

Elisabetta Lamarque

LE DUE SENTENZE DELL'ADUNANZA PLENARIA...
LE GEMELLE DI *SHINING*?

SOMMARIO: 1. Ancora una coppia di sentenze gemelle. – 2. L'Adunanza plenaria fa uso di alcuni strumenti propri della Corte costituzionale. – 3. Il Consiglio di Stato, tuttavia, non è la Corte costituzionale. Né quanto ai controlimiti... – 4. *Segue*. Né quanto alla limitazione degli effetti temporali delle proprie decisioni. – 5. Conclusioni. Un ritorno alle origini, ma a parti invertite.

1. *Ancora una coppia di sentenze gemelle*

Da qualche tempo accade che quando un giudice supremo del nostro ordinamento decide di imboccare una strada nuova e impervia, e pertanto esposta ai forti venti delle critiche della dottrina e delle sempre possibili ribellioni degli altri giudici, sceglie di farlo attraverso uno strumento certamente dotato di un peso e di una visibilità maggiori di quelli di una semplice sentenza, oltre che, almeno nelle intenzioni di quel giudice, più resistente alle prevedibili intemperie: quello della 'doppietta' di sentenze di identico, o analogo, contenuto, depositate in pari data e identificate con numeri successivi.

All'espedito delle *sentenze gemelle* si sono appoggiate, in passato, sia la Cassazione, quando ha voluto modificare l'interpretazione dell'art. 2059 del codice civile sul danno non patrimoniale consolidata da oltre sessanta anni, allo scopo di estendere l'applicabilità di tale articolo al danno provocato dalla lesione di un qualsiasi diritto costituzionale della persona¹; sia, naturalmente, la Corte costituzionale quando, dopo diversi

¹ Cass., sez. III civ., sentt. n. 8827 e n. 8828 del 2003. Sia consentito, sul punto, rinviare a E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2008, 275, in cui si ipotizza che il nome di "sentenze gemelle", con il quale la dottrina e la giurisprudenza hanno immediatamente denominato la coppia di pronunce della terza

anni dall'entrata in vigore dell'attuale art. 117, primo comma, Cost., ne ha stabilito il modo di operare presso tutti i giudici per quanto riguarda i vincoli internazionali².

È arrivata ora la volta del Consiglio di Stato. Anche le due sentenze dell'Adunanza Plenaria a cui è dedicato questo numero monografico di *Diritto e Società*, infatti, essendo state depositate nello stesso giorno con numero successivo ed esprimendo il medesimo principio di diritto, meritano certamente il nome di sentenze gemelle.

A parere di chi scrive, tuttavia, quest'ultima coppia di gemelle non ha nulla a che spartire con le precedenti, le quali potevano contare sui solidi argomenti giuridici diffusamente spesi a sostegno delle loro originali proposte.

Ben diversamente dalle precedenti, le sentenze in commento ambiscono a piegare la giurisprudenza dei giudici inferiori, e indirettamente la stessa azione dei pubblici poteri, *con la forza* e non con la persuasione, dato che la loro motivazione fa purtroppo acqua proprio là dove avrebbe dovuto tenere maggiormente, e cioè nelle parti più innovative relative al differimento dei loro effetti temporali. Una forza che l'Adunanza plenaria esercita contando naturalmente sulla sua qualità di organo di nomofilachia della giustizia amministrativa, e di cui tuttavia abusa nel momento in cui fa slittare l'applicabilità nel nostro ordinamento della norma europea che avrebbe dovuto regolare il caso concreto fino alla data, individuata con perentoria arbitrarietà, del 31 dicembre 2023.

2. *L'Adunanza plenaria fa uso di alcuni strumenti propri della Corte costituzionale*

Gli aspetti delle sentenze in commento che suscitano perplessità sono davvero numerosi, ma in queste brevi note ci si vuole soffermare soltanto sulla circostanza che il Consiglio di Stato, per giungere alla soluzione ora esposta, prenda in prestito, indebitamente a parere di chi scrive, stru-

sezione civile della Corte di Cassazione che hanno distrutto le fondamenta dell'intero sistema della responsabilità civile consolidato attorno alle norme del codice civile fascista, sia stato scelto anche perché capace di evocare l'attentato delle torri gemelle di New York, e cioè l'evento che ha scosso l'intero mondo occidentale, facendo sì che niente fosse più uguale a prima.

² Corte cost., sentt. n. 348 e n. 349 del 2007 sono state denominate "sentenze gemelle" per la prima volta, come è noto, da M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 ss.

menti propri della Corte costituzionale, e che servendosi di questi strumenti finisca per esercitare di fatto un potere che non gli compete.

Riassumiamo dunque il ragionamento delle due sentenze per quel che rileva ai fini di questo scritto.

Secondo l'Adunanza plenaria, le norme della direttiva Bolkestein che richiedono l'espletamento di gare per le concessioni balneari sono certamente dotate di effetto diretto e devono applicarsi al posto delle disposizioni della legge nazionale che prevedono la proroga fino al 2033 delle concessioni già esistenti³, imponendone l'automatica cessazione⁴.

Tuttavia, sempre secondo l'Adunanza plenaria, altre considerazioni (punti 46 ss. delle sentenze), legate *a*) al "notevole impatto (anche sociale ed economico) che tale immediata non applicazione può comportare", e *b*) "alla necessità di assicurare alle amministrazioni un ragionevole lasso di tempo per intraprendere sin d'ora le operazioni funzionali all'indizione delle procedure di gara", suggeriscono di posticipare ancora di oltre due anni, fino appunto al 31 dicembre 2023, il momento della cessazione delle concessioni attualmente in essere.

L'operazione così descritta fa un uso combinatorio di due strumenti creati molti anni fa dalla Corte costituzionale per i propri giudizi: l'istituto dei controlimiti opposti all'ingresso nel nostro ordinamento del diritto dell'Unione europea dotato di effetti diretti, da un lato, e la tecnica

³ La proroga generalizzata fino al 31 dicembre 2033 di tutte le concessioni demaniali marittime in essere è disposta dall'art. 1, cc. 682 ss., della legge del 2018, n. 145 (ma si veda anche l'art. 182, c. 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, così come convertito dalla legge 17 luglio 2020, n. 77).

⁴ In proposito le due sentenze richiamano Corte di Giust. UE, V sez., sent. 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, che aveva stabilito quanto segue: "1) L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati. 2) L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo". In dottrina è già stato rilevato che in realtà la sentenza *Promoimpresa* non fa cenno né all'effetto diretto della direttiva né tantomeno alla necessità di non applicare la legge nazionale di proroga delle concessioni. Già la stessa ricostruzione del quadro normativo europeo alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla quale l'Adunanza plenaria imbastisce il suo (peraltro criticabilissimo) ragionamento sarebbe quindi non del tutto attendibile, o comunque incerto (tanto che alcuni ritengono che sarebbe stato necessario un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia).

del differimento degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento, dall'altro lato.

Prima di commentare l'operato dell'Adunanza plenaria, può essere opportuno ricordare che questi strumenti sono frutto e manifestazione di una notevole creatività giurisprudenziale del giudice delle leggi, e che di conseguenza, per una sorta di doveroso *self restraint*, la stessa Corte costituzionale ha fatto ricorso all'uno o all'altro di essi solo raramente e in occasioni particolari e, soprattutto, non ha mai osato applicarli insieme per decidere la medesima questione, come invece fanno le pronunce in commento.

Inoltre, ma sul punto si tornerà tra poco, tutti e due gli strumenti sono stati creati, sia pure in momenti e in congiunture differenti, per l'analogo fine di assicurare un ragionevole bilanciamento tra i diritti costituzionali delle persone, oppure tra questi ultimi e altre esigenze di rango costituzionale, tra cui quella di rispettare i vincoli discendenti dall'adesione all'Unione europea.

Entrambi, dunque, parrebbero riservati al solo organo – la Corte costituzionale appunto – investito del compito di realizzare il costante e progressivo adeguamento dell'ordinamento nel suo complesso alle superiori norme costituzionali, e sottratti invece alla disponibilità dai giudici comuni, ai quali è consentito soltanto di 'filtrare' queste esigenze, tramite il meccanismo dell'incidente di costituzionalità, in modo da consentire poi alla Corte costituzionale di effettuare il bilanciamento.

3. *Il Consiglio di Stato, tuttavia, non è la Corte costituzionale. Né quanto ai controlimiti...*

I controlimiti sono, come è a tutti noto, gli unici baluardi che l'ordinamento italiano può opporre, in casi estremi, nei confronti di una norma esterna – una norma dell'Unione europea⁵, una norma di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato⁶ o una consuetudine internazionale⁷ – per evitare che essa entri nel nostro ordinamento e produca l'effetto di rendere non applicabile la legislazione nazionale.

⁵ Tra le storiche pronunce che hanno segnato il cammino comunitario della Corte costituzionale si vedano almeno, in questo senso, Corte cost., sentt. n. 183 del 1973, n. 170 del 1984, n. 232 del 1989, n. 168 del 1991 e n. 284 del 2007. Le più recenti pronunce sono richiamate nelle note successive.

⁶ Corte cost., sentt. nn. 30, 31 e 32 del 1971 e n. 18 del 1982.

⁷ Corte cost., sent. n. 238 del 2014.

Nelle due sentenze in commento l'Adunanza plenaria non li nomina ma *di fatto* li aziona nel momento in cui sostiene che la norma europea che impone il principio della gara per l'assegnazione delle concessioni balneari trascura due esigenze irrinunciabili dell'ordinamento italiano, e cioè, come si è già ricordato, *a*) la tutela dell'assetto socio-economico attuale, che la "decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere" comprometterebbe, e *b*) la necessità per le amministrazioni di avere a disposizione i tempi tecnici per indire le gare.

La norma europea, secondo l'Adunanza plenaria, contrasterebbe con queste irrinunciabili esigenze nazionali non di per sé, cioè per il suo contenuto precettivo, bensì *per il solo fatto di applicarsi subito* invece che dopo un congruo intervallo temporale.

In altre parole, ciò che renderebbe *inaccettabili* per l'ordinamento italiano le conseguenze derivanti dalla direttiva Bolkestein a carico delle concessioni balneari – e dunque ciò che giustifica l'apposizione dei controlimiti al suo ingresso nel nostro ordinamento – è la circostanza che essa abbia *effetti diretti immediati, invece che posticipati a una data successiva* (data che per l'Adunanza plenaria sarebbe appunto il 31 dicembre 2023).

Un simile uso dei controlimiti va incontro ad almeno due ordini di critiche.

a) Sotto l'aspetto che si potrebbe chiamare soggettivo, non pare che al Consiglio di Stato possa riconoscersi il potere di selezionare le esigenze del nostro ordinamento idonee a evitare – permanentemente oppure temporaneamente, come nel caso di specie – l'applicazione del diritto europeo dotato di effetti diretti.

Come ha notato qualche anno fa Marco Bignami, la selezione dei valori del nostro ordine costituzionale da difendere a tutti i costi nei confronti delle stesse norme europee dotate di effetto diretto o, in senso opposto, la scelta dei valori a cui rinunciare in favore dell'integrazione europea, è una delle ipotesi di controllo di costituzionalità (nella forma del controllo di costituzionalità delle legge italiana di esecuzione dei trattati europei) di cui la Corte costituzionale, nel nostro sistema, è titolare esclusiva. Di conseguenza, quando un giudice comune individua e applica autonomamente un (supposto) controlimito senza sollevare il relativo dubbio di costituzionalità, impedisce alla Corte costituzionale di svolgere questa sua essenziale funzione⁸.

⁸ M. BIGNAMI, *I controlimiti nelle mani dei giudici comuni, in forumcostituzionale*, 16 ottobre 2012.

Bisogna dunque ribadire che spetta alla sola Corte costituzionale la competenza a individuare quali siano “i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona”⁹ che costituiscono una barriera invalicabile all’ingresso di norme dell’Unione europea¹⁰, in quanto “elementi identificativi e irrinunciabili dell’ordinamento costituzionale” e “per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale”¹¹.

Del resto, nella dottrina costituzionalistica e internazionalistica, dove pure sui controlimiti non si registra certo una unanimità di vedute, nessun autore ha mai sostenuto la tesi della ‘diffusione’ in capo a tutti i giudici comuni del potere di opporre i controlimiti all’ingresso della normativa europea nel nostro ordinamento¹². Anzi, la competenza esclusiva della Corte costituzionale sull’attivazione dei controlimiti sembra essere data da tutti per scontata, tanto da non dovere neppure essere argomentata¹³.

Può essere interessante notare che nemmeno la Corte costituzionale, nelle sentenze più risalenti del suo cammino comunitario, aveva sentito il bisogno di precisare di essere l’unico organo giurisdizionale dell’ordinamento italiano titolare del potere di individuare e di applicare i controlimiti. Anch’essa, evidentemente, lo dava per scontato.

Nel 2006, tuttavia, essa per la prima volta dice espressamente che il contrasto del diritto europeo dotato di effetto diretto con i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale ovvero con i diritti inalienabili della persona è “sindacabile esclusivamente dalla Corte costituzionale”¹⁴.

La Corte lo ripete poi in occasione del primo esercizio effettivo della propria competenza sui controlimiti che, come è noto, è avvenuto in

⁹ Questa espressione è utilizzata per indicare il contenuto dei controlimiti per la prima volta da Corte cost., sent. n. 183 del 1973, cit., e poi in seguito sempre ripetuta.

¹⁰ Oltre che all’ingresso, come si è detto sopra, delle norme internazionali generalmente riconosciute e delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato.

¹¹ Corte cost., sent. n. 1146 del 1988.

¹² Non lo sostiene neppure M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli 2017, 73-74, che pure non critica l’applicazione dei controlimiti da parte del Consiglio di Stato nella vicenda *Federfarma*, di cui si dirà tra poco nel testo e alla nota 17.

¹³ Da ultimi, e per tutti, A. LO CALZO, *Dagli approdi giurisprudenziali della Corte costituzionale in tema di controlimiti alle recenti tendenze nel dialogo con le Corti nel contesto europeo*, in *federalismi.it*, n. 1/2021, 110 e *passim* e D. PELLEGRINI, *Dagli approdi giurisprudenziali della Corte costituzionale in tema di controlimiti alle recenti tendenze nel dialogo con le Corti nel contesto europeo*, Firenze 2021.

¹⁴ Corte cost, ord. n. 454 del 2006.

relazione non a norme europee, ma alle norme consuetudinarie internazionali che impedivano il risarcimento dei danni per i crimini di guerra. Nella sentenza n. 138 del 2014, infatti, essa afferma, con enunciato di tipo generale, volto a ricomprendere anche i controlimiti nei confronti delle norme dell'Unione europea, che “in un sistema accentrato di controllo di costituzionalità, è pacifico che questa verifica di compatibilità spetta alla sola Corte costituzionale, con esclusione di qualsiasi altro giudice”.

A ruota seguono poi le più note affermazioni delle due pronunce costituzionali della saga *Taricco*. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ricorda che compete agli ordinamenti nazionali “stabilire a chi spetti”, al loro interno, “la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale”, e conclude che “la Costituzione della Repubblica italiana, a tale proposito, la rimette in via esclusiva” alla Corte costituzionale. Non manca, in quella ordinanza, anche un apprezzamento esplicito della scelta dei due giudici *a quibus* di rifiutarsi di fare da sé la selezione dei controlimiti, e di rimetterla invece alla Corte costituzionale: “bene hanno perciò fatto i rimettenti a investirla del problema, sollevando una questione di legittimità costituzionale”¹⁵.

Analogamente, nella sentenza che chiude la saga *Taricco*, la Corte costituzionale, dopo avere ricordato che la Corte di Giustizia aveva demandato alle “autorità giudiziarie nazionali il compito di saggiare la compatibilità della “regola Taricco” con il principio di determinatezza, definito “sia principio supremo dell'ordine costituzionale italiano, sia cardine del diritto dell'Unione”, aggiunge quanto segue: “a quest'ultimo proposito” – a proposito cioè di quali siano le “autorità giudiziarie nazionali” chiamate a verificare se la “regola Taricco” sia compatibile con il principio di determinatezza – “va ribadito” che “l'autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia è la Corte costituzionale, cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona. A tale scopo il ruolo essenziale che riveste il giudice comune consiste nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto”¹⁶.

Ma per quale motivo la Corte costituzionale ha iniziato a rivendicare

¹⁵ Corte cost., ord. n. 24 del 2017, punto 6 del Considerato in diritto.

¹⁶ Corte cost., sent. n. 115 del 2018, punto 8 del Considerato in diritto.

la propria esclusiva competenza sull'applicazione dei controlimiti a partire proprio dal 2006?

La risposta non è certo difficile, se si ricorda che proprio nell'anno precedente, il 2005, l'ordinamento italiano aveva visto la prima concreta applicazione dei sempre minacciati, ma mai attivati, controlimiti all'ingresso di una normativa dell'Unione europea dotata di effetto diretto, e che in quel primo storico caso non era stata la Corte costituzionale, ma un giudice comune, ad azionarli¹⁷. Nel 2006, quindi, la Corte costituzionale ha colto l'occasione per reagire a quella che evidentemente aveva percepito come un'invasione delle proprie prerogative da parte del giudice comune¹⁸.

E non sembra senza significato, come poi si vedrà nelle conclusioni di questo breve contributo, che anche allora, come nella vicenda attuale, fosse il Consiglio di Stato il giudice comune che si era sostituito, con le proprie valutazioni sui controlimiti, alla Corte costituzionale.

Con la sentenza *Federfarma* del 2005, infatti, il supremo giudice amministrativo, ritenendo che la norma europea dotata di effetto diretto violasse un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione italiana, aveva evitato di disapplicare una norma legislativa interna con essa in contrasto – una norma tra l'altro introdotta da una sentenza costituzionale di accoglimento manipolativo –, ma lo aveva fatto da solo, senza interpellare la Corte costituzionale.

b) Una seconda critica circa il modo in cui le sentenze in commento hanno fatto uso dei controlimiti riguarda il profilo oggettivo, e cioè la selezione degli interessi dell'ordinamento nazionale capaci di congelare temporaneamente l'effetto diretto delle norme europee relative alla necessità della gara per l'attribuzione delle concessioni balneari.

Chi scrive ritiene che i beni concretamente individuati dall'Adunanza plenaria siano ben lontani dal meritare la qualifica di “principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale” o di “diritti inalienabili della persona”.

¹⁷ Cons. St., sez. V, sent. 8 agosto 2005, n. 4207, su cui O. POLLICINO, *Il difficile riconoscimento delle implicazioni della supremazia del diritto europeo: una discutibile pronuncia del Consiglio di Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 2/2005, 1939 ss. e M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino 2009, 74 ss.

¹⁸ La suggeriscono, tra gli altri, U. VILLANI, *Limitazioni di sovranità, 'controlimiti' e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, XII, 496 e A. BERNARDI, *Presentazione. I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., XIII, nota 16.

È vero che il problema della enucleazione in concreto di cosa possa effettivamente costituire un controlimito “è da sempre in agenda”, e che la stessa Corte costituzionale è stata in grado di fornire, in proposito, solo poche indicazioni¹⁹.

Tuttavia è chiaro che nessuna delle due esigenze richiamate dalle nostre sentenze gemelle raggiunge neppure lontanamente quella consistenza e quel sicuro rango costituzionale supremo richiesti dalla giurisprudenza costituzionale per autorizzare il *chilling effect* di norme europee dotate di effetto diretto.

Non raggiunge la consistenza minima per poter invocare i controlimiti *il notevole impatto socio-economico* sugli attuali concessionari e sulle loro famiglie che deriverebbe dalla decadenza delle concessioni²⁰, perché ciò a cui si riferisce l'Adunanza plenaria non sono altro che conseguenze economiche negative a carico di un numero limitato, benché non esiguo, di determinati operatori economici e dei loro dipendenti. Si tratta, tra l'altro, di conseguenze senz'altro rilevanti ma non certe, perché a seguito delle gare gli stessi soggetti concessionari potrebbe risultare aggiudicatari del medesimo o di altro stabilimento balneare, e i loro dipendenti potrebbero continuare la medesima attività anche presso altro concessionario.

L'esigenza di evitare pesanti ricadute economiche e sociali, invece, a parere di chi scrive, potrebbe assurgere a controlimito all'ingresso di una normativa europea solo in presenza di ricadute certe, sproporzionate rispetto ai benefici che la normativa europea intende perseguire e soprattutto più gravi e più ampie di quelle a cui si riferisce l'Adunanza plenaria, in danno dell'intera collettività nazionale o di una sua porzione relevantissima.

Ancora, *non* può certo essere ricompresa tra i principi supremi dell'ordinamento nazionale neppure la necessità di ovviare alla *difficoltà*

¹⁹ G. DOLSO, *I controlimiti “comunitari” tra passato e presente*, in *Nomos*, n. 2/2017, 38 ss., il quale ricorda le sentenze costituzionali che hanno riguardato il diritto inviolabile alla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali e il principio di legalità e di determinatezza in materia penale.

²⁰ L'idea che si dovrebbe necessariamente bilanciare il “regimo rigido di concorrenza” imposto dalla direttiva Bolkestein con la considerazione del “tessuto sociale di riferimento (fatto di tradizioni, storie, famiglie)” era stata avanzata, in dottrina, prima delle sentenze in commento, da B. CARAVITA, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *federalismi.it*, n. 20/2021, 16, i quali richiamano, in proposito, G. DI PLINIO, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La “terribile” Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi del Judicial Italian Style e la crisi del federalizing process*, in *federalismi.it*, n. 5/2020, 2 ss.

di mero fatto per le amministrazioni competenti di indire in breve tempo le procedure di gara. Ciò sia perché le difficoltà di mero fatto non possono essere invocate, negli stessi giudizi di legittimità costituzionale, per far dichiarare incostituzionale una previsione normativa; sia e soprattutto perché, escludendo la possibilità di proroghe legislative delle concessioni esistenti, le amministrazioni avrebbero dovuto, dovrebbero, e dovranno, indire comunque in breve tempo le procedure di gara richieste dal diritto dell'Unione europea.

4. Segue. *Né quanto alla limitazione degli effetti temporali delle proprie decisioni*

Il secondo strumento che l'Adunanza plenaria sembra prendere a prestito dalla Corte costituzionale è la manipolazione degli effetti temporali delle proprie decisioni.

Dal punto di vista dell'efficacia nel tempo, il succo delle due sentenze in commento può essere riassunto come segue. L'Adunanza plenaria afferma che *a rigore* la legge italiana sulla proroga delle concessioni balneari andrebbe disapplicata immediatamente per far posto alla direttiva europea dotata di effetti diretti, con conseguente altrettanto immediata decadenza delle concessioni in atto, comprese quelle di cui sono titolari le parti dei giudizi amministrativi in corso; ma che, *tuttavia*, altre considerazioni consigliano di rinviare questo effetto – un effetto, lo si ripete, dovuto sulla base del quadro normativo – a una data futura, che l'Adunanza plenaria fissa autonomamente, e come si è già detto arbitrariamente, al 31 dicembre 2023.

A parere di chi scrive anche questa seconda operazione va incontro a insormontabili obiezioni critiche.

In primo luogo, bisogna ricordare che la possibilità di differire nel tempo gli effetti delle proprie decisioni fa parte del ricco armamentario che nel corso degli anni la Corte costituzionale si è costruita allo scopo di svolgere al meglio la funzione di cui essa fin dagli esordi si era sentita investita²¹: il compito di realizzare una sempre maggiore aderenza del sistema normativo e di tutte le manifestazioni di potere ai valori costitu-

²¹ Sul punto sia consentito il rinvio a E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Napoli 2021, 92 ss.

zionali²², adeguando in modo progressivo, complessivo e a ogni costo²³ il diritto legislativo alla Costituzione²⁴.

Non è questo, evidentemente, il compito di un giudice comune, e nemmeno di un giudice supremo come il Consiglio di Stato, anche quando agisce in funzione nomofilattica.

Al giudice comune, lo si è già detto, spetta soltanto interpretare e applicare la legge, o eventualmente non applicarla quando si trova di fronte a una norma europea dotata di effetto diretto (art. 101, c. 2, e art. 11 Cost.), oltre che naturalmente sollevare questione di costituzionalità qualora ne ricorrano i presupposti, e quando ritiene di non potere interpretare la legge in modo conforme alla Costituzione, al diritto dell'Unione europea e al diritto Cedu (art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e artt. 11 e 117, c. 1, Cost.) oppure – e questo è il nostro caso – quando ravvisa la possibile violazione di principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale o di diritti inalienabili della persona da parte della norma europea dotata di effetto diretto che nel caso concreto sarebbe tenuto ad applicare.

In secondo luogo, nelle stesse rarissime occasioni in cui la Corte costituzionale ha ritenuto di differire nel tempo gli effetti di una propria dichiarazione di illegittimità costituzionale, bilanciando l'immediata realizzazione concreta della legalità costituzionale con altri beni di ordine costituzionale (di solito l'equilibrio del bilancio pubblico), la maggior parte dei commentatori non le ha risparmiato le critiche, ritenendo questo modo di operare un sostanziale abuso di potere da parte della Corte²⁵.

Le critiche più feroci, come è a tutti noto, sono state formulate nei confronti della ormai famosa sentenza n. 10 del 2015 sulla *Robin Hood Tax* la quale, disponendo che la declaratoria di incostituzionalità valesse solo per il futuro, e non già retroattivamente, aveva escluso – per la prima

²² F. MODUGNO, *La giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1978, 1251 ss.

²³ Così L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81-luglio 85)*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova 1985, 306.

²⁴ Ancora L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna 1982, 524 ss.; ID., *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in AA.VV., *La sentenza in Europa. Metodo tecnica stile*, Padova 1988, 224-225.

²⁵ Per una sintetica ma accurata ricostruzione delle posizioni dottrinarie più risalenti, legate alle dichiarazioni di illegittimità costituzionale differita della fine degli anni Ottanta del secolo scorso, si vedano, per tutti, a M. RUOTOLO, M. CAREDDA, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin Tax*, in *Rivista Aic*, n. 2/2015, 5 ss.

volta nella storia della giustizia costituzionale italiana – di potere spiegare i propri effetti sullo stesso giudizio *a quo*.

L'accusa più frequentemente ripetuta nei confronti di quella sentenza è che la Corte costituzionale, nell'impedire che la propria sentenza di accoglimento spiegasse effetti nel giudizio *a quo*, avrebbe violato gravemente le regole del processo costituzionale e determinato "un totale svuotamento del significato e della *ratio* sottesa alla via incidentale, con conseguente stravolgimento delle finalità ad essa sottese"²⁶.

Non è questa la sede per tornare su quella sentenza che, pur eccentrica rispetto al solito modo di procedere della Corte costituzionale, a parere di chi scrive aveva comunque una sua ragione d'essere nel contesto in cui è stata formulata.

Qui serve soltanto notare che, qualunque cosa si pensi della sentenza n. 10 del 2015, è certo che la medesima operazione compiuta allora dalla Corte costituzionale deve in ogni caso ritenersi vietata al giudice comune.

La funzione di un giudizio civile, penale o amministrativo, infatti, è *risolvere secondo diritto il caso concreto controverso*, e non già risolvere secondo diritto altri casi futuri, estranei al processo in corso, riservando invece al caso concreto una soluzione che lo stesso organo decidente ha valutato come non conforme al quadro normativo. È questo tuttavia ciò che hanno fatto le nostre sentenze gemelle quando, dopo aver affermato che la direttiva europea dotata di effetto diretto in teoria avrebbe dovuto applicarsi al rapporto giuridico controverso, hanno poi concluso che in pratica altre considerazioni, estranee al vigente quadro normativo, consigliavano di decidere diversamente.

È appena il caso di rilevare, infine, che non è in alcun modo pertinente il cenno alla tecnica della *prospective overruling* che le due nostre gemelle fanno per giustificare il differimento dell'applicazione della direttiva.

Il cenno si legge al punto 47 di entrambe le sentenze, là dove l'Adunanza plenaria afferma che nel modulare gli effetti temporali della propria decisione essa applicherebbe "principi analoghi a quelli già espressi nella sentenza n. 13 del 2017", e cioè la sentenza della medesima Adunanza plenaria che aveva dettato le condizioni alle quali si può applicare la *prospective overruling*.

²⁶ Così, per tutti, R. ROMBOLI, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quad. cost.*, 2015, 614. Non è utile ai fini del discorso che stiamo conducendo riportare tutti i numerosi scritti critici, né segnalare i contributi che, sia pure in minoranza, hanno difeso la sentenza.

La tecnica della *prospective overruling* serve per evitare che un brusco e imprevedibile mutamento interpretativo della normativa vigente, di solito a opera del giudice della nomofilachia (la Cassazione a sezioni unite o appunto l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato), crei scompensi e disagi nei cittadini che fino a quel momento si erano attenuti alle indicazioni giurisprudenziali più risalenti, con conseguente lesione del loro diritto di difesa e dell'esigenza di certezza del diritto.

La soluzione attuata dall'Adunanza plenaria, di differire l'applicazione in Italia di una normativa europea dotata di effetti diretti, nulla ha a che fare, evidentemente con i *revirement* giurisprudenziali che giustificano il ricorso alla *prospective overruling*.

5. Conclusioni. Un ritorno alle origini, ma a parti invertite

A chiusura di queste brevi note ci si può chiedere come mai il supremo giudice amministrativo si riveli il più propenso, tra i giudici comuni, ad appropriarsi di strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale e, tramite questi, a compiere vere e proprie fughe in avanti, esercitando poteri di cui non sembra essere in realtà dotato.

Non pensiamo soltanto a *Federfarma* e alle sentenze in commento, ma anche ai numerosi esempi, su cui qui non è possibile soffermarsi²⁷, di interpretazione costituzionalmente orientata molto creativa, tale da assomigliare a una sorta di controllo di costituzionalità diffuso della legge.

²⁷ Merita tuttavia di essere segnalato almeno il caso esemplare della lettura che viene data dell'art. 56, c. 2, c.p.a. là dove dispone che le decisioni cautelari monocratiche sono assunte con "decreto motivato *non impugnabile*". A fronte di alcune pronunce che accolgono la – peraltro chiarissima – interpretazione letterale, che esclude in modo assoluto la possibilità di impugnare il decreto presidenziale, e che dunque consiglia alle parti e ai loro avvocati di non tentare neppure di reagire al decreto che li danneggia, vi è un orientamento che ritiene necessario colmare in via interpretativa un (supposto) vuoto di tutela delle parti del processo e dunque, in nome del principio di ragionevolezza e del diritto costituzionale di difesa, ammette, contro il dato testuale della legge, l'appellabilità del provvedimento. È ovvio, invece, che se un giudice percepisse un problema di compatibilità di quella disposizione di legge con quei parametri costituzionali dovrebbe piuttosto investire del dubbio la Corte costituzionale, chiedendole una sentenza manipolativa che introduca le garanzie assenti dal testo della legge. Molto critica su questa giurisprudenza è soprattutto M.A. SANDULLI, *Sugli effetti pratici dell'applicazione dell'art. 84 d.l. n. 18 del 2020 in tema di tutela cautelare: l'incertezza del Consiglio di Stato sull'appellabilità dei decreti monocratici*, in *federalismi.it*, Osservatorio Covid-19, 2020, alla quale si fa integrale rinvio.

L'impressione è che in realtà il parallelismo tra i due organi – la Corte costituzionale e il giudice amministrativo – sia un elemento presente, e latente, da sempre nel nostro ordinamento.

Nel momento in cui l'idea di introdurre in Costituzione un apposito tribunale capace di eliminare un atto legislativo con effetti *erga omnes* si affacciò nella mente dei costituenti, infatti, l'unica esperienza concreta a cui appoggiarsi era quella del Consiglio di Stato, che era la sola l'autorità giurisdizionale esistente nel nostro ordinamento dotata del potere di dichiarare illegittimi, con effetti appunto *erga omnes*, atti normativi (i regolamenti) e atti amministrativi generali. Del resto, trovare conforto in un istituto già esistente era allora inevitabile, perché nel corso dei lavori preparatori della Costituzione, in tutte le sedi, così come negli anni successivi, fino al momento dell'effettiva entrata in funzione dell'organo di giustizia costituzionale, c'era una profonda incertezza sia sulla natura giuridica di questo organo, inedito nell'ordinamento italiano e pressoché ancora sconosciuto anche negli altri paesi europei, sia sui poteri e sulle sue modalità di funzionamento²⁸.

Lo stesso legislatore ordinario del 1953, nel dettare finalmente le norme necessarie perché la Corte costituzionale potesse entrare in funzione, scelse di costruire il processo costituzionale solo a grandi linee, con poche previsioni normative, e per tutto ciò che non fosse previsto in quella legge rinviò alle norme del Regolamento di procedura del Consiglio di Stato del 1907 (art. 22, c. 1, della legge n. 87 del 1953), facendo così trapelare con chiarezza l'idea di una possibile assimilazione, quanto almeno al modo di funzionare e alle regole processuali, della futura Corte costituzionale al già esistente giudice amministrativo.

In un simile contesto storico e istituzionale, la scelta del collegio costituzionale appena formato di deliberare, già nel marzo del 1956, Norme integrative contenenti le regole del processo costituzionale veniva proprio incontro all'esigenza della Corte costituzionale di differenziare la propria funzione da quella del giudice amministrativo e di rimarcare le forti differenze qualitative con quest'ultimo, e rispondeva alla sua impel-

²⁸ Documenta efficacemente le numerose incertezze e le profonde divergenze sul ruolo e la natura del costituendo organo di giustizia costituzionale manifestate nel periodo della formazione delle leggi costituzionale e ordinaria del 1953 sia dagli esponenti politici che dagli stessi giuristi U. DE SIERVO, *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall'Assemblea Costituente ai primi anni di attività della Corte*, in P. CARNEVALE, C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, Torino 2008, 55-70.

lente necessità di affermare la propria identità come organo costituzionale, dotato di autonomia al pari delle Camere.

Uno studio dei documenti dell'epoca ha infatti dimostrato che i primi giudici costituzionali deliberarono le Norme integrative originarie anche per evitare di servirsi delle disposizioni processuali relative al Consiglio di Stato, che essi ritenevano che il legislatore avesse erroneamente riferito all'attività della Corte costituzionale²⁹.

L'esperienza successiva testimonia il raggiungimento dell'obiettivo³⁰. In effetti, il rinvio alle regole di procedura del Consiglio di Stato nell'esperienza storica concreta è rimasto del tutto residuale e nei fatti inoperante³¹, e il parallelismo tra Corte costituzionale e Consiglio di Stato è stato dimenticato anche dalla dottrina.

È quindi paradossale, ma molto interessante, il fenomeno che da tempo abbiamo sotto gli occhi, e che le sentenze gemelle in commento rendono evidentissimo: quello di un Consiglio di Stato che aspira a farsi giudice delle leggi, e che quindi percorre in senso inverso il cammino che la legge del 1953 aveva tracciato quando aveva invitato la Corte costituzionale a comportarsi come un giudice amministrativo.

Anche il fenomeno più recente, forse, si spiega, al pari del più antico, con il fatto che il Consiglio di Stato condivide con la Corte costituzionale la competenza a giudicare atti generali e ad assumere decisioni con effetti altrettanto generali, e quindi non si percepisce – e forse per alcuni aspetti della sua attività davvero non è – così diverso da quest'ultima.

Resta però il sospetto che non siano queste considerazioni tecniche, ma che sia piuttosto la vicinanza alla politica (in senso stretto) a indurre il Consiglio di Stato ad appropriarsi degli strumenti più politici (in senso ampio) di cui la Corte costituzionale si è dotata.

Non possiamo dimenticare, tuttavia, che la composizione, la posi-

²⁹ Così U. DE SIERVO, *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall'Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, cit., 70-78.

³⁰ A. SIMONCINI, *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, in *Giur. cost.*, 2004, 3066 ss.; ID., *L'istituzione della Corte costituzionale e la sua affermazione: una lezione dalla storia*, in *Giornale st. cost.*, 2006, 298 ss.

³¹ Già V. CRISAFULLI, *Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 211, notava come la Corte, con l'approvazione delle Norme integrative del 1956, "abbia praticamente invertito l'ordine delle fonti regolatrici del processo nei giudizi di legittimità costituzionale", facendo assumere al Regolamento di procedura davanti al Consiglio di Stato quella funzione sussidiaria che il testo della legge del 1953 aveva invece previsto per le Norme integrative. Esplicitamente in questo senso Corte cost., sent. n. 179 del 1987.

zione istituzionale di indipendenza dalla maggioranza politica e la stessa funzione del Consiglio di Stato e della Corte costituzionale sono incomparabili.

In una democrazia costituzionale sono queste differenze a rendere inaccettabile, per l'uno, e accettabile, o addirittura indispensabile, per l'altra, poter disporre degli strumenti processuali necessari per interpretare al meglio la propria funzione.