

Il Consiglio di Stato rimette alla Corte di giustizia UE la questione concernente l'individuazione del giudice competente – nazionale od europeo – a sindacare il diniego di acquisizione della partecipazione qualificata di una s.p.a. adottato dall'autorità di vigilanza nazionale (Banca d'Italia) e successivamente confermato dalla BCE

[Cons. St., sez. VI, ordinanza 14 aprile 2017, n. 1805 – Pres. Maruotti, Est. Lageder](#)

Banche – Acquisizione partecipazione societaria – Diniego – Impugnazione – Giurisdizione giudice nazionale o giudice europeo – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Vanno rimesse alla Corte di giustizia dell'Unione Europea le seguenti questioni pregiudiziali:

a) se il combinato disposto degli articoli 263, commi 1, 2 e 5, e 256, comma 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso che rientra nella competenza del giudice dell'Unione, oppure in quella del giudice nazionale, un ricorso proposto avverso gli atti di avvio, istruttori e di proposta non vincolante adottati dall'Autorità nazionale competente (quali specificati al § 1 della presente ordinanza) nell'ambito del procedimento disciplinato dagli articoli 22 e 23 della Direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, dagli articoli 1, paragrafo 5, 4, paragrafo 1, lettera c), e 15 del Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013, dagli articoli 85, 86 e 87 del Regolamento (UE) n. 468/2014 della Banca centrale europea del 16 aprile 2014, nonché dagli articoli 19, 22 e 25 del Testo unico bancario italiano;

b) se, in particolare, possa essere affermata la competenza giurisdizionale del giudice dell'Unione, qualora avverso tali atti sia stata proposta non l'azione generale di annullamento, ma l'azione di nullità per asserita violazione o elusione del giudicato formatosi sulla sentenza n. 882/2016 del 3 marzo 2016 del Consiglio di Stato, esercitata nell'ambito di un giudizio di ottemperanza ai sensi degli articoli 112 ss. del codice del processo amministrativo italiano – ossia, nell'ambito di un istituto peculiare dell'ordinamento processuale amministrativo nazionale –, la cui decisione involge l'interpretazione e l'individuazione, secondo la disciplina del diritto nazionale, dei limiti oggettivi del giudicato formatosi su tale sentenza (1).

(1) I.- La sesta sezione del Consiglio di Stato affida alla Corte del Lussemburgo una nuova delicata questione, incentrata sulla pendenza, innanzi al giudice interno ed a quello europeo, di analoghi giudizi.

La fattispecie controversa.

Il giudizio di ottemperanza, nell'ambito del quale è stata adottata l'ordinanza in esame, ha ad oggetto l'esecuzione di una precedente decisione del Consiglio di Stato (Sez. VI, 3 marzo 2016, n. 882, oggetto della [News US in data 7 marzo 2016](#)).

In particolare, facendo applicazione di alcuni principi concernenti il carattere irretroattivo della legge, il Consiglio di Stato aveva in tale sede annullato il provvedimento con cui la Banca d'Italia aveva ordinato l'alienazione delle azioni (detenute dalla Fininvest), attraverso le quali Silvio Berlusconi esercitava il controllo su Banca Mediolanum.

Con il ricorso di ottemperanza introduttivo del nuovo giudizio i ricorrenti (Silvio Berlusconi e la società Fininvest), hanno sostenuto che il procedimento intrapreso dalla Banca d'Italia, successivamente alla sentenza predetta, eluda il giudicato formatosi, in particolare, sulla statuizione di rigetto della eccezione di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso proposto dai medesimi, sollevata, nell'ambito di quel processo, dalla stessa Banca d'Italia.

Nelle more del giudizio di ottemperanza i medesimi ricorrenti hanno impugnato, dinanzi al giudice europeo (il Tribunale dell'Unione), la successiva decisione adottata dalla Banca centrale europea di conferma dell'opposizione all'acquisizione, da parte della società Fininvest, della partecipazione qualificata in Banca Mediolanum.

II.- Le ragioni del rinvio pregiudiziale.

L'ordinanza affronta, in via pregiudiziale, l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice italiano a conoscere della presente controversia, sollevata dalla Banca d'Italia sotto il profilo che, ai sensi dell'art. 263 TFUE, competente a conoscerne sarebbe la Corte di giustizia dell'Unione europea.

Dinanzi alla diversa interpretazione prospettata sul punto dalle parti, in specie avuto riguardo all'unicità ovvero alla pluralità dei procedimenti svoltisi dinanzi alle autorità di vigilanza nazionale ed europea, il Consiglio di Stato – quale giudice di ultima istanza – ha ritenuto di deferire alla Corte UE la soluzione della questione interpretativa del combinato disposto degli articoli 263, commi 1, 2 e 5, e 256, comma 1, TFUE circa l'ambito della competenza giurisdizionale del giudice dell'Unione con riferimento agli atti adottati dalla Banca d'Italia.

Al riguardo l'ordinanza rileva l'assenza di precedenti specifici della Corte di giustizia sulla questione del riparto di giurisdizione tra giudice nazionale e giudice dell'Unione nelle controversie in cui si lamenti l'invalidità di atti delle autorità nazionali nell'ambito di tale tipo di procedimento, evidenziando altresì, con riferimento alla fattispecie in esame, la sussistenza di una oggettiva controvertibilità della questione, poiché il procedimento presenta sia elementi di un procedimento unitario, sia elementi di un procedimento c.d. composto, senza che tuttavia la fase procedimentale che si svolge dinanzi all'autorità

nazionale si concluda con un atto vincolante per l'autorità europea investita della decisione definitiva.

La rimessione viene a fondarsi anche su un duplice ordine di ragioni processuali: da un lato, il rischio di un conflitto negativo di giurisdizione che si determinerebbe, qualora sia il giudice nazionale, sia il giudice dell'Unione in ipotesi successivamente adito, declinassero la propria giurisdizione, con pregiudizio al principio di effettività della tutela giurisdizionale; dall'altro lato, il rischio di un conflitto pratico tra giudicati che si determinerebbe se il giudice nazionale, affermata la propria giurisdizione, dichiarasse l'invalidità degli atti impugnati per contrasto con il giudicato nazionale formatosi sulla sentenza n. 882/2016 del Consiglio di Stato e, al contempo, il giudice dell'Unione respingesse il ricorso proposto avverso il provvedimento definitivo della BCE, con una sentenza da eseguire nell'ordinamento nazionale.

III. - Per completezza si segnala:

a) sul tema dei rapporti fra giudizi (aventi identità di oggetto e soggetti) pendenti innanzi al G.A. italiano ed al giudice europeo Cons. Stato, sez. III, ord. 21 gennaio 2016, n. 195 in *Foro it.*, 2016, III, 129, con nota di LAGHEZZA – PALMIERI ivi gli ulteriori riferimenti anche a ulteriori pronunce;

b) in caso di procedimenti compositi, la giurisdizione del Tribunale dell'Unione a conoscere dell'intera controversia è stata affermata da T.a.r. per il Lazio, Sezione II *ter*, 19 maggio 2015, n. 7242, in materia di provvedimenti nazionali di recupero di finanziamenti allorquando si tratti di atti meramente consequenziali rispetto ai provvedimenti delle Istituzioni dell'Unione;

c) [Corte giust. UE 9 marzo 1994, causa C-188/92, caso "Texilwerke Deggendorf"](#), in *Foro it.*, 1995, IV, 113, ha affermato che, in caso di ricorso presentato contro il provvedimento nazionale esecutivo di atti comunitari a loro volta non oppugnati con il ricorso diretto ex art. 230 TCE, pur sussistendone i presupposti, il giudice nazionale è vincolato alla decisione ormai definitiva della questione comunitaria e non può essere attivato il rinvio pregiudiziale;

d) sulla autonomia processuale degli stati membri: Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2011, 353 ss.; Cass. civ., sez. un., 16 giugno 2014, n. 13676 in *Foro it.*, 2015, I, 4014; Corte giustizia UE, Sez. I, 17 marzo 2016, in *Foro it.*, 2016, IV, 177; Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9 in *Foro it.*, 2014, III, 429, con nota di SIGISMONDI;

e) sul rapporto fra preclusioni processuali e attività istruttoria disciplinate dal diritto nazionale e diritto UE, Cons. Stato, Sez. III, 4 febbraio 2015, n. 540 in *Foro it.*, 2015, III, 328; Sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1243; Sez. V, 17 luglio 2014, n. 3806 e Sez. V, 23 ottobre 2013, n. 5131 sulle conseguenze del maturarsi di preclusioni e decadenze processuali interne al processo ai fini dell'obbligo di rinvio pregiudiziale;

f) sul rapporto tra giudicato nazionale e diritto comunitario, cfr. Corte giust. UE, sentenza 13 gennaio 2004, in causa C-453/00, Kuhne&HeitzNV; Corte giust. UE, 24 aprile 2007, in causa C-2/06, Willy Kempter KG; Corte giust. UE 18 luglio 2007, causa C-119/05, Lucchini in Racc., 2007, I-6199; in dottrina Scoditti, *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, in *Foro it.* 2007, IV, 533; Baratta, *La cosa giudicata non limita il principio della primauté... peraltro espunto dal progetto di riforma dell'Unione Europea*, in *Giust. civ.*, 2007, 2659-2662; Consolo, *La sentenza Lucchini della Corte giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 225-238; Biavati, [La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario](#), in www.cortedicassazione.it.