



Sentenza 269 e doppia pregiudizialità nella giurisprudenza del giudice amministrativo

DI LIVIA LORENZONI*

Sommario: 1. Introduzione – 2. I casi di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea da parte del Giudice amministrativo – 3. I diritti fondamentali in gioco e le possibili conseguenze sull'applicabilità della dottrina della doppia pregiudizialità - 4. I casi di rinvio alla Corte di Giustizia successivamente ad una pronuncia della Corte costituzionale – 5. Le ordinanze del giudice amministrativo adesive alla dottrina della 269/2017 – 6. Note conclusive

1. Introduzione

La mia relazione riguarda l'interpretazione offerta dai Tribunali amministrativi regionali e dal Consiglio di Stato della dottrina della "doppia pregiudizialità" stabilita dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 269/2017.

L'analisi della giurisprudenza amministrativa offre un quadro eterogeneo, con una prevalenza dei ricorsi alla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) rispetto agli incidenti di legittimità costituzionale. Nell'ambito delle pronunce concernenti casi nei quali rilevavano diritti fondamentali, tutelati sia dalla Costituzione italiana sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE o Carta di Nizza) state individuate nove ordinanze di rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo; altri nove rinvii pregiudiziali alla CGUE, in casi già esaminati dalla Corte costituzionale e solo due questioni di legittimità costituzionale.

2. I casi di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea da parte del Giudice amministrativo

* Ricercatrice di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Roma Tre.

Il caso più recente e maggiormente dibattuto riguarda il controverso tema della compatibilità con il diritto europeo della proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, disposta dall'art. 1, commi 682 e 683, legge n. 145 del 2018.

Le due note pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 9 novembre 2021, numeri 17 e 18, hanno escluso radicalmente l'applicabilità della dottrina sulla doppia pregiudizialità. La plenaria ha negato la sussistenza, nel caso di specie, dei due presupposti per attivare il sindacato di costituzionalità in via incidentale sulla legge nazionale anti-comunitaria. Tali presupposti sono stati individuati nella lesione di diritti fondamentali della persona, tutelati sia dalla Costituzione sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e nel contrasto con una direttiva comunitaria non self-executing¹.

Con una recentissima ordinanza, il TAR Lecce, in linea con il suo precedente orientamento, si è posto in contrasto con la suddetta ricostruzione del Consiglio di Stato ed ha negato il potere di disapplicazione in capo alla PA della disposizione italiana anti-comunitaria sulle proroghe delle concessioni demaniali marittime.

A fondamento di tale posizione è stata posta l'assenza di un accertamento della natura auto-esecutiva e l'immediata applicabilità della norma europea asseritamente violata dal legislatore italiano, ossia l'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva Bolkestein). Il Collegio ha rilevato come quest'ultima non sia idonea a rendere disapplicabile la disciplina interna confliggente, non essendo composta da disposizioni sufficientemente dettagliate e specifiche, come dimostrato dal "caos attuativo" che si registra nella giurisprudenza. L'ordinanza ha sottolineato, altresì, che la disposizione europea statuisce espressamente che gli Stati membri debbano stabilire le regole di selezione dei concessionari, evidenziandosi, così, in seno alla stessa direttiva, la necessità di una normativa nazionale di recepimento, che chiarisca le procedure da attuare in alternativa alla proroga. In tale contesto, il Collegio ha ritenuto che la disapplicazione determinerebbe un vuoto normativo e uno stato di assoluta incertezza del diritto, trattandosi di una c.d. disapplicazione in senso assoluto, con un effetto di c.d. mera esclusione (disapplicazione ostativa), con il rischio di attribuire una eccessiva discrezionalità al singolo dirigente comunale.

Pur citando l'incidente di costituzionalità innanzi alla Corte costituzionale, tra gli strumenti di supporto interpretativo a disposizione dei giudici nazionali, il TAR ha concluso con un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea.

Sono state rimesse alla Corte di Lussemburgo una serie di complesse questioni riguardanti, tra le molte, il rapporto tra immediata applicabilità, auto-esecutività ed efficacia diretta di una direttiva europea di armonizzazione; il potere di disapplicazione con effetto di mera esclusione o meramente ostativa della legge nazionale da parte della pubblica amministrazione; oltre a una serie di elementi critici emersi nella precedente giurisprudenza con riferimento alla compatibilità con il diritto europeo della proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime, come la rilevanza transfrontaliera e la scarsità del bene in questione.

Per quanto interessa in questa sede, preme evidenziare come l'ultimo dei quesiti posti alla Corte di Giustizia faccia riferimento espresso alla tutela di diritti fondamentali, come il diritto di proprietà, «riconosciuti come meritevoli di tutela privilegiata nell'Ordinamento dell'U.E. e

¹ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenze del 9 novembre 2021, n.17 e n.18.

nella Carta dei Diritti Fondamentali»². Il che avrebbe potuto giustificare la rimessione della questione dinanzi alla Corte costituzionale in applicazione della dottrina di cui alla pronuncia 269/2017.

Invero, il tema delle proroghe interseca quello della proprietà superficiaria del concessionario sulle opere costruite sul bene demaniale ed il successivo incameramento di queste ultime da parte dello Stato alla scadenza del rapporto concessorio (cfr. Corte cost. sent. n.29/2017), incidendo indubbiamente con l'art. 42 Cost. e con l'art. 17 della Carta di Nizza.

Tale aspetto si lega, altresì, al tema del legittimo affidamento dei concessionari storici, riconosciuto, tra l'altro, dalle conclusioni dell'Avvocato Generale del 25 febbraio 2016 nella nota sentenza *Promoimpresa* del 14 luglio 2016, a fondamento della ammissibilità di una proroga "caso per caso" delle concessioni demaniali, in base alla eventuale necessità di ammortare gli investimenti eccedenti del concessionario, in contrapposizione alla indiscriminata e generalizzata proroga *ex lege*³.

Inoltre, la possibile responsabilità penale di operatori che occupino abusivamente suolo pubblico sulla base di concessioni prorogate da una legge statale antieuropea (su cui cfr., tra le più recenti, Corte di Cassazione Sez. Terza Penale, con sent. n. 15676 del 13 aprile 2022) coinvolge profili di libertà personale, di riserva di legge in materia penale, che indubbiamente rivestono rilevanza costituzionale e di diritti fondamentali dell'Unione europea.

Infine, la rilevanza, economica, strategica e politica della questione sembra rendere particolarmente opportuno, in assenza di un doveroso intervento da parte del legislatore (chiaramente invocato dal TAR Lecce e in questi giorni in discussione in Parlamento), un intervento *erga omnes* da parte di un organo di garanzia. Ciò proprio al fine di scongiurare il rischio, evidenziato dallo stesso TAR, di attribuire eccessiva discrezionalità al singolo amministratore locale chiamato a provvedere sulla base di un quadro normativo incerto.

Tuttavia, la scelta del TAR Lecce di ricorrere alla Corte di Giustizia europea appare porsi in linea di continuità con un altro filone giurisprudenziale, meno noto, che ha affrontato espressamente la questione della doppia pregiudizialità, alla luce della 269/2017, escludendone la applicabilità, con riferimento alla disciplina italiana di proroga di concessioni, questa volta, in materia di giochi e scommesse.

In questo caso, oggetto del sindacato è stato un provvedimento dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli (ADM), fondato su una norma italiana che prevedeva, in assenza di procedure competitive, la prosecuzione della concessione in favore di Lotterie Nazionali s.r.l. relativa alla raccolta, anche a distanza, delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea (c.d. gratta e vinci). Nei giudizi, i ricorrenti lamentavano la violazione tanto dei principi di libertà di stabilimento e concorrenza europei (art. 267, comma 3, TFUE), quanto dei principi costituzionalmente tutelati

² TAR Puglia – Lecce, Sez. I, ord. dell'11 maggio 2022 n. 743.

³ «In ogni caso, ritengo che la giustificazione relativa al principio della tutela del legittimo affidamento invocata dai ricorrenti nel procedimento principale e dal governo italiano richieda una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare, attraverso elementi concreti, che il titolare dell'autorizzazione abbia potuto aspettarsi legittimamente il rinnovo della propria autorizzazione e abbia effettuato i relativi investimenti» e che il provvedimento nazionale che consenta il rinnovo automatico delle concessioni sui beni demaniali «possa essere giustificato da un motivo imperativo di interesse generale relativo alla certezza del diritto» (conclusioni dell'Avvocato Generale, Cause riunite C 458/14 e C 67/15). Peraltro, la Corte di Giustizia aveva già in più occasioni chiarito la compatibilità con l'ordinamento europeo delle «proroghe attuate dalla normativa nazionale [che] mirano a consentire ai concessionari di ammortizzare i loro investimenti» (in tal senso, CGUE causa C-347/06; Id., causa C-221/12).

di uguaglianza e di parità di trattamento (art. 3 Cost.), di libertà di iniziativa economica (41 Cost.) e di libertà di concorrenza (art. 117, secondo comma, lett. e) Cost.).

Il Consiglio di Stato ha escluso che, nei casi sottoposti alla sua attenzione, potesse invocarsi l'orientamento della Corte costituzionale di cui alla pronuncia n. 269/2017, ritenendo non ricorresse l'ipotesi della protezione di una situazione soggettiva tutelata in via esclusiva dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, bensì una questione di interpretazione del diritto dell'Unione, ex art. 267 del TFUE. Il Collegio ha, altresì, specificato che «anche nell'ipotesi di allegato contrasto con la suddetta Carta, comunque, la previa sollevazione dell'incidente di costituzionalità dovrebbe essere intesa come una possibilità, e non come un obbligo, per il giudice *a quo*»⁴.

I giudici di Palazzo Spada hanno evidenziato la necessaria priorità del rinvio pregiudiziale europeo, rispetto all'incidente di costituzionalità, anche in situazioni di doppia protezione (interna ed europea) delle situazioni giuridiche soggettive. Le pronunce in esame hanno motivato affermando che «sul piano processuale, l'eventuale sollevazione dell'incidente di costituzionalità, postula il positivo apprezzamento della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione. Nella logica di un'eventuale ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, infatti, il giudice interno ha l'onere di delibare la questione europea, per valutare l'applicabilità della legge interna nel giudizio posto al suo esame, motivando sulla rilevanza della questione, la quale è sempre ancorata ad un giudizio, prognostico, di applicabilità della norma al caso concreto»⁵. Il Collegio si è riservato la possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma, nel caso di vaglio favorevole della Corte di Giustizia sulla compatibilità europea della disposizione italiana contestata⁶.

Il Consiglio di Stato, con un ragionamento in parte simile a quello del TAR Lecce sulle concessioni demaniali, ha negato la diretta disapplicazione della norma, poiché le ragioni dell'eventuale contrasto con il diritto dell'Unione non sarebbero state immediate, né sufficientemente chiare, precise ed incondizionate, in base alla Direttiva Concessioni, ai principi generali dei Trattati e alla giurisprudenza della CGUE. Il potere di disapplicazione è stato, quindi, subordinato ad una pronuncia della Corte di Lussemburgo che neghi la compatibilità della disposizione interna con il diritto europeo.

Ulteriori argomenti per affidare priorità al rinvio pregiudiziale sono stati: la doverosità del rinvio europeo, quando il giudice *a quo* è anche giudice di ultima istanza; l'importanza della questione interpretativa sottesa alla doppia pregiudizialità, tale da conformare, per il futuro, l'esercizio della discrezionalità da parte del legislatore interno, nella materia del rinnovo delle concessioni delle lotterie istantanee; la specificità del caso concreto, che impone la sollecita definizione della controversia, obiettivo ritenuto maggiormente raggiungibile, optando per una

⁴ Consiglio di Stato sez. IV, 3 settembre 2019, sentenze nn. 6079 e 6080; Consiglio di Stato, sez. IV, 5 settembre 2019, ordinanze nn. 6101 e 6102.

⁵ Id.

⁶ «In quest'ultimo caso, la Sezione, si riserva espressamente la possibilità di vagliarne in via successiva (anche, eventualmente) la non manifesta infondatezza e la rilevanza della questione di legittimità costituzionale, secondo i parametri interni (si tratta degli artt. 3, 24 e 117 della Costituzione), considerato altresì che, nell'ipotesi in cui un eventuale giudizio dinanzi alla Corte costituzionale si concludesse con una pronuncia di incostituzionalità della norma, ciò comporterebbe l'espunzione della norma dall'Ordinamento con effetti erga omnes, anziché limitati, come nell'altra ipotesi, alla disapplicazione nel singolo caso concreto» Consiglio di Stato sez. IV, 3 settembre 2019, sent. n. 6080; Consiglio di Stato sez. IV, 3 settembre 2019, sent. n. 6079.

soluzione processuale che utilizzi un parametro di giudizio comune ai due ordinamenti giuridici (sebbene il giudice si sia riservato espressamente di sollevare successivamente la questione di legittimità costituzionale).

Un ulteriore caso di rinvio pregiudiziale alla CGUE da parte del giudice amministrativo, volto alla verifica di compatibilità del diritto interno con i principi di libertà di stabilimento, di non discriminazione, di parità di trattamento, di tutela della concorrenza e di libera circolazione dei lavoratori, di cui agli articoli 45, da 49 a 56, e 106 del TFUE, dove sono menzionati, altresì, gli artt. 15 e 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'U.E., ha riguardato il diritto di prelazione all'azienda speciale e ai suoi dipendenti in caso di trasferimento della titolarità di una farmacia comunale. Anche in questo caso, si contestava una disposizione interna distorsiva della libera concorrenza. Il giudice amministrativo, in questa ordinanza ha semplicemente ommesso ogni menzione della dottrina ex 269/2017⁷.

Infine, il Consiglio di Stato ha rinviato alla Corte di giustizia europea, anche con riferimento all'art. della 16 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la compatibilità con il diritto europeo della disciplina italiana che prevedeva una esclusione della revisione dei prezzi nei contratti afferenti ai cd. settori speciali, con particolare riguardo a quelli con oggetto diverso espressamente previsti dalla direttiva europea, ma legati a questi ultimi da un nesso di strumentalità (nel caso di specie, si trattava del servizio di pulizia delle stazioni, impianti, uffici ed officine, inerenti alla rete di trasporto ferroviario)⁸.

3. I diritti fondamentali in gioco e le possibili conseguenze sull'applicabilità della dottrina della doppia pregiudizialità

Alla luce di questa prima giurisprudenza esaminata, una possibile spiegazione dell'atteggiamento del giudice amministrativo sembra potersi rinvenire nella natura dei principi diritto europeo asseritamente violati dal diritto nazionale.

In tutti i casi fin qui esaminati, i diritti fondamentali in questione sono legati, prevalentemente, ai rapporti economici, in particolare, alla libertà di impresa e alla tutela della concorrenza.

Questi ultimi parametri costituzionali sono stati profondamente incisi e conformati dall'assetto di valori e principi del diritto europeo. In particolare, le regole europee in materia di concorrenza e libertà di iniziativa economica sono state interpretate nel contesto dei principi fondamentali del mercato comune e, di conseguenza, sono state estese alle misure statali, al fine di assicurare la possibilità per le imprese di operare in condizione di parità senza privilegi derivanti da interventi pubblici distorsivi.

Invero, la Corte costituzionale italiana ha interpretato la nozione europea di concorrenza secondo un'accezione evolutivo – dinamica che, in collegamento con i principi di libertà di circolazione, «abbraccia nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato»⁹, includendo

⁷ Consiglio di Stato, sez. III, ord. del 4 luglio 2018, n. 4102.

⁸ Consiglio di Stato, sez. IV, ord. del 15 luglio 2019, n. 4949.

⁹ Corte Cost., 18 dicembre 2003 - 13 gennaio 2004, n.14. Tra i molteplici commenti alla sentenza si vedano V. ONIDA, *Applicazione flessibile e interpretazione correttiva del riparto di competenze in due sentenze "storiche"*; A. A. DEMMIG, *Istanze di unità e istanze autonomistiche nel "secondo regionalismo": le sentenze nn.303 del 2003 e 14 del 2004 della Corte costituzionale e il loro seguito*; R. BIFULCO, *La tutela della concorrenza tra parte I e II della Costituzione (in margine alla sent. 14/2004 della Corte costituzionale, in Riflessioni sulle sentenze della*

«gli interventi dello Stato volti sia a promuovere, sia a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato»¹⁰. La tutela della concorrenza è stata concepita come una delle leve della politica economica statale, al punto da conformare la nozione di utilità sociale, prevista dall'art. 41 Cost., quale limite al libero svolgimento dell'iniziativa economica privata, nel senso di includere l'interesse degli operatori economici, dei consumatori e dei lavoratori ad operare su un mercato non falsato da una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva.

È vero che, secondo il consolidato orientamento della Corte di giustizia, le norme europee a tutela della concorrenza e delle quattro libertà fondamentali di circolazione attribuiscono situazioni giuridiche soggettive ai privati ed esplicano, pertanto, efficacia diretta, in chiave sia verticale che orizzontale, e ciò dovrebbe, di norma, rendere automaticamente disapplicabile il diritto nazionale con essi contrastante.

Tuttavia, nei casi menzionati, avendo il giudice escluso la diretta disapplicazione diritto derivato in questione (forse anche per la delicatezza, sul piano politico, delle materie interessate), la connessione dei diritti in gioco con principi di chiara derivazione europea, potrebbe rientrare tra le ragioni per le quali, pure essendo in gioco la libertà d'impresa menzionata nella Carta di Nizza e nella Costituzione, il giudice amministrativo abbia preferito di rimettere la questione alla CGUE.

Tale spiegazione, tuttavia, non appare risolutiva, alla luce di una analisi complessiva della giurisprudenza amministrativa.

In primo luogo, occorre rilevare come il rinvio alla Corte di Lussemburgo sia stato scelto dal giudice amministrativo anche in casi non riguardanti la libertà di impresa, bensì altri diritti fondamentali.

Ad esempio, diverse ordinanze di TAR e Consiglio di Stato, hanno rinviato alla Corte di Giustizia europea ipotesi normative per le quali è stata paventata una possibile violazione dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, paragrafo 1, secondo cui è vietata «qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

Le discipline nazionali contestate imponevano, ad esempio, un limite massimo di età a 50 anni per la partecipazione al concorso da notaio¹¹; un limite di età pari a 30 anni concorso da commissario tecnico psicologo della carriera dei funzionari della Polizia di Stato¹²; il divieto degli ex dipendenti PA in quiescenza di percepire compensi per incarichi di consulenza¹³, con un possibile effetto di discriminazione per età nei concorsi pubblici.

Corte costituzionale 303 del 2003 e 14 del 2004, ricordando Carlo Mezzanotte, in Le Regioni, 2008, 4-5, 771 e ss. L. BUFFONI, La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative, in Le Istituzioni del Federalismo, 2003, 345 – 387;

¹⁰ Corte Cost., 13 luglio 2004, n. 272, in *Le Regioni, 2005, 262*, con commento di F. CASALOTTI, *La Corte costituzionale e i criteri di riparto delle competenze con riferimento ai servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V Parte II della Cost.: la sentenza n. 272 e l'ordinanza n. 274 del 2004.*

¹¹ Consiglio di Stato, IV sez. Ord. del 28 novembre 2019, n. 8154.

¹² Consiglio di Stato, IV sez. Ord. del 02 settembre 2021, n. 6206; Consiglio di Stato, IV sez. Ord. 23 aprile 2021, n. 3272.

¹³ TAR per la Sardegna, I sez., ord. del 19 ottobre 2018, n. 881.

Anche qui, la questione di legittimità costituzionale avrebbe potuto essere sollevata, con riferimento al principio di uguaglianza ed al diritto al lavoro, in congiunzione con il principio di non discriminazione sancito dalla Carta di Nizza. Tuttavia, analogamente ai casi esaminati in precedenza, il giudice amministrativo ha scelto la strada del rinvio pregiudiziale alla CGUE, utilizzando come parametro europeo la direttiva europea sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro¹⁴.

In secondo luogo, in un diverso caso, sempre riguardante il tema della proroga di concessioni per giochi e scommesse, diversamente dalla giurisprudenza sopra richiamata, il TAR ha optato per sollevare la questione di legittimità costituzionale. In questo caso, la norma italiana ha differito il termine per indire la gara per la riattribuzione delle concessioni del gioco del bingo, elevando, al contempo, gli importi dovuti mensilmente dai concessionari operanti in regime di proroga tecnica. La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata in relazione ai principi di libera iniziativa economica, uguaglianza e non discriminazione sanciti in Costituzione e nella Carta di Nizza.

La Consulta, con sentenza 49/2021 ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal TAR, ritenendo ragionevole l'aumento del canone concessorio per i concessionari in regime di proroga tecnica, in un quadro complessivo di progressiva valorizzazione dei rapporti concessori e dei vantaggi competitivi che ne derivano per i privati, in funzione di una maggiore efficienza nell'utilizzo delle pubbliche risorse. Con riferimento all'asserita violazione del diritto di libertà di impresa, tutelato anche dalla CDFUE, la Corte costituzionale ha motivato in base all'incidenza di un rischio normativo tipico in settori di mercato, come quello dei giochi pubblici, intensamente regolati per la presenza, in qualità di concedente, della pubblica amministrazione, caratterizzati da una pervasiva componente pubblicistica, tale da giustificare «l'imposizione di sacrifici o limitazioni [ai concessionari], in funzione del perseguimento degli interessi pubblici sottesi alla regolazione di queste attività imprenditoriali»¹⁵.

Preme evidenziare che, in questo caso, la questione non riguarda, come nei casi esaminati in precedenza, un nuovo operatore che intende penetrare un mercato monopolistico, ma operatori storici che lamentano incertezza del diritto e lesione del diritto di scegliere liberamente se continuare ad operare in regime di proroga, con tutti gli oneri che ne consegue, in attesa della gara, oppure spostarsi su altri mercati. Pertanto, il tema della libertà di impresa, in questo caso, non si collega al principio di concorrenza nell'ambito del mercato unico, bensì alla tutela della certezza dei rapporti economici per gli imprenditori già operanti.

4. I casi di rinvio alla Corte di Giustizia successivamente ad una pronuncia della Corte costituzionale

In altri casi, il giudice amministrativo ha rinviato la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea successivamente ad una pronuncia di inammissibilità o infondatezza della Corte costituzionale.

¹⁴ Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro

¹⁵ Corte costituzionale, Sentenza del 23 febbraio 2021, n.49.

Ciò è avvenuto, ad esempio, in relazione alla normativa italiana che impone la trasformazione di una banca popolare in società per azioni in caso di superamento di una determinata soglia di attivo, prevedendo limitazioni al rimborso della quota del socio in caso di recesso, per evitare la possibile liquidazione della banca trasformata. La Corte di Lussemburgo è stata chiamata a valutare la compatibilità di tale assetto normativo con diversi articoli del TFUE in materia di concorrenza e aiuti di Stato, con alcuni regolamenti europei, nonché con gli art. 16 e 17 CDFUE in materia di libertà di impresa e diritto di proprietà. Sulla questione era precedentemente intervenuta la Corte costituzionale, con sentenza n. 99/2018, la quale aveva ritenuto la disciplina relativa al recesso del socio ampiamente conforme al pertinente regolamento comunitario. Pertanto, alla Corte di Giustizia è stato, altresì, chiesto di valutare la stessa legittimità europea del regolamento in questione, proprio alla luce dei sopra citati articoli della Carta di Nizza¹⁶.

Un altro tema che è stato sollevato prima dinanzi alla Corte costituzionale e, successivamente, dinanzi alla Corte di Giustizia riguarda le modifiche al regime degli incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili. La disciplina italiana ha imposto agli operatori del settore il passaggio a un diverso sistema tariffario, rimodulato in senso peggiorativo, che incide negativamente sulla loro posizione come stabilita nelle convenzioni di incentivazione stipulate con il Gse, esplicando un effetto novativo sugli elementi della durata o dell'importo delle tariffe incentivanti o su entrambi.

La sentenza 16/2017 della Corte costituzionale aveva ritenuto tale intervento rispondente ad un interesse pubblico «in termini di equo bilanciamento degli opposti interessi in gioco, volto a coniugare la politica di supporto alla produzione di energia da fonte rinnovabile con la maggiore sostenibilità dei costi correlativi a carico degli utenti finali dell'energia elettrica». La Consulta rilevava, altresì, la legittimità della norma interna per i profili di diritto europeo concernenti la lesione dell'affidamento dei fruitori degli incentivi.

Il TAR, tuttavia, ritenuti irrisolti alcuni profili non oggetto della sentenza del Giudice costituzionale, ha reputato comunque necessario ottenere una pronuncia della Corte di giustizia sulla compatibilità delle descritte previsioni nazionali con il diritto europeo. Occorre, ad avviso del giudice rimettente, chiarire, anche alla luce del diritto europeo derivato in materia di produzione energetica, se sia consentito al legislatore nazionale – a seguito di una diversa e sopravvenuta valutazione degli interessi in gioco che pure possa portare a un “equo bilanciamento” tra gli stessi – di intervenire su situazioni già consolidate in forza dei provvedimenti di ammissione agli incentivi nonché in forza di convenzioni già stipulate con la parte pubblica¹⁷.

Infine, l'ultima questione rinviata alla Corte di giustizia, successivamente ad una pronuncia della Consulta, ha riguardato il divieto per i soggetti già titolari di trattamento pensionistico erogato da un ente o amministrazione pubblica, di ricevere, da altro ente o amministrazione pubblica, trattamenti economici onnicomprensivi che, sommati al trattamento pensionistico, eccedano l'importo annuo lordo pari a quanto riconosciuto al Primo Presidente

¹⁶ Consiglio di Stato VI sez. ord. del 26 ottobre 2018 nn. 6086, 6129; Consiglio di Stato VI sez. ord. del 05 febbraio 2019 n. 883.

¹⁷ TAR Lazio, sez III ter, ord. del 16 novembre 2018, n. 11124; TAR Lazio, sez III ter, ord. del 20 novembre 2018, 11206

della Corte di Cassazione. Anche qui, la questione di legittimità costituzionale è stata dichiarata infondata dalla Corte con sentenza n. 127/2017.

Il TAR ha rinviato la questione alla Corte di Giustizia, ritenendo che la norma italiana, discriminando certi lavoratori solo in ragione del loro patrimonio personale, avrebbe violato l'art. 21 della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo. Per evidenziare la rilevanza della questione il TAR sottolinea la pendenza di altri 21 ricorsi, proposti da magistrati del Consiglio di Stato ed aventi ad oggetto la medesima questione di diritto (e altri 10 ricorsi di contenuto identico)¹⁸.

La giurisprudenza ora esaminata appare quella caratterizzata da maggiori criticità. La tendenza del giudice amministrativo di rivolgersi alla Corte europea su norme già valutate dalla Corte costituzionale e ritenute compatibili con le norme e i principi contenuti nella Costituzione italiana, nonché nella Carta di Nizza, mostra una

5. Le ordinanze del giudice amministrativo adesive alla dottrina della 269/2017

Oltre al caso esaminato in precedenza, che ha condotto alla pronuncia della Corte costituzionale n. 49/2021, in solo un altro caso il giudice amministrativo ha seguito la indicazione contenuta nella sentenza 269/2017, sollevando la questione di legittimità costituzionale con riferimento ad un'asserita violazione di norme costituzionali e della Carta di Nizza.

L'ordinanza è nota per aver condotto alla pronuncia della Corte costituzionale 20/2019 che ha ripreso la teoria della doppia pregiudizialità, con alcuni "temperamenti" rispetto a quanto sancito nella sentenza 269/2017.

Il caso concerneva il delicato rapporto tra trasparenza dell'amministrazione pubblica e riservatezza dei dati personali. La norma portata all'attenzione della Consulta disponeva l'obbligo per le amministrazioni pubbliche di pubblicare nel proprio sito web alcuni dati relativi ai titolari di incarichi dirigenziali, in particolare riferiti alla loro situazione reddituale¹⁹.

La questione di legittimità costituzionale è stata affrontata con riferimento ad una serie di principi europei e costituzionali (come la proporzionalità, pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei dati personali; il principio di uguaglianza formale e sostanziale), ma anche con riferimento al diritto europeo derivato in materia di tutela della privacy (direttiva 95/46/CE, sostituita dal regolamento n. 2016/679/UE), ritenuto assimilabile, quanto alla natura ed i principi sottesi, alle pertinenti disposizioni della CDFUE.

La Consulta ha concluso nel senso di dichiarare la illegittimità costituzionale per violazione dell'art.3 Cost. l'estensione dell'obbligo di pubblicità a tutti i titolari di incarichi dirigenziali, a qualsiasi titolo conferiti, ivi inclusi quelli conferiti discrezionalmente dall'organo di indirizzo politico senza procedure pubbliche di selezione, anziché solo per i titolari degli incarichi dirigenziali.

Le altre questioni sollevate dal TAR con riferimento al diritto europeo e alla Carta di Nizza sono state dichiarate inammissibili e infondate. In particolare, la Corte ha ritenuto riservato alla responsabilità del legislatore, nell'ambito dell'urgente revisione complessiva

¹⁸ TAR Lazio, I sez., ord. 04 dicembre 2018, n. 11755; TAR Lazio, I sez., ord. 13 dicembre 2018, n. 12153.

¹⁹ Art. 14, commi 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 (Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni).

della materia, la previsione di modalità meno pervasive di pubblicazione ed il perseguimento di analoghe esigenze di trasparenza in relazione ad altre tipologie di incarico dirigenziale relative a tutte le amministrazioni, non solo statali.

6. Note conclusive

La disamina effettuata mostra un atteggiamento ondivago del giudice amministrativo riguardo al tema della doppia pregiudizialità, europea e costituzionale, quando siano in gioco diritti tutelati dalla Costituzione e dalla CDFUE.

Nelle prime ordinanze esaminate, i diritti fondamentali in gioco riguardano prevalentemente rapporti economici, legati ad esigenze di liberalizzazione, tutela della concorrenza ed integrazione del mercato unico. In questi casi, il rinvio alla Corte di Giustizia europea può apparire giustificato dal fatto che i principi costituzionali in tali materie sono stati profondamente incisi dal diritto europeo, al punto che, in alcuni casi, il diritto italiano oggetto di rinvio pregiudiziale era già stato oggetto di procedure di infrazione (ad esempio, nel caso della proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreativa).

Da un esame complessivo, tuttavia, emerge un quadro maggiormente variegato.

In primo luogo, in diversi casi, i giudici amministrativi hanno scelto la strada di Lussemburgo anche con riferimento ad altri diritti fondamentali della persona, come il principio di uguaglianza e il diritto al lavoro.

In secondo luogo, anche i due casi di rimessione alla Corte costituzionale analizzati riguardano diritti e principi che si sono affermati nel diritto italiano, nella loro attuale configurazione, su impulso del diritto europeo (si veda, in particolare, la materia della privacy e della trasparenza amministrativa).

In terzo luogo, risulta d'interesse notare come, in molti casi, questioni dichiarate infondate sotto il profilo di legittimità costituzionale siano state rinviate, in un secondo momento al vaglio della Corte di giustizia.

La possibilità di rinvio pregiudiziale alla CGUE, anche in casi già vagliati dalla Consulta, è stata confermata in più occasioni dalla stessa Corte costituzionale e costituisce una garanzia fondamentale della tenuta del principio del primato del diritto europeo sui diritti nazionali.

Nondimeno, molte questioni esaminate dalla giurisprudenza amministrativa oggetto della presente indagine assumono fondamentale rilevanza, sotto il profilo economico, politico e sociale, e degli interessi in gioco (come, ad esempio, le proroghe delle concessioni demaniali marittime o quelle in materia di giochi e scommesse). Ciò sembra rendere opportuno un intervento del giudice delle leggi, operato anche alla luce del diritto europeo, che espliciti valenza erga omnes e che non sia successivamente rimesso in discussione dinanzi ad un diverso giudice, dotato di sensibilità e poteri differenti.