate.*

Occorre, tuttavia, meglio chiarire come, riguardo al fenomeno in esame, si ponga il rapporto fra i due ordinamenti. Sovviene in proposito il seguente rilievo. La disciplina emanata mediante il regolamento della CEE è destinata ad operare, con caratteristica immediatezza, così nella nostra sfera territoriale, come in quella di ogni altro Stato membro; il sistema statale, dal canto suo, si apre a questa normazione, lasciando che le regole in cui essa si concreta vengano nel territorio italiano, quali sono scaturite dagli organi competenti a produrle. Ora, la Corte ha in altro giudizio affermato che l'esercizio del potere trasferito a detti organi viene qui a manifestarsi in un "atto", riconosciuto nell'ordinamento interno come "avente forza e valore di legge" (cfr. sentenza n. 183/73). Questa qualificazione del regolamento comunitario merita un cenno di svolgimento. Le norme poste da tale atto sono, invero, immediatamente applicate nel territorio italiano per forza propria. Esse non devono, né possono, essere riprodotte o trasformate in corrispondenti disposizioni dell'ordinamento nazionale. La distinzione fra il nostro ordinamento e quello della Comunità comporta, poi, che la normativa in discorso non entra a far parte del diritto interno, né viene per alcun verso soggetta al regime disposto per le leggi (e gli atti aventi forza di legge) dello Stato. Quel che si è detto nella richiamata pronunzia, va allora avvertito, altro non significa, in definitiva, che questo: l'ordinamento italiano - in virtù del particolare rapporto con l'ordinamento della CEE, e della sottostante limitazione della sovranità statale - consente, appunto, che nel territorio nazionale il regolamento comunitario spieghi effetto in quanto tale e perché tale. A detto atto normativo sono attribuiti "forza e valore di legge", solo e propriamente nel senso che ad esso si riconosce l'efficacia di cui è provvisto nell'ordinamento di origine."

I due ordinamenti distinti ma coordinati impongono il dialogo fra i giudici nazionali e la Corte UE che poi riceve un'altra spinta stante l'obbligo di rimessione sancito dal

Trattato per le pregiudiziali unionali poste in processi che si celebrano innanzi a giudici di ultima istanza.

La questione pregiudiziale e la presenza di un giudice – la Corte UE – stabilizzato e non arbitrario ed in raccordo con la rete dei giudici nazionali impegnati nel superamento del monismo giuridico del diritto statale fa della UE una comunità di diritto che si differenzia dalle altre organizzazioni internazionali.

L'art 177 del Trattato - ora 267 - è la norma fondante la primazia del diritto europeo unitamente alle ragioni legate alla necessità di trattare in modo uguale tutti gli Stati membri ed i cittadini e le imprese che fanno parte dello spazio giuridico comune.

Certo il processo di integrazione – qui sul piano obiettivo dell'analisi che prescinde dalla lettura che ne possono aver dato le corti nazionali -ha avuto varie fasi storiche: la prima è quella dell'integrazione attraverso il potere giudiziario ad essa è seguita l'integrazione attraverso la moneta ora siamo all'ultimo atto l'integrazione politica e la costruzione di un sistema di difesa comune ( che tuttavia avviene sull'onda di avvenimenti che cambiano profondamente il tradizionale irenismo della costruzione europea come finalizzata ad assicurare la pace e la sicurezza delle Nazioni di cui all'art. 11 della Carta Costituzionale) ( sul tema del processo storico di integrazione cfr. A. Guazzarotti Crisi dell'euro e conflitto sociale . L'illusione della giustizia attraverso il mercato Milano 2016 e A. D'Atorre L'Europa ed il ritorno del “politico” Torino 2020 ).

Si moltiplicano i punti di tensione e ciò rende complesso il dialogo fra i giudici nazionali ed il giudice europeo.

Inoltre singoli Stati ( l'Ungheria e la Polonia ) intervengono – in nome di una “ripresa” del sovranismo come risposta alla crisi finanziaria del 2008 e della pandemia del 2020 - a ridurre le garanzie di indipendenza del potere giudiziario e ciò non favorisce la disposizione della Corte UE a rivedere i presupposti del dialogo ( in particolare a flessibilizzare l'obbligo di rimessione dei giudici di ultima istanza nel timore che gli ordinamenti statuali si chiudano a riccio).

In Italia la questione è esasperata perché la giurisprudenza europea sulla responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE ( a partire dalla sentenza Corte UE Francovich del 16 /11/1991 in cause riunite C-6/90 e C-9/90) ha investito anche lo Stato-giudice ( sentenze Corte Ue Köbler del 30 /9/2003 c- 224/01 e Traghetti del Mediterraneo del 13/6/2006 c-173 /03 ) e la legislazione italiana ha rivisto – ampliandole – le ipotesi di responsabilità del giudice di cui alla legge n. 117 del 1988 in relazione anche all'omessa rimessione di una pregiudiziale da parte del giudice di ultima istanza ( con il risultato di determinare un'ondata di rimessioni alla Corte UE che non è certo segno di salute del sistema ma solo il frutto di una legislazione interna che induce elementi distorsivi e lesivi dell'indipendenza del giudiziario certo cara alla Corte UE come dimostrano le sentenze sui casi Commissione c. Polonia – sentenza del 5/6/2023 causa c 204/21- e Commissione c. Ungheria - sentenza del 16/11/2021 in causa c 821/19 ).

La rigidità dei criteri c.d. CILFIT ( dal caso della Corte UE che ha definito i presupposti dell'esonero del giudice nazionale di ultima istanza dall'obbligo di rimessione ) fa il resto ed induce a ritenere irrisolto il nodo problematico dell'obbligo di rimessione.

### 3. La questione del giudicato nazionale

Si devono in primo luogo tracciare le coordinate della concezione che la giurisprudenza europea ha costruito del giudicato nazionale, essendo questo un punto debole della struttura dell'ordinamento multilivello che ha moltiplicato i livelli di tutela e protezione dei diritti ma ha nel contempo infragilito il giudicato così come siamo abituati a considerarlo nell'ordinamento nazionale.

Vanno menzionate due recenti studi sul tema ( G. Greco Intangibilità o meno del giudicato nazionale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia in Riv. it. dir. pubbl. com. 2023, 397 e ss. E G. Grüner Giudicato amministrativo nazionale e diritto dell'UE stessa Riv. 2022 442).

In linea di massima ( per tutti la recente sentenza Ranstad 21 /12/2021 c-497/20 ) la Corte riconosce l'intangibilità del giudicato nazionale per ragioni di certezza del diritto e stabilità del diritto UE e del diritto nazionale.

Il diritto UE non impone ai giudici nazionali di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono valore di cosa giudicata alle decisioni giurisdizionali per porre rimedio ad una situazione nazionale contrastante con tale diritto.

Né si esige che il diritto nazionale debba imporre il riesame di tale decisione avente valore di cosa giudicata ( con ciò non impone di prevedere un caso di revocazione ad hoc ).

Non si pone nemmeno la previsione di ulteriori mezzi di gravame come il ricorso per Cassazione ( proprio la questione sollevata nel caso Ranstad ).

Le fondamenta di questo assetto sono nel principio di autonomia procedurale dello Stato membro.

L'unico strumento che la Corte di Giustizia ipotizza è un ricorso per inadempimento contro lo Stato membro al fine di farne valere la responsabilità.

Si tratta di rimedio contro lo Stato che non comporta – a rigore – alcuna responsabilità del giudice trattandosi di questioni di diritto obiettivo ( proprio nella sentenza Traghetti del Mediterraneo la limitazione di responsabilità dello Stato in dipendenza dell'elemento soggettivo di colpa o dolo imputabile al giudice era considerato un ostacolo all'effettività del diritto europeo ).

La responsabilità del (singolo) giudice per omessa rimessione pregiudiziale è un effetto della normazione italiana interna che ha tipizzato, oltre le mura di Gerico, un caso di responsabilità dello Stato come un caso di responsabilità del giudice.

Ciò è avvenuto per le note tensioni italiane nel rapporto politica giustizia ( su cui vi è una sterminata letteratura ), originatesi sin dalla discussione sull'autonomia della Magistratura in Assemblea costituente – basti pensare al dibattito fra Calamandrei e Mortati sulla giurisdizione unica - e poi acuite dalle vicende storiche del nostro paese ed a processi delicati sulla corruzione politica.

La presenza – dominante mediaticamente - di un magistrato del PM che è modello di indipendenza anche per altri paesi (e rispetto al quale andrebbero regolate solo attentamente le responsabilità disciplinari nel delicato rapporto con i mass media ) risulta in questo contesto storico polarizzare il dibattito politico sulle riforme della giustizia impedendo di vedere altri squilibri del sistema.

Fra le problematiche più spinose si colloca quella della disapplicazione del giudicato nazionale contrario al diritto UE.

Se in linea di principio tale disapplicazione non è consentita a volte per il principio di effettività – nonostante l'autonomia procedurale degli Stati membri la Corte si è riconosciuta il potere di controllare le modalità di attuazione del principio di cosa giudicata ( in relazione al principio di interpretazione conforme e di equivalenza delle tutele ) in modo da evitare di rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di diritti conferiti dall'ordinamento dell'UE ( e fin qui nessun problema ).

Solo eccezionalmente può venir meno l'intangibilità del giudicato sostanziale.

Tuttavia l'evenienza non è esclusa.

Si prospetta quindi un delicato bilanciamento fra autonomia procedurale che comporta l'intangibilità del giudicato nazionale ed il principio di effettività e primazia del diritto dell'UE.

La Corte sembra muoversi – secondo Grüner – in ottica casistica o di pragmatismo casistico ( op. ult. cit. pag. 447 ).

L'inizio del processo di erosione del giudicato nazionale per ragioni eccezionali si ha con il caso Lucchini Corte UE 18 luglio 2007 c-119/05.

Si trattava di un aiuto di Stato illegittimo, che era stato accertato dalla Commissione con decisione che l'amministrazione non aveva rappresentato come esistente durante un processo civile volto ad ottenere l'erogazione dell'ausilio pecuniario pubblico e di qui la formazione di un giudicato civile contrario al tenore della decisione della Commissione europea, anteriore alla formazione del giudicato medesimo.

L'amministrazione, in seguito, accortasi del problema, aveva adottato un atto di autotutela rifiutandosi di corrispondere l'aiuto che ovviamente veniva preteso con *actio iudicati* innanzi al giudice amministrativo.

Di qui la questione pregiudiziale comunitaria e la sentenza che invita a disapplicare l'art. 2909 del cod. civ. trattandosi di palese violazione delle competenze di attribuzione essendo solo la Commissione a potere valutare la compatibilità degli aiuti di Stato con la disciplina unitaria del mercato comune ormai divenuto mercato interno.

In sostanza nel caso Lucchini veniva in considerazione una competenza esclusiva della Commissione.

Nella sentenza Corte UE 4 marzo 2020 C- 587/18 P. CSTP Azienda della mobilità la vicenda invece è invertita perché *il giudicato era intervenuto prima della decisione della Commissione ed al momento della decisione giurisdizionale il procedimento in Commissione non era nemmeno stato avviato* ( naturalmente influisce sulla giurisprudenza europea il fatto che gli Stati nazionali non provvedono alla notifica degli aiuti sicché *mancate notifiche* dei progetti di aiuto e successivi conseguenti giudicati assunti senza che la Commissione avesse potuto interloquire sugli aiuti dello Stato membro rischiano di vanificare la competenza esclusiva della Commissione.

Nel terzo caso, in una causa tributaria con la sentenza Fallimento Olimpclub del 3 /9/2009 c- 2/08 si limita l'invocabilità dei *giudicati esterni* relativi ad annualità diverse e precedenti dell'iva e ciò a tutela delle risorse proprie della Comunità quali quelle esatte con l'iva.

Lo stesso accade con la sentenza Avio Lucos dell'aprile del 2022 in materia di agricoltura dovendosi dare preminenza al recupero dell'aiuto concesso illegittimamente al privato ( anche in questo caso si trattava di giudicato esterno fra le stesse parti intervenuto in altro segmento del rapporto sulla stessa questione giuridica relativa al disallineamento della normativa interna rispetto a quella europea).

Nel caso Corte UE del 17 /5/2022 in cause c. 693/19 e c- 831/19 SVP Project si fa cedere un decreto ingiuntivo non opposto in un caso di pretesa fondata su una clausola contrattuale abusiva e si limita quindi l'efficacia di un giudicato implicito ( la repulsa del giudicato implicito si spiega con ragioni garantistiche e con una certa inclinazione del diritto consumeristico europeo a difendere i soggetti deboli ).

Tutto ciò crea una certa incertezza del diritto ed ha un alto tasso di opinabilità. In ogni caso, lo mette quando ci si muova al di fuori del perimetro delle competenze esclusive degli organi comunitari al fine di tutelare solamente un interesse pubblico unionale di particolare importanza.

In sostanza il metodo Lucchini non andrebbe generalizzato.

Poi vi sono almeno due casi di pregiudiziali “svuotanti” ossia esercitate in sede di ottemperanza dallo stesso giudice nazionale che si accorga che il giudicato da eseguire contenga statuizioni contrarie al diritto dell’UE.

Ci si riferisce ( e lo studio di Grüner lo mette in evidenza ) ai casi Corte di Giustizia 10 luglio 2014 C- 213/13 Pizzarotti ove tutto si incentra sul c.d. giudicato a formazione progressiva e Corte UE 19/12/2018 causa C-219/17 S.B. che ha ritenuto il giudicato invasivo della competenza della Banca centrale nella complessa vicenda Mediolanum ( su cui CdS VI n. 882 del 2016 e CdS VI ord. 1805 del 2017 e infine CdS VI n. 2890 del 2019).

Certo la giurisprudenza è andata oltre il caso Lucchini ma non sembra che le vicende analizzate siano ( a parte SVP Project ) invasive della autonomia procedurale dello Stato membro essendo riportabili a competenze esclusive degli organi unionali ritenute violate o a interessi finanziari dell’UE o fattispecie non ancora compiutamente definite come nel caso del giudicato a formazione progressiva .

#### 4. La questione dell’obbligo di rimessione

Il Consiglio di Stato, afflitto dall’ipoteca della responsabilità da omessa rimessione che costituisce un ulteriore motivo di criticità del sistema delle tutele multilivello ( creato però dalla peculiare scelta del legislatore italiano di legare la responsabilità dello Stato a quella del giudice ), ha cercato – più volte - di stimolare una revisione del dictum dei criteri CILFIT ( Corte UE 6/10/1982 causa 283/81 CILFIT e Lanificio di Gavardo contro Ministero della Sanità ; sulla vicenda cfr. L Daniele Si può migliorare CILFIT ? Sulla sentenza Consorzio Italian Management in Eurojus n. 2 del 2022 ).

Si tratta di ipotesi di rinvio c.d. “difensivo” se lette solo in chiave di eventuale responsabilità civile ma in realtà si tratta di tentativi di rimediazione di una dottrina quella dell’acte clair ritenuta insoddisfacente – come vedremo - sin dal momento della sua trasposizione dalla dogmatica francese al campo delle pregiudiziali comunitarie.

Ricordiamo le tre ipotesi CILFIT di esonero dall’obbligo di rimessione : la prima è la non rilevanza o non pertinenza della questione di diritto UE che si ha quando la risposta alla questione qualunque essa sia non possa influire sull’esito della lite ( CILFIT cit. punto 10).

Spetta unicamente al giudice nazionale valutare la rilevanza della questione pregiudiziale.

La seconda ipotesi di esonero è data dall’esistenza di uno o più precedenti della Corte UE ( acte éclairé atto in sostanza già chiarificato ).

E' essenziale che esista un giurisprudenza che risolva il punto di diritto litigioso, anche se non resa in caso propriamente identico ( CILFIT punti 13-15 ).

La terza ipotesi di esonero – la più delicata - riguarda i casi in cui – in assenza di precedenti - la corretta applicazione del diritto dell'Unione si impone con tale evidenza da non lasciare alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione prospettata ( ( CILFIT punti 16-20) ( acte clair atto chiaro in realtà si tratta dell'ipotesi più problematica su cui il Consiglio di Stato si attendeva un ripensamento da parte della Corte UE).

La sentenza intervenuta di recente è Corte UE 6 /10/2021 causa c- 561/19 Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi contro Rete ferroviaria italiana spa.

Sul punto dell'atto chiaro nel 1982 già l'avv. Generale Capotorti aveva espresso perplessità ricordando che nell'ordinamento francese tale teoria ( sorta con riferimento all'interpretazione dei Trattati internazionali da parte del Conseil d'Etat , non aveva dato buona prova essendo contraddittorio ritenere che esistano norme giuridiche che non richiedano alcuna attività interpretativa ( lo ricorda L. Daniele a pag. 3 dello scritto da ultimo citato ).

Il crinale distintivo fra obbligo di rimessione ed esonero su questa sponda è dato dalla coppia “interpretazione della disposizione” contro “applicazione della stessa disposizione”.

Una differenza – quella fra interpretazione ed applicazione – ardua e forse del tutto infondata, essendo ogni atto applicativo anche un atto interpretativo.

La teoria veniva da Capotorti definita infondata ed ambigua.

Tuttavia la Corte ha accolto tale teorica e quindi il monopolio dell'interpretazione è assunto come integrale e massima è l'estensione dell'obbligo di rimessione residuando poi dopo l'atto interpretativo un residuale potere di applicazione del principio affermato nella sentenza della Corte UE in capo al giudice nazionale secondo le caratteristiche del caso concreto e nello spazio lasciato di volta in volta alla Corte al giudice nazionale.

Ma v'è un punto della teoria dell'acte clair che sfiora la probatio diabolica ( secondo Tesauro ) ed è quello relativo al convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe anche ai giudici degli altri Stati membri ed alla Corte di Giustizia.

A giudizio dell'avvocato generale Bobeck l'elemento più discutibile della giurisprudenza Cilfit deriverebbe dalla trasposizione della dottrina francese sull'acte clair in un contesto assai diverso come quello comunitario in ciò egli ricalca l'opinione di Capotorti.

In proposito è stato eloquentemente rilevato che “l'aver ancorato l'uso di tale filtro a condizioni molto rigorose, apparentemente persino diaboliche, non può tuttavia eliminare il rischio di veder trasformati molti atti dell'Unione, notoriamente oscuri, in atti chiari; e molte norme chiare, interpretate in modo... oscuro”.

Se è corretta quindi la ricostruzione dell'avvocato generale in merito alla difficoltà dei giudici nazionali nel seguire alcuni criteri CILFIT, in quanto non agevolmente applicabili, va ricordata la soluzione ipotizzata nelle sue conclusioni (criticate da una parte della dottrina cfr. F. Ferraro Corte di giustizia e obbligo di rinvio pregiudiziale del giudice di ultima istanza: nihil sub sole novum in [giustiziainsieme.it](http://giustiziainsieme.it)) .

Invero, si propone un revirement dei principi ormai sedimentati nella giurisprudenza della Corte, che consiste nel passaggio dalla mancanza di ogni ragionevole dubbio quanto alla corretta applicazione del diritto dell'Unione nel singolo caso di specie, dimostrato dall'esistenza di un dubbio giurisdizionale soggettivo, ad un imperativo più oggettivo di garanzia di un'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione in tutta l'Unione europea.

Più nello specifico, questo orientamento propone di circoscrivere l'obbligo dei giudici nazionali di ultima istanza di effettuare un rinvio pregiudiziale vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione, qualora siano soddisfatte tre condizioni cumulative: (1) la causa solleva una questione generale di interpretazione del diritto dell'Unione; (2) il diritto dell'Unione può essere ragionevolmente interpretato in più modi possibili; (3) l'interpretazione del diritto dell'Unione non può essere dedotta dalla giurisprudenza esistente della Corte né da una singola sentenza della Corte, formulata in modo sufficientemente chiaro.

Ma la Corte nella c.d. CILFIT II ( sentenza già citata del 2021 ) non segue questa impostazione e affronta il rapporto fra “ragionevole dubbio” che impone la rimessione secondo la prospettiva Bobeck e la “mera presenza di più interpretazioni possibili della disposizione unionale” che impone la rimessione secondo CILFIT I richiedendo che l'obbligo può superarsi solo quando a fronte di più interpretazioni possibili nessuna delle letture della norma non accolte sia plausibile alla luce del contesto e delle finalità della disposizione nonché del sistema normativo in cui essa si inserisce.

Ossia solo la dimostrazione argomentata dell'implausibilità delle alternative interpretative prospettate nel giudizio libera il giudice di ultima istanza dall'obbligo di rimessione alla Corte UE non potendosi circoscrivere l'obbligo ai soli casi di ragionevole dubbio senza mettere a rischio il monopolio interpretativo della Corte UE.

In sostanza in astratta presenza di più letture possibili di una disposizione unionale, solo se nessuna è plausibile, perché solo una si impone, il giudice è libero dall'obbligo del rinvio.

In presenza di divergenze giurisprudenziali si deve rimettere senza il cumulo di altre condizioni e così anche se le alternative interpretative appaiono plausibili.

Se in presenza di divergenze giurisprudenziali si decide di non rinviare occorre ben motivare. E la motivazione – da svolgersi su un piano oggettivo e non soggettivo – appare sempre un requisito necessario della scelta di non rinviare. Ma la scelta di non

rinvviare in presenza di divergenze giurisprudenziali appare ben rischiosa sul piano della eventuale violazione del diritto UE.

Va anche ricordato che l'obbligo di rinviare talvolta riguarda anche il giudice di prima istanza e questo nelle c.d. pregiudiziali di validità non essendo consentito al giudice nazionale di annullare atti amministrativi di organi unionali di cui si contesti la validità innanzi alle giurisdizioni nazionali ( sentenza Corte UE 22 /10/1987 causa c 314/85 Foto Frost contro Hauptzollamt Lübeck –Ost. ).

I giudici nazionali possono non rimettere una questione di validità se ritengono l'atto comunitario valido. Ciò alla luce del principio di conservazione degli atti che la Corte UE riconosce.

Quindi non devono rimettere se ritengono l'atto valido ma solo quando dubitano della sua invalidità.

## 5. La questione della revocazione

Nel caso Hoffman La Roche contro Autorità Garante della concorrenza e del mercato la Corte UE con sentenza del 7/7/2022 causa 261/21 ha escluso che il diritto UE imponga il rimedio della revocazione anche in caso di eventuale contrasto fra una sentenza nazionale ed una sentenza della Corte UE resa rispondendo a questione pregiudiziale sollevata *nello stesso giudizio* ( sul punto R. Jacchia M. Stillo La Corte di Giustizia metta la parola fine alla saga Avastin Lucentis in [www.dejalex.com](http://www.dejalex.com) ).

L'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato era CdS VI n, 2327 del 2021 pronunciata in un giudizio di revocazione dopo una sentenza semplificata che aveva rigettato i motivi proposti alla luce delle ipotesi previste dal diritto nazionale fra le quali come è noto non vi è quella del contrasto con un giudicato della Corte UE.

La Corte UE ha risposto solo al terzo dei quesiti posti dal giudice rimettente ritenendo di avere il potere di risolvere così la questione in senso utile al giudice nazionale ( il primo essendo un quesito per dimostrare la rilevanza della questione il secondo per demandare alla Corte il giudizio sull'eventuale contrasto fra giudicato europeo e giudicato nazionale

il terzo sulla necessità della revocazione in tale ultimo caso ) ed escludendo la revocazione.

Non ha risposto al primo quesito che chiedeva alla Corte se in presenza di un giudicato UE spettasse solo a lei l'interpretazione della sua portata.

Il Consiglio di Stato aveva infatti deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se il giudice nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, in un giudizio in cui la domanda della parte sia direttamente rivolta a far valere la violazione dei principi espressi dalla [Corte] nel medesimo giudizio al fine di ottenere l'annullamento della sentenza impugnata, possa verificare la corretta applicazione nel caso concreto dei principi espressi dalla [Corte] nel medesimo giudizio, oppure se tale valutazione spetti alla [Corte].

2) Se la sentenza del Consiglio di Stato n. 4990/2019 abbia violato, nel senso prospettato dalle parti, i principi espressi dalla [Corte] nella sentenza [Hoffmann-La Roche] in relazione a) all'inclusione nel medesimo mercato rilevante dei due farmaci senza tener conto delle prese di posizione di autorità che avrebbero accertato l'illiceità della domanda e dell'offerta di Avastin off-label; b) alla mancata verifica della pretesa ingannevolezza delle informazioni diffuse dalle società.

3) Se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, del TUE e 2, paragrafi 1 e 2, e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'articolo 47 della [Carta], ostino ad un sistema come quello concernente gli articoli 106 del codice del processo amministrativo e 395 e 396 del codice di procedura civile, nella misura in cui non consente di usare il rimedio del ricorso per revocazione per impugnare sentenze del Consiglio di Stato confliggenti con sentenze della [Corte], ed in particolare con i principi di diritto affermati dalla [Corte] in sede di rinvio pregiudiziale».

Né la questione è risolvibile in base al nuovo articolo 391 quater del cpc introdotto dal dlgs. n. 149 del 2022 non applicabile al processo amministrativo e comunque riguardante solo le il contrasto con sentenze CEDU .

Armonica a questa conclusione che esclude la revocazione è anche la giurisprudenza costituzionale che ritiene che nelle materie diverse dal penale non c'è necessità di riaprire il processo anche è stato accertato dalla Corte EDU che il processo non è stato equo ( Corte Cost. n. 123 del 2017 e Corte Cost. n. 93 del 2018 ).

Il margine di apprezzamento del giudice nazionale

In un recente interessante caso di ritorno della controversia dopo una rimessione alla Corte UE il CdS IV – con sentenza n. 9933 del 2023 - ha ritenuto di poter evitare di fare applicazione del principio enunciato dalla Corte UE che aveva ritenuto illegittimo un certo affidamento in house del ciclo integrato dei rifiuti in considerazione del fatto che il giudice sovranazionale aveva fatto salvi gli accertamenti del giudice del rinvio sulla fattispecie concreta.

Si trattava di una operazione di dismissione di un pacchetto azionario di un Comune ligure dopo un'operazione di aggregazione della società partecipata ad altra società.

La circostanza fattuale che la dismissione fosse avvenuta dopo il perfezionamento dell'operazione di aggregazione qualificava la scelta del Comune di dismissione come revoca e non come ripristino della legalità violata.

Una serie di ulteriori circostanze fattuali vengono valorizzate in un'ottica improntata alla garanzia del risultato del mantenimento del servizio in capo ad una società quella subentrata nel servizio dopo l'operazione di aggregazione società peraltro scelta in base ad una gara a doppio oggetto.

La circostanza che la Corte UE avesse ritenuto illegittimo un affidamento in house se avvenuto *automaticamente* porta la Sezione ad escludere in concreto l'illegittimità essendo tale passaggio avvenuto *in base ad una gara pubblica*.

Naturalmente la scelta di non applicare una sentenza della Corte può sempre essere fatta dal giudice nazionale sulla base del proprio apprezzamento delle circostanze di fatto ma occorre motivare in modo specifico ed essere stati legittimati dalla Corte ad apprezzare in concreto i fatti ( “spetta unicamente al giudice nazionale accertare e valutare i fatti della controversia di cui al procedimento principale” punto 55 della sentenza Hoffmann La Roche” ).

La questione pregiudiziale infatti è solo una tappa del processo di concretizzazione normativa.

Va altresì considerato che è sempre possibile tornare in Corte UE, se necessario, per chiedere chiarimenti se esaminate le circostanze di fatto residuino dubbi ( punto 55 sentenza Hoffmann La Roche e punto 38 sentenza Consorzio Italian Management ) ma non per proporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale volta a chiarire se “detto organo giurisdizionale nazionale abbia correttamente applicato al procedimento principale l'interpretazione fornita dalla Corte in risposta ad una domanda di pronuncia pregiudiziale da esso precedentemente sottoposta nello stesso procedimento ( sempre punto 55 sentenza Hoffmann La Roche che incidentalmente risponde al primo quesito prima ricordato posto dal Consiglio di Stato ed accantonato per andare subito al terzo quesito ).

Ma in generale una certa tendenza ad eccedere nelle richieste di remissioni pregiudiziali da parte delle parti e la riluttanza della Corte UE a diventare un giudice

dell'impugnazione delle sentenze dei giudici nazionali impone al giudice nazionale di riempire gli spazi vuoti quando possibile senza, in linea di massima, tornare nuovamente alla Corte UE a meno che non vi sia il concreto rischio di incoerenze nel giudizio.

Ciò onde evitare che il dialogo fra le Corti si trasformi in una navetta infinita.

Va anche detto tuttavia che la disciplina italiana della responsabilità del giudice da omessa rimessione imporrà prima o poi uno scrutinio unionale della complessità dell'assetto determinatosi in relazione ai valori dello Stato di diritto ed ai rischi di innesco di rimessioni puramente difensive da parte dei giudici nazionali disfunzionali per la stessa Corte UE a fronte della mancata sostanziale revisione dei criteri CILFIT.

## 7. La questione del dialogo o della Babele.

I giudici come costruttori del sistema giuridico globale sono rimasti a mezza strada.

Ne risulta un sistema incompleto e complesso nel contempo, oscillante fra tendenze al dialogo e caos babelico ( cfr. S. Cassese I Tribunali di Babele Roma 2009 ).

Certo il ritorno del “politico” potrebbe risolvere molti problemi, ma si è evidenziato come la problematicità del rapporto fra giudice sovranazionale e giudice nazionale – che Conforti vedeva come il vero attuttore del diritto sovranazionale – sia determinata da scelte peculiari ( in tema di responsabilità civile ) fatte dal legislatore interno dopo la sentenza Corte UE Traghetti del Mediterraneo.

Nel lavoro di ogni giorno occorre procedere mettendo del tutto tra parentesi il tema della ( meramente eventuale) responsabilità civile perché non sia fonte di intorbidimento delle acque e occorre sempre avere chiare le coordinate della giurisprudenza unionale anche quando essa ha carattere casistico problematico ( come sottolineato da Guido Greco che è comunque particolarmente, e non senza ragione, scettico sulla deriva analizzata e mira a salvaguardare il giudicato aumentando le ipotesi di responsabilità, scenario a parere di chi scrive accettabile solo ove si distingua fra responsabilità dello Stato e responsabilità del giudice ).

Il tema di fondo è se si voglia la perfezione e la giustizia a tutti i costi ( il che implica un processo al processo ossia un processo senza fine ) o se si possa accettare un certo grado di imperfezione e fallacia del giudicato per il bene della certezza del diritto.

La certezza del diritto è fatta anche di rinuncia ( lo ricorda T. Greco Curare il mondo con Simone Weil Bari 2023 ).

Concludo ricordando gli Escolios di Gomez de Avila : “il pensiero che vuole essere sempre giusto si paralizza. Il pensiero progredisce quando cammina fra ingiustizie simmetriche, come fra due file di impiccati”.

Oltre la rinuncia, l'equilibrio sul filo.

