

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI CATANIA

ANNA MARIA RITA LIUZZO

TESI DI

DOTTORATO DI RICERCA INTERNAZIONALE

IN

DIRITTO AMMINISTRATIVO

LA DISAPPLICAZIONE DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

CONTRARIO AL DIRITTO COMUNITARIO

Relatore

Chiarissimo Prof. Sebastiano Licciardello

INDICE

Introduzione	4
---------------------------	----------

CAPITOLO I

IL RAPPORTO TRA DIRITTO COMUNITARIO E DIRITTO AMMINISTRATIVO NAZIONALE

1. Premessa	11
2. Norma interna e norma comunitaria direttamente applicabile. La posizione della Corte di Giustizia: la tesi monista.....	13
2.1. La posizione della Corte Costituzionale: dall'intangibilità alla disapplicabilità della norma interna in conflitto con il diritto comunitario	23
3. Il rapporto tra diritto interno e norma comunitaria non direttamente applicabile.....	49
4. Il rapporto tra norma di diritto interno e principi generali dell'ordinamento comunitario	53
5. Il rapporto tra giudicato nazionale e diritto comunitario	57

CAPITOLO II

IL REGIME DELL'ATTO AMMINISTRATIVO NAZIONALE CONTRASTANTE CON IL DIRITTO COMUNITARIO

1. Premessa	80
2. La differenza tra illegittimità comunitaria diretta e indiretta: analogie e differenze con la diversa ipotesi dell'illegittimità costituzionale	81
3. L'incidenza della tesi della separazione sul provvedimento amministrativo anticomunitario: la tesi della nullità.....	89

4. Gli approdi della tesi monista: l'annullabilità del provvedimento amministrativo anticomunitario	96
5. La posizione della Corte di giustizia: il ritorno al sistema della disapplicazione normativa.....	104
6. Il Consiglio di Stato sposa la tesi dell'annullabilità del provvedimento amministrativo: fondamento teorico ed aspetti critici di un orientamento "miope"	126

CAPITOLO III

POTERE DI AUTOTUTELA E ILLEGITTIMITA' COMUNITARIA DELL'ATTO NAZIONALE

1. Il potere di autotutela come regola generale dell'azione amministrativa.....	149
2. Condizioni e limiti del potere di autotutela. Il principio del legittimo affidamento	160
3. Il principio di <i>primauté</i> del diritto comunitario quale possibile deroga della natura discrezionale del potere di autotutela	175

Introduzione

Dalla firma del Trattato di Roma fino alla recente entrata in vigore del Trattato di Lisbona il rapporto fra ordinamento comunitario e ordinamento statale dei Paesi Membri è stato oggetto di un continuo ed incessante sviluppo nei testi dei Trattati dell'Unione, nel pensiero e nelle riflessioni della dottrina amministrativista e all'interno della elaborazione della Corte di Giustizia.

Gli iniziali fervori sorti all'indomani dell'adesione degli Stati membri all'Unione europea e della sottoscrizione dei relativi Trattati istitutivi, legati al progetto ambizioso e, ad un tempo, condiviso di creare uno spazio comune di valori giuridici, strumenti di tutela, iniziative economiche ed ideali politici, dovettero presto scontrarsi non solo in Italia, ma in tutti i Paesi aderenti, con la necessità di accettare che principi granitici e fondanti il concetto stesso di sovranità statale cedessero il passo, almeno in parte, alla necessità di garantire effettività e piena attuazione ad un ordinamento nuovo. I Trattati istitutivi delle Comunità europee non erano comuni accordi internazionali, in forza dei quali gli Stati contraenti si impegnavano a rispettare specifiche obbligazioni reciproche, ma rappresentavano atti costitutivi di un nuovo ordinamento, dotato di propri organi normativi, esecutivi e giudiziari capaci di agire stabilmente e —soprattutto— idonei a produrre atti giuridici (anche normativi) validi ed efficaci negli ordinamenti dei singoli Stati membri della Comunità indipendentemente da qualsiasi loro consenso ulteriore.

La principale resistenza, sul piano interno, all'operatività del principio di primazia ed effettività del diritto comunitario fu rappresentata dalla consolidata struttura gerarchica delle fonti del diritto nazionale, all'interno della quale la prevalenza di quelle costituzionali e l'assenza di qualunque riferimento alla possibilità di considerarle sottordinate a quelle comunitarie pose il primo reale problema di coordinamento tra fonti diverse ma di pari grado e rilievo negli ordinamenti di rispettiva appartenenza.

Lo scontro tra Corte di giustizia e Corte Costituzionale, garanti, nei rispettivi ambiti, del rispetto e della fedele applicazione delle norme fondanti i sistemi giuridici sottoposti al loro presidio, fu inevitabile.

La Corte di giustizia costantemente impegnata a ribadire, fin dal 1964, come con l'istituzione della Comunità gli Stati membri avessero limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi e come tale limitazione di sovranità avesse, come corollario, l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro tale ordinamento, provvedimenti unilaterali, legislativi o amministrativi, pena la destrutturazione stessa del fondamento giuridico della Comunità.

La Corte Costituzionale, stretta tra due forze opposte e assorta nel tentativo di trovare, in assenza di una chiara, quanto necessaria ed auspicata, presa di posizione da parte del legislatore nazionale, una soluzione costituzionalmente fondata al dissidio tra la volontà legislativa e le tradizioni giuridiche della Nazione, da un lato, e le nuove istanze e pretese reclamate in sede comunitaria, dall'altro.

Si trattava di un problema di coordinamento complesso perché riguardante qualunque articolazione interna dello Stato e qualunque decisione o provvedimento con cui si esplicano le funzioni fondamentali di esso. Il diritto comunitario non si imponeva soltanto all'attenzione del legislatore nazionale. Non costituiva soltanto un limite alla insindacabilità degli atti legislativi. Gli effetti del principio di effettività e primazia del diritto comunitario erano ben più estesi, tali da ricadere anche sull'attività dei giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle proprie competenze, il diritto comunitario. L'autorità giudiziaria ribadiva la Corte di giustizia, "ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale".

Anche il potere esecutivo ne risultava investito: se il principio di prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno poteva influenzare l'operato del legislatore e degli organi giurisdizionali, a maggior ragione di esso occorreva tener conto in sede amministrativa ove qualunque determinazione contraria a detto principio avrebbe comportato un'ingiustificata disparità di applicazione del principio di effettività legata al tipo di strumento di tutela utilizzato e avrebbe, altresì, vanificato il lavoro di adattamento condotto dagli altri poteri dello Stato.

Lo strumento da sempre proposto dalla Corte di Giustizia per garantire la primazia del diritto comunitario sugli ordinamenti giuridici nazionali è stato quello della disapplicazione, ovvero di quella attività che, secondo autorevole dottrina, si sostanzia nel “potere di non applicare ad una singola fattispecie o per particolari effetti un atto, che per altre fattispecie o ad altri effetti rimane pienamente valido ed efficace” e si realizza “nel caso in cui l’ordinamento giuridico limiti le potestà dell’organo chiamato all’esame della validità di un atto, nel senso che gli inibisca l’annullamento del medesimo e gli renda possibile solo l’accertamento della non validità con la conseguente non applicazione alla fattispecie sottoposta al suo esame”¹.

Lo strumento disapplicativo, garanzia di effettività del diritto comunitario, è stato proposto dalla Corte di giustizia come rimedio da imporre agli organi giudiziari, legislativi e amministrativi. L’obbligo dei primi di disapplicare la norma nazionale confliggente con quella comunitaria fu esplicitamente affermato, per la prima volta, nella storica sentenza *Simmenthal* 9 marzo 1978, C-106/77 (e, successivamente, ribadito nella sentenza *Factortame*, Sent. 19 giugno 1990, C-213/89) ove la Corte precisò: “posto che, ai sensi dell’art. 189 del trattato CEE e della costante giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, le disposizioni comunitarie direttamente applicabili devono esplicare, a dispetto di qualsivoglia norma o prassi interna degli stati membri, piena, integrale ed uniforme efficacia negli ordinamenti di questi ultimi, anche al fine della garanzia delle situazioni giuridiche soggettive create in capo ai privati ... il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell’ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l’obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”.

A questo stesso obbligo di disapplicazione la Corte comunitaria ha assoggettato anche le Autorità amministrative. La Corte di giustizia ha più volte affermato che il principio della preminenza del diritto comunitario “impone non solo

¹ Così MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, X ediz., Padova, 1991, 299.

alle giurisdizioni, ma a tutte le istanze dello Stato membro di dare pieno effetto alla norma comunitaria”² per cui “tale obbligo di disapplicare una normativa nazionale in contrasto con il diritto comunitario incombe non solo al giudice nazionale, ma anche a tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative”³. Tra queste, la Corte ha incluso gli enti territoriali⁴, le amministrazioni fiscali⁵, le amministrazioni che prestano servizi di sanità pubblica⁶, le amministrazioni deputate al controllo e alla tutela dell’ordine pubblico e della sicurezza pubblica⁷, l’Autorità garante della concorrenza e del mercato⁸ nonché qualsiasi organo incaricato di pubblico servizio⁹.

Rispetto agli organi legislativi infine, per i quali non può trovare integrale applicazione l’istituto della disapplicazione, la Corte di giustizia ha costantemente affermato l’esigenza che non vengano emanate disposizioni contrastanti con il diritto comunitario: “in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l’effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli stati membri, non solo di rendere ‘ipso jure’ inapplicabile (...) qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, *ma anche (...) di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie*”¹⁰.

Inoltre, a presidio dell’effettiva prevalenza ed attuazione del diritto comunitario su quello nazionale, la Corte di Giustizia ha posto accanto al rimedio della

² Corte di Giustizia, 28 giugno 2001, C-118/00, *Larsy*, punto 52

³ Corte di Giustizia, 9 settembre 2003, C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi*, punto 49.

⁴ Corte di Giustizia, 29 aprile 1999, C-224/97, *Ciola*; cfr. altresì CGCE, 4 dicembre 1997, Cause riunite C-258/96 e C-253/96, *Kampelmann*, specie punto 46; CGCE, 12 giugno 2005, Cause riunite C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, *Fratelli Martini e Cargill*, specie punto 101.

⁵ Corte di Giustizia, 19 gennaio 1982, C-8/81, *Ursula Becker Contro Finanzamt Muenster-Innenstadt*, punto 25; analogamente, CGCE, 22 febbraio 1990, C-221/88, *CECA c. Fallimento Acciaierie e Ferriere Busseni*.

⁶ Corte di Giustizia, 26 febbraio 1986, C-152/84, *M. H. Marshall c. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, punto 49.

⁷ Corte di Giustizia, 15 maggio 1986, C-222/84, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, punto 57.

⁸ Corte di Giustizia, 9 marzo 2003, C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) e Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* punti 45/50.

⁹ CGCE, 12 luglio 1990, C-188/89, *Foster e altri c. British Gas Plc.*, punto 20.

¹⁰ Corte di Giustizia, 9 marzo 1978, C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. SpA Simmenthal*, punto 17.

procedura di infrazione, già prevista nei Trattati istitutivi dell'Unione, la responsabilità patrimoniale degli Stati nei confronti dei singoli per i danni da questi subiti in conseguenza della mancata osservanza del diritto comunitario da parte degli organi – legislativi, amministrativi e giurisdizionali – dello Stato stesso¹¹.

La Corte di giustizia ha, dunque, assunto un concetto di diritto nazionale recessivo rispetto al diritto comunitario molto ampio ed incisivo, che, a beneficio dell'uniforme applicazione di un sistema giuridico che gli Stati membri hanno liberamente accettato di rispettare, non lascia spazio a possibili varchi normativi che possano far filtrare regimi giuridici difforni dal paradigma proposto dal legislatore comunitario.

Più complesso e delicato il cammino parallelo della Corte Costituzionale, chiamata a bilanciare le istanze comunitarie con dogmi tanto antichi quanto saldi nella tradizione giudica nazionale come quello di sovranità, supremazia della legge e immunità del legislatore.

Il concetto di sovranità, pur mutando nel tempo la forma di governo, è, comunque, sempre rimasto legato all'espressione del potere - privo di vincoli - dello Stato nel suo territorio e nei confronti del popolo che ivi vi risiede: lo Stato nazionale è sovrano, perché detiene il potere di esercitare il monopolio della forza pubblica al fine di difendere il proprio territorio, avvalendosi di poteri organizzativi, che gli derivano dalla legittimazione riconosciutagli dal popolo. Nella Costituzione repubblicana del 1948 il concetto di sovranità è presente, oltre che nell'art. 1, comma 2 che ne attribuisce l'esercizio al popolo al fine di fondare una forma di governo di tipo rappresentativo, per indicare ora la sovranità rispetto ad altri ordinamenti (art. 7, Cost., dove è indicata la sovranità dello Stato rispetto all'ordinamento della Chiesa), ora la valenza esterna della stessa, come accade nell'art. 11, dove si afferma che l'ordinamento «*consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni*», sottintendendo che l'ordinamento statuale è “*originario, distinto e*

¹¹ Secondo l'orientamento avviato con la sentenza 19 novembre 1991, cause C- 6/90 e 9/90, *Francovich c. Repubblica italiana*.

indipendente rispetto all'ordinamento giuridico internazionale"¹². Si tratta, dunque, di un principio che implica la superiorità dello Stato rispetto a qualunque ordinamento interno ed esterno e da cui deriva il connesso e altrettanto fondamentale dogma della supremazia della legge, quale risultante dell'affermazione, nella cultura giuridica ottocentesca, del paradigma del positivismo giuridico, fermamente legato alla volontà del legislatore come emergente dalla formulazione scritta delle disposizioni legislative. La legge è adottata per la cura dei superiori interessi pubblici dei consociati e, quindi, non può ledere tali interessi, perché sarebbe un contrasto tutto interno e quindi profondamente illogico. La legge, quale massima espressione del potere sovrano, non può trovare altri ostacoli se non quello del rispetto delle norme costituzionali la cui violazione, tuttavia, pur potendo caducare le leggi, non consente alcun ristoro risarcitorio ai privati.

Il tentativo della Corte costituzionale si è quasi esclusivamente incentrato sulla relativizzazione dei suddetti dogmi attraverso la valorizzazione dei limiti imposti al legislatore nazionale dal diritto comunitario e il riconoscimento dell'esigenza di tutela delle posizioni soggettive che lo stesso diritto dell'Unione oggi pone negli ordinamenti nazionali, creando anche nuove sfide di adattamento della struttura dello Stato alle caratteristiche di un diritto sovraordinato e alla circolazione delle tradizioni dei Paesi membri.

La scelta degli strumenti da utilizzare è stato l'aspetto di più difficile risoluzione.

Originariamente orientata a risolvere il conflitto tramite l'utilizzo dei soli meccanismi contemplati nel sistema normativo interno e restia ad accogliere l'invito drastico della Corte comunitaria alla disapplicazione, la Corte Costituzionale si è, di recente, avvicinata, seppur con cautela, a sistemi di armonizzazione più incisivi e trancianti, influenzando l'agire dei giudici amministrativi che alle indicazioni della Corte Costituzionale si sono uniformati.

Le posizioni della giurisprudenza comunitaria e quelle della giurisprudenza domestica non sono, tuttavia, ancora del tutto allineate. La Corte di

¹² PERASSI T., *La Costituzione italiana e l'ordinamento internazionale*, Milano, 1952, 23 (corsivi non testuali).

Giustizia ha, da ultimo, proposto il rimedio, non condiviso dai giudici nazionali, della disapplicazione anche per superare il principio di decadenza e inoppugnabilità del provvedimento amministrativo definitivo ma in contrasto con un precetto del diritto dell'Unione.

Ancora irrisolto è, inoltre, il carattere vincolato o discrezionale del potere amministrativo di riesame di un provvedimento illegittimo per contrarietà a norme o principi di derivazione comunitaria.

CAPITOLO I

IL RAPPORTO TRA DIRITTO COMUNITARIO E DIRITTO AMMINISTRATIVO NAZIONALE

1. Premessa

Come meglio si dirà nel corso del presente studio, il problema del tipo di patologia che affligge l'atto amministrativo anticomunitario è stato variamente risolto da dottrina e giurisprudenza, impegnate in un lungo e complesso dibattito ermeneutico che, ancora oggi, non ha trovato unanime composizione.

La prospettata questione risente, tuttavia, in maniera significativa, della particolare configurazione che si intende dare al rapporto tra ordinamento giuridico comunitario e ordinamento giuridico nazionale. Le differenti posizioni assunte da coloro che hanno tentato di individuare la corretta collocazione e qualificazione sistematica del provvedimento emesso in violazione di una disposizione di diritto comunitario costituiscono diretta e immediata conseguenza del modo di intendere l'interazione tra i due ordinamenti¹³.

¹³ Sottolineano il nesso fra le due problematiche: AIELLO G., *La nullità del provvedimento amministrativo tra dubbi e incertezze*, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, giugno 2005; CACCIARI A., *La patologia degli atti amministrativi*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto amministrativo*, Roma, 2006, 636 ss., 650-651; CAFAGNO M., *L'invalidità di atti amministrativi emessi in forza di legge contraria a direttiva CEE immediatamente applicabile*, in Riv. Dir. Pubbl. com., 1992, 539 e ss., 541; CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, 4° edizione, Milano, 2005, I, 65; ID., *Il riparto in base al criterio della causa petendi*, in AA. VV., *Il riparto di giurisdizione*, Milano, 2005, I, 56 ss., 80; CHIOLA G., *Considerazioni sulla legalità comunitaria dell'atto amministrativo*, Roma, 2003, 7 ss.; ID., *L'ordinamento comunitario*, cit., 11 ss.; DE CAROLIS D., *L'annullabilità del provvedimento amministrativo*, in CARINGELLA F. –DE CAROLIS D. –DE MARZO G. (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005, II, 1031; DE GIORGI M., *L'atto amministrativo e le fonti comunitarie*, in PASQUINI G. e SANDULLI A. (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 581 ss., 583; GAROFOLI R., *Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme CE self executing*, in Urb.app., 1997, 335 ss., 337 ss.; GIOVAGNOLI R., *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario*, cit. 904; G. GRECO, *Fonti comunitarie e atti amministrativi italiani*, in Riv. Dir. Pubbl. com., 1991, 33 ss.; LEONE C., *Diritto comunitario e atti amministrativi nazionali*, in Riv. Dir. Pubbl. com., 2000, 1174 e ss., 1185 ss.; ID., *Disapplicabilità dell'atto amministrativo in contrasto con la disciplina comunitaria? Finalmente una parola chiara della Corte di Giustizia*, in Riv. Dir. Pubbl. com., 2003, 898 ss., 901 ss., nt. 9; MAZZELLA L., *La corretta attuazione del diritto comunitario e le sue conseguenze*, in Cons. Stato, 2005, I, 225 ss.; PICOZZA E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, 2° edizione, Torino, 2004, 45; RAGAZZO M., *L'autotutela amministrativa. Principi operativi e ambiti applicativi*, Milano, 2006, 268 ss.; ROLLI R., *La disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo: tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, 2° edizione, Roma, 2005, 124 ss.; STIGLIANI V., *Atti*

E' evidente, infatti, che aderendo alla tesi della separatezza degli ordinamenti, in un primo tempo sostenuta dalla Corte Costituzionale a difesa delle prerogative e dell'indipendenza dello Stato italiano, che limita la sovranità dell'ordinamento giuridico comunitario all'ambito dei rapporti tra gli Stati aderenti al Trattato istitutivo dell'Unione, risulta difficile sostenere che una norma appartenente ad un ordinamento terzo possa costituire parametro di legittimità dell'azione amministrativa di uno Stato già munito di un proprio sistema di regole giuridiche¹⁴.

Al contrario, aderendo alla tesi che considera l'ordinamento giuridico interno e quello comunitario come appartenenti ad un sistema giuridico unico ed integrato, la norma comunitaria si eleva subito a parametro legittimo di valutazione dell'attività amministrativa¹⁵.

Inoltre, il modo di intendere il rapporto tra ordinamento giuridico comunitario e ordinamento giuridico interno, oltre a ripercuotersi sul tema del tipo di invalidità di cui è affetto l'atto amministrativo con esso contrastante, ha evidenti proiezioni sul problema del regime della norma di diritto interno che contiene una disposizione contraria al disposto di una norma comunitaria. Come meglio si dirà *infra*, infatti, mentre i sostenitori della tesi dell'integrazione dell'ordinamento giuridico comunitario e di quello nazionale sostengono la necessità che la norma interna venga prontamente disapplicata dal giudice dinanzi al quale la parte la invoca, i sostenitori della tesi che considera autonomi e distinti i due ordinamenti ne predica la

amministrativi nazionali e norme comunitarie, in Riv. Dir. Pubbl. Com, 1999, 1413 ss.; SUSCA A., *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005, 484 ss.; VALAGUZZA S., *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l'incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, in Dir. Proc. Amm., 2005, 1112 ss., 1149 ss.

¹⁴ Rileva DE CAROLIS D., op. cit., 1031 ss.: "Aderendo alla tesi della separatezza degli ordinamenti, si dovrebbe, infatti, coerentemente ritenere che le norme comunitarie non si inseriscono nell'ordinamento interno. Ciò comporta, da un lato, che il contrasto tra le norme comunitarie e le norme di diritto interno non determina l'invalidità di queste ultime, comportandone solo ed esclusivamente la disapplicazione; dall'altro che la stessa norma comunitaria, in quanto estranea all'ordinamento, non può essere assunta né come parametro di legittimità dell'azione amministrativa, né come fonte del potere che l'autorità amministrativa ha esercitato con l'emanazione dell'atto".

¹⁵ DE CAROLIS D., op. cit., 1032: "accogliendo la tesi dell'integrazione dei due ordinamenti, si giunge, invece, a conclusioni opposte, sia per quanto riguarda la norma di diritto interno, da ritenersi invalida e non semplicemente disapplicabile, sia per quanto concerne la possibilità di rinvenire nella stessa norma comunitaria il parametro di legittimità dell'atto amministrativo e la fonte attributiva del potere di emanarlo".

sola invalidità e la possibilità che la stessa venga sottoposta al sindacato di legittimità costituzionale.

Stante, dunque, l'evidente rilevanza del tema del rapporto tra ordinamento giuridico nazionale e ordinamento giuridico comunitario, si rende necessario, prima di scendere nel vivo del problema delle conseguenze della violazione dei precetti comunitari in sede amministrativa, l'esame del modo in cui in ambito comunitario, prima, e in ambito nazionale, poi, è stato inteso e risolto il rapporto tra disposizioni normative nazionali e disposizioni normative comunitarie.

2. Norma interna e norma comunitaria direttamente applicabile¹⁶. La posizione della Corte di Giustizia: la tesi monista

Le posizioni distoniche della Corte di Giustizia rispetto a quelle della Corte Costituzionale in punto di rapporti tra l'ordinamento giuridico nazionale e quello comunitario sono sorte nell'indagine volta ad individuare la regola applicabile nell'ipotesi di conflitto tra norme nazionali e norme comunitarie. La posizione monista è stata sostenuta dalla Corte di Giustizia che sostiene la necessità di considerare

¹⁶ Interessante la precisazione operata da autorevole dottrina in ordine alla differenza tra "diretta applicabilità" ed "effetto diretto": *"La diretta applicabilità è una qualità di determinati atti comunitari che ... producono immediatamente i loro effetti giuridici nell'ordinamento nazionale senza la interposizione di un atto normativo nazionale. Questa qualità è, in particolare, una caratteristica tipologica dei regolamenti CE, che li differenzia dalle direttive CE: mentre queste ultime, in linea di principio si comportano secondo gli schemi consueti dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamenti esterni (le norme "esterne" si fermano di fronte ai confini della sovranità dell'ordinamento nazionale, e possono essere in esso applicate soltanto in forza di un'apposita disposizione "interna" di esecuzione o di rinvio), i regolamenti CE "sfiorano" la membrana della sovranità e s'impongono per forza propria nell'ordinamento nazionale, senza che lo Stato debba o possa frapporre un proprio atto di intermediazione. In quanto caratteristica di un certo tipo di atti – fonte, la "diretta applicabilità" è definita dal Trattato (fonte gerarchicamente superiore) che determina anche quando e con quali procedure i regolamenti sono emanati. Essa esprime la "potestà legislativa" affidata agli organi comunitari. Diversa concettualmente la nozione di "effetto diretto". Essa non riguarda gli atti ma le norme: è perciò una nozione non definita dal legislatore (ossia dal Trattato CE), ma dall'interprete, ossia, nel nostro caso, dalla Corte di giustizia della Comunità europea ... Nell'ambito dell'interpretazione fortemente evolutiva che la Corte ha dato del Trattato, tesa a rafforzare l'integrazione europea, l'elaborazione della nozione di "effetto diretto" gioca un ruolo importante. L'effetto diretto è la capacità di una norma comunitaria di creare diritti ed obblighi direttamente in capo ai singoli, anche senza l'intermediazione dell'atto normativo statale: questa capacità non discende dalla tipologia dell'atto, ma dalla struttura della singola disposizione e della norma che può esserne ricavata. E' l'interprete, insomma a "riconoscere" le norme che hanno effetto diretto, ossia che sono applicabili senza l'intermediazione di ulteriori atti (sono self-executing)" (BIN R. –PITRUZZELLA G., *Diritto pubblico*, Torino, 2002, p. 331).*

l'ordinamento giuridico nazionale e quello comunitario come facenti parte di un sistema giuridico unitario all'interno del quale le norme comunitarie e quelle interne si trovano, tra di loro, in rapporto gerarchico. La riferita posizione comporta, quale logico precipitato, che vanno disapplicate dal giudice interno le disposizioni contrastanti con il diritto comunitario, sia anteriori che sopravvenute, senza dover attendere la previa rimozione in sede legislativa o con procedimento di revisione costituzionale dell'atto legislativo anticomunitario. Ad avviso della Corte di Giustizia, infatti, la sottoscrizione del Trattato da parte degli Stati membri ha determinato la nascita di un ordinamento giuridico nuovo, quello comunitario, in favore del quale gli Stati hanno rinunciato, seppur in settori limitati, ai loro poteri sovrani. Detto ordinamento riconosce come soggetti non solo gli Stati membri, ma anche i loro cittadini e ad essi direttamente impone obblighi e attribuisce diritti soggettivi.

Il carattere necessariamente recessivo dell'ordinamento giuridico nazionale rispetto a quello comunitario è, dunque, conseguenza non solo della limitazione definitiva, seppur parziale, dei diritti sovrani di ciascuno Stato membro in favore dell'ordinamento giuridico comunitario, ma anche condizione indispensabile per garantire effettività e uniforme applicazione alle norme dell'ordinamento stesso. Invero, ha osservato il Giudice comunitario, se l'efficacia del diritto comunitario variasse da uno Stato all'altro in funzione delle leggi interne posteriori, si metterebbe in serio rischio l'efficacia di detto diritto sia sotto il profilo dell'attuabilità degli scopi del Trattato che sotto il profilo dell'effettivo adempimento, da parte degli Stati membri, degli obblighi da questi assunti. Si creerebbero, inoltre, ingiuste discriminazioni tra i cittadini dell'Unione, nei confronti dei quali il diritto comunitario non potrebbe trovare uniforme applicazione.

Si veda, a tal proposito la sentenza ***Van Gend & Loos, causa C-26/6, sentenza del 25 febbraio 1963*** ove la Corte ha statuito:

“la prima questione deferita alla corte dalla tariefcommissie consiste nello stabilire se l'articolo 12 del trattato abbia efficacia immediata negli ordinamenti interni degli Stati membri, attribuendo ai singoli dei diritti soggettivi che il giudice

nazionale ha il dovere di tutelare. Per accertare se le disposizioni di un trattato internazionale abbiano tale valore, si deve aver riguardo allo spirito, alla struttura ed al tenore di esso. Lo scopo del trattato cee, cioè l'instaurazione di un mercato comune il cui funzionamento incide direttamente sui soggetti della comunità, implica che esso va al di là di un accordo che si limitasse a creare degli obblighi reciproci fra gli stati contraenti. Ciò è confermato dal preambolo del trattato il quale, oltre a menzionare i governi, fa richiamo ai popoli e, più concretamente ancora, dalla instaurazione di organi investiti istituzionalmente di poteri sovrani da esercitarsi nei confronti sia degli stati membri sia dei loro cittadini. Va poi rilevato che i cittadini degli stati membri della comunità collaborano, attraverso il parlamento europeo e il comitato economico e sociale, alle attività della comunità stessa. Oltracciò, 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 esser 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”.

Ancor più incisiva la Corte nella sentenza **Costa c. Enel, causa c-6/64 del 15 luglio 1964**:

“La corte rileva che, a differenza dei comuni trattati internazionali, il trattato cee ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del trattato e che i giudici

nazionali sono tenuti ad osservare. Infatti, istituendo una comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in ispecie 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 variesse 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 articolo 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. 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 ”.

Lo stesso assunto viene ribadito dalla Corte nella sentenza **Simmenthal**, **causa c-106/77, sentenza del 9 marzo 1978** nella quale, tuttavia, a differenza delle precedenti, il Giudice comunitario opera un esplicito riferimento al potere di “disapplicazione” del giudice interno:

“13 la prima questione mira in sostanza a far precisare le conseguenze dell'applicabilità diretta di una disposizione di diritto comunitario in caso d'incompatibilità con una disposizione successiva facente parte della legislazione d'uno stato membro. 14 Considerata sotto questo profilo, l'applicabilità diretta va intesa nel senso che le norme di diritto comunitario devono esplicare la pienezza dei loro effetti, in maniera uniforme in tutti gli Stati membri, a partire dalla loro entrata in vigore e per tutta la durata della loro validità; 15 dette norme sono quindi fonte immediata di diritti e di obblighi per tutti coloro che esse riguardano, siano questi gli Stati membri ovvero i singoli, soggetti di rapporti giuridici disciplinati dal diritto comunitario; 16 questo effetto riguarda anche tutti i giudici che, aditi nell'ambito della loro competenza, hanno il compito, in quanto organi di uno Stato membro, di tutelare i diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario; 17 inoltre, in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli stati membri, non solo di rendere 'ipso jure' inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche - in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell' ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli stati membri - di

*impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie; 18 il riconoscere una qualsiasi efficacia giuridica ad atti legislativi nazionali che invadano la sfera nella quale si esplica il potere legislativo della comunità, o altrimenti incompatibili col diritto comunitario, equivarrebbe infatti a negare, sotto questo aspetto, il carattere reale d'impegni incondizionatamente ed irrevocabilmente assunti, in forza del trattato, dagli Stati membri, mettendo così in pericolo le basi stesse della comunità; 19 la stessa concezione si desume dalla 'ratio' dell' art. 177 del trattato, secondo cui qualsiasi giudice nazionale ha la facoltà di rivolgersi alla corte, ogniqualvolta reputi necessaria, per emanare la propria sentenza, una pronunzia pregiudiziale su questioni d' interpretazione o di validità relative al diritto comunitario; 20 l' effetto utile di tale disposizione verrebbe ridotto, se il giudice non potesse applicare, immediatamente, il diritto comunitario in modo conforme ad una pronunzia o alla giurisprudenza della Corte; 21 dal complesso delle precedenti considerazioni risulta che qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria; 22 è quindi incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto comunitario qualsiasi disposizione facente parte dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto comunitario per il fatto che sia negato al giudice, competente ad applicare questo diritto, **il potere di fare, all' atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino alla piena efficacia delle norme comunitarie**; 23 ciò si verificherebbe qualora, in caso di conflitto tra una disposizione di diritto comunitario ed una legge nazionale posteriore, la soluzione fosse riservata ad un organo diverso dal giudice cui è affidato il compito di garantire l'applicazione del diritto comunitario, e dotato di un autonomo potere di valutazione, anche se l'ostacolo in tal modo frapposto alla piena efficacia di tale diritto fosse soltanto temporaneo. **24 la prima questione va perciò risolta nel senso che il giudice nazionale, incaricato di***

applicare, nell' ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l' obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”.

L’assunto è stato, di recente ribadito dalla Corte nella **sentenza della sez. III, 19 novembre 2009, n. 314 (Pres. Cons. Ministri c. Reg. Campania):**

“Secondo una giurisprudenza costante, il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto comunitario ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (v., in tal senso, sentenze 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal, Racc. pag. 629, punto 24; 4 giugno 1992, cause riunite C-13/91 e C-113/91, Debus, Racc. pag. I-3617, punto 32; 18 luglio 2007, causa C-119/05, Lucchini, Racc. pag. I-6199, punto 61, nonché 27 ottobre 2009, causa C-115/08, CEZ, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 138). 82 In forza del principio del primato del diritto comunitario, il conflitto tra una disposizione normativa nazionale e una disposizione del Trattato direttamente applicabile si risolve, per un giudice nazionale, con l'applicazione del diritto comunitario, disapplicando, se necessario, la disposizione nazionale confliggente, e non dichiarando la nullità della disposizione nazionale, in quanto la competenza al riguardo degli organi e dei giudici è riservata a ciascuno Stato membro. 83 In tale contesto si deve ricordare che la Corte ha già dichiarato che l'incompatibilità con il diritto comunitario di una norma di diritto nazionale successiva non ha l'effetto di rendere quest'ultima inesistente. Posto di fronte a una situazione del genere, il giudice nazionale è obbligato a disapplicare tale norma, fermo restando che quest'obbligo non limita il potere dei giudici nazionali competenti di applicare, tra i vari mezzi offerti

dall'ordinamento interno, quelli che appaiono loro più appropriati per tutelare i diritti attribuiti agli individui dal diritto comunitario (sentenza 22 ottobre 1998, cause riunite da C-10/97 a C-22/97, IN.CO.GE.'90 e a., Racc. pag. I-6307, punto 21)''.

Favorevole alla tesi dell'integrazione è anche la giurisprudenza amministrativa maggioritaria. In particolare, il Consiglio di Stato, nella sentenza della sez. V., 10 gennaio 2003, n. 35 ha, per la prima volta, chiarito che la norma comunitaria si pone "come diretto parametro di legalità dell'atto amministrativo, anche tenuto conto del rapporto di integrazione tra i due ordinamenti (per come definito dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee), da giudicarsi preferibile rispetto a quello della loro separatezza ed autonomia (per come descritto dalla Corte Costituzionale)"¹⁷. I giudici amministrativi disattendono l'impostazione dualista soprattutto allorché l'ordinamento giuridico comunitario è fonte di situazioni giuridiche soggettive che hanno come destinatari i cittadini degli Stati membri e, in tali occasioni, ribadiscono come il diritto comunitario "si alimenta ... di diritti nazionali in un processo di osmosi reciproca" cosicché "si realizza in tal modo una progressiva compenetrazione tra ordinamento comunitario e ordinamento interno"¹⁸. Parte autorevole della dottrina amministrativa ha, infatti, ipotizzato che la preferenza della giurisprudenza amministrativa per la tesi dell'integrazione ordinamentale trovi la sua ragion d'essere proprio nella necessità di garantire effettività alla tutela di situazioni giuridiche soggettive di derivazione comunitaria. L'avallo della tesi monista sarebbe, in quest'ottica, funzionale e strumentale soltanto a scongiurare la possibilità che l'intervento della legge nazionale nel processo di attuazione ed esecuzione della normativa comunitaria possa, in qualche modo, ridurre il livello di tutela delle situazioni di vantaggio che trovano fonte nell'ordinamento comunitario¹⁹.

¹⁷ A favore della tesi dell'integrazione anche T.A.R. Sardegna, sez. I, 27 marzo 2007, n. 549: "la prevalente giurisprudenza nazionale, prendendo le mosse dalla tesi che definisce i rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, in termini di integrazione fra i due ordinamenti" concorda nel ritenere l'atto amministrativo anticomunitario illegittimo per violazione di legge.

¹⁸ Consiglio di Stato, sez. IV, 5 ottobre 2004, n. 6491, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 2812.

¹⁹ In tal senso, PICOZZA E., voce *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1997, XV, 2: in cui l'Autore afferma che non è da escludere che l'affermarsi della tesi monista sia "forse dovuto alla forte carica giustiziale del diritto comunitario medesimo il quale – secondo l'orientamento proprio della Corte di Giustizia – va reso effettivo in primo luogo dai giudici nazionali. L'opera di giustizia, che poi, secondo

Non mancano, tuttavia, nel panorama pretorio amministrativo, anche posizioni favorevoli ad avallare l'impostazione dualista. Una parte del Consiglio di Stato, infatti, ha riconosciuto maggior pregio alla tesi sostenuta dalla Corte Costituzionale perchè maggiormente idonea a garantire il rispetto della sovranità statale e la creazione di uno spazio giuridico sottratto alle influenze del diritto comunitario, costituito dal rispetto dei diritti considerati fondamentali i quali fungono da "controlimite" all'efficacia di un ordinamento terzo sul territorio della Nazione. Ad avviso di questa parte della giurisprudenza amministrativa, la tesi della Corte Costituzionale ha "il pregio di garantire la conservazione del nostro ordinamento e, con esso, della sovranità statale, che, lungi dall'essere assorbita all'interno di una sovranità superiore, risulta essere soltanto limitata, ai sensi dell'art. 11 Cost. In tal modo è stato, ed è, concepibile conservare uno spazio giuridico statale del tutto sottratto all'influenza del diritto comunitario, uno spazio nel quale lo Stato continua ad essere interamente sovrano, vale a dire indipendente, e perciò libero di disporre delle proprie fonti normative. E', appunto, l'area dei diritti fondamentali, la cui tutela funge da insopprimibile "controlimite" alle limitazioni spontaneamente accettate con il Trattato".

Tuttavia, anche coloro che sostengono la tesi che considera l'ordinamento giuridico comunitario e l'ordinamento giuridico nazionale distinti e autonomi, non pervengono all'estrema conseguenza di escludere qualsiasi tipo di osmosi tra detti due ordinamenti. Sostengono, per un verso, che l'autonomia di detti due sistemi giuridici comporta che l'accertamento dell'eventuale contrasto di una norma di legge con il diritto comunitario da parte della Corte di Giustizia non preclude il giudicato costituzionale e viceversa, "né potrebbe mai esserlo, altro e distinto essendo lo spazio d'apprezzamento del giudice comunitario, che usa i parametri normativi suoi propri, concorrenti con quelli delle costituzioni interne, nel dare vita all'ordinamento giuridico comune". Al contempo, riconoscono all'ordinamento giuridico comunitario il valore di fonte legittima non solo di diritti e doveri di cui sono titolari i singoli Stati membri, ma

l'omonima Corte, in altro non consiste che nella protezione rapida ed efficace delle situazioni giuridiche protette da esso diritto comunitario, da chiunque vengano tutelate, è, dunque, il primo vero riscontro dell'efficacia del diritto comunitario".

anche di situazioni giuridiche soggettive di vantaggio di cui sono titolari i cittadini degli Stati medesimi: “il diritto comunitario non è solo un diritto sovranazionale che vincola solo gli Stati, a cui il diritto interno di adegua ma è un diritto interno comune, che si indirizza ai cittadini ed alle imprese, ed opera, con la disapplicazione e/o previa uniforme interpretazione garantita dalla Corte di Giustizia CE, sostituendosi ai diritti nazionali”²⁰.

Anche nella dottrina amministrativista risulta maggiormente condivisa la tesi monista. Alla base di tale convincimento, da un lato, il disposto dell’articolo 117, comma 1° della Costituzione che sottopone la potestà legislativa ordinaria al rispetto “dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario”; dall’altro, l’inserimento dei principi generali dell’ordinamento comunitario tra i criteri direttivi dell’attività amministrativa, disposto dalla legge n. 15 del 2005²¹. Il novellato articolo 1, comma 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 espressamente dispone: “L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell’ordinamento comunitario”. Orbene, il riferimento al necessario rispetto dei principi giuridici sanciti nell’ordinamento comunitario in procedimenti amministrativi nei quali vengono tutelate soltanto situazioni giuridiche soggettive che trovano fonte nell’ordinamento interno è stato, da questa parte della dottrina, letto come indice della volontà legislativa di instaurare un rapporto di integrazione tra i due ordinamenti. Si ritiene, inoltre, che a suggerire la maggiore condivisibilità della tesi sposata dalla Corte di Giustizia sia la maggiore coerenza di sistema cui la stessa conduce: solo ritenendo che l’ordinamento giuridico comunitario è parte integrante di quello interno, la norma comunitaria può essere considerata parametro di legittimità

²⁰ Consiglio di Stato, sez. VI, 19 luglio 2005, n. 3846 (ord.) in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 2278.

²¹ Cfr: AIELLO G., *La nullità del provvedimento amministrativo tra dubbi e incertezze*, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, giugno 2005; LAUDANTE F., *Fonti comunitarie ed attività amministrativa statale tra separazione ed integrazione degli ordinamenti*, in *Rass. Dir. Pubbl. eur.*, 2005, I, 245; MASSERA A., *I principi generali dell’azione amministrativa*, in CERULLI IRELLI V. (a cura di), *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, Napoli 2006, 39 ss.; RAGAZZO M., CAPUTO O.M., *I principi generali dell’ordinamento comunitario*, in CARINGELLA F. - DE CAROLIS D. - DE MARZO G. (a cura di), *Le nuove regole dell’azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005, I, 23 ss.

dell'atto amministrativo nazionale senza che detto ruolo sia ancorato a basi sistematiche poco solide.

2.1. La posizione della Corte Costituzionale: dall'intangibilità alla disapplicabilità della norma interna in conflitto con il diritto comunitario

In prospettiva dualistica si è posta, invece, la Corte Costituzionale che, tuttavia, sebbene sempre fedele alla tesi dell'autonomia del diritto interno rispetto a quello comunitario, ha offerto al problema delle conseguenze di un possibile conflitto tra i due ordinamenti soluzioni non sempre univoche.

In un primo momento, la Corte ha ritenuto di dover risolvere il problema del conflitto tra norma interna e norma dell'ordinamento giuridico comunitario alla luce del generale principio della successione della leggi nel tempo. Dunque, ha ritenuto la Corte, poiché al Trattato comunitario è stata data esecuzione tramite legge ordinaria, la stessa soccombe allorché entri in conflitto con una legge successiva con essa incompatibile. Nessuna questione di legittimità costituzionale può porsi sotto il profilo del possibile conflitto della norma interna anticomunitaria con l'articolo 11 della Costituzione. Quest'ultimo, infatti, contiene una norma "permissiva", consente, cioè, alla Nazione, qualora ricorrano determinati presupposti, di stipulare trattati con cui si assumano limitazioni della sovranità e di darvi esecuzione con legge ordinaria. La stessa disposizione, dunque, nulla dispone in ordine ad una eventuale efficacia superiore della legge ordinaria che rende esecutivo il Trattato. Né, ha osservato la Corte, può ipotizzarsi una violazione indiretta dell'articolo 11 attraverso il contrasto con la legge esecutiva del Trattato. Sebbene, infatti, non sia del tutto remota la possibilità che una legge ordinaria sia in contrasto con una norma costituzionale perché, a sua volta, in contrasto con una previgente legge ordinaria (tipico il caso di un decreto legislativo che viola l'articolo 76 della Costituzione perché non aderente a quanto previsto nella legge di delegazione), il contrasto di una norma interna con la legge ordinaria di esecuzione del Trattato non viola l'articolo 11 della Costituzione in quanto nulla quest'ultimo dispone in ordine al maggior valore della legge di esecuzione del

Trattato, limitandosi, a permettere allo Stato il ricorso ad accordi internazionali e a darvi esecuzione tramite legge ordinaria.

In conclusione, dunque, sebbene la norma interna in contrasto con il diritto comunitario può dar luogo ad un'ipotesi di responsabilità dello Stato sul piano internazionale, non può ritenersi costituzionalmente illegittima per contrasto con l'articolo 11 della Costituzione. Essa è, secondo i principi generali che regolano la successione delle leggi nel tempo, pienamente legittima e ad essa il giudice nazionale è tenuto a dare piena e fedele applicazione, se sopravvenuta alla legge di esecuzione del Trattato.

In tal senso, **Corte Costituzionale, 7 marzo 1964 n. 14 (sentenza Costa c. Enel)**:

“Resta da esaminare la questione della incostituzionalità della legge istitutiva dell'E.N.E.L. sotto l'aspetto del suo contrasto con l'art. 11 della Costituzione. L'art. 11 viene qui in considerazione per la parte nella quale si enuncia che l'Italia consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni e promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo. La norma significa che, quando ricorrano certi presupposti, è possibile stipulare trattati con cui si assumano limitazioni della sovranità ed è consentito darvi esecuzione con legge ordinaria; ma ciò non importa alcuna deviazione dalle regole vigenti in ordine alla efficacia nel diritto interno degli obblighi assunti dallo Stato nei rapporti con gli altri Stati, non avendo l'art. 11 conferito alla legge ordinaria, che rende esecutivo il trattato, un'efficacia superiore a quella propria di tale fonte di diritto. Né si può accogliere la tesi secondo cui la legge che contenga disposizioni difformi da quei patti sarebbe incostituzionale per violazione indiretta dell'art. 11 attraverso il contrasto con la legge esecutiva del trattato. Il fenomeno del contrasto con una norma costituzionale attraverso la violazione di una legge ordinaria non è singolare. Spesso la Corte ha dichiarato illegittime le norme dei decreti legislativi per non aderenza con la legge di delegazione, trovando la causa dell'illegittimità nella violazione dell'art. 76 della Costituzione. Ma rispetto a quella parte dell'art. 11 in cui è contenuta la norma presa in esame ai fini di questa causa, la situazione è diversa. L'art. 76 pone delle

regole circa l'esercizio della funzione legislativa delegata, e per questo la non conformità ai principi della legge-delega importa violazione dell'art. 76. L'art. 11, invece, considerato nel senso già detto di norma permissiva, non attribuisce un particolare valore, nei confronti delle altre leggi, a quella esecutiva del trattato. Non vale, infine, l'altro argomento secondo cui lo Stato, una volta che abbia fatto adesione a limitazioni della propria sovranità, ove volesse riprendere la sua libertà d'azione, non potrebbe evitare che la legge, con cui tale atteggiamento si concreta, incorra nel vizio di incostituzionalità. Contro tale tesi stanno le considerazioni ora esposte, le quali conducono a ritenere che la violazione del trattato, se importa responsabilità dello Stato sul piano internazionale, non toglie alla legge con esso in contrasto la sua piena efficacia. Nessun dubbio che lo Stato debba fare onore agli impegni assunti e nessun dubbio che il trattato spieghi l'efficacia ad esso conferita dalla legge di esecuzione. Ma poiché deve rimanere saldo l'impero delle leggi posteriori a quest'ultima, secondo i principi della successione delle leggi nel tempo, ne consegue che ogni ipotesi di conflitto fra l'una e le altre non può dar luogo a questioni di costituzionalità”.

Diversa la soluzione proposta dalla **Corte Costituzionale nella sentenza 27 dicembre 1973, n. 183 (sentenza Frontini)**. Il Collegio ha affermato che l'ordinamento giuridico nazionale e quello interno sono autonomi e distinti, ma ad un tempo, “coordinati” secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dal Trattato. Il coordinamento tra questi due ordinamenti è predicabile in forza del disposto dell'articolo 11 della Costituzione in virtù del quale lo Stato ha accettato delle limitazioni di sovranità seppur unicamente per il perseguimento delle finalità ivi indicate. Ciò comporta due conseguenze. Anzitutto, che le norme del diritto comunitario che intervengono sulle materia che lo Stato stesso ha deciso di affidare alla competenza legislativa comunitaria non abbisognano di leggi di recepimento interne che possano differirne o condizionarne l'entrata in vigore in spregio all'esigenza di certezza e uguaglianza dell'applicazione del diritto comunitario. Inoltre, sulle materie contemplate nel Trattato, al legislatore comunitario va riconosciuta, in virtù dell'articolo 11 della Costituzione, una competenza legislativa

esclusiva che elimina la possibilità di qualunque tipo di intervento da parte del legislatore nazionale.

Con la conseguenza che il giudice nazionale che rilevi il contrasto della norma nazionale con quella comunitaria ha l'obbligo di sottoporla al sindacato della Corte Costituzionale.

Non può, invece, riconoscersi al giudice interno né il potere di dichiarare la legge anticomunitaria del tutto “nulla”, perché il trasferimento dei poteri alla Comunità non implica, nella materia a questa devoluta, la “radicale privazione di efficacia della volontà sovrana degli organi legislativi degli Stati membri”; né il potere di disapplicarla perché la disapplicazione implica un'attività di individuazione della norma validamente applicabile e, dunque, il riconoscimento al giudice interno del potere di *“accertare e dichiarare una incompetenza assoluta del nostro legislatore ... potere che nel vigente ordinamento sicuramente non gli è attribuito”*.

L'unica ipotesi in cui la Corte Costituzionale può intervenire a valutare il merito delle scelte normative operate in sede comunitaria nelle materie che il Trattato riserva alla competenza legislativa esclusiva dell'Unione europea è quella in cui dette scelte si pongano in violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale o dei diritti inviolabili della persona umana. Quest'ultima, meglio nota come “teoria dei controlimiti”, è stata ripresa e condivisa, come sopra accennato, da quella parte del Consiglio di Stato che, a tutela della sovranità statale, ha condiviso la teoria dualista come elaborata dalla Corte Costituzionale:

“I regolamenti emanati dagli organi della C.E.E. à sensi dell'art. 189 del Trattato di Roma appartengono all'ordinamento proprio della Comunità: il diritto di questa e il diritto interno dei singoli Stati membri possono configurarsi come sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dal Trattato. Esigenze fondamentali di eguaglianza e di certezza giuridica postulano che le norme comunitarie, - non qualificabili come fonte di diritto internazionale, né di diritto straniero, né di diritto interno dei singoli Stati, - debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di recezione 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 uguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari. Risponde altresì alla logica del sistema comunitario che i regolamenti della C.E.E., - sempreché abbiano completezza di contenuto dispositivo, quale caratterizza di regola le norme intersoggettive, - come fonte immediata di diritti ed obblighi sia per gli Stati sia per i loro cittadini in quanto soggetti della Comunità, non debbano essere oggetto di provvedimenti statali a carattere riproduttivo, integrativo o esecutivo, che possano comunque differirne o condizionarne l'entrata in vigore, e tanto meno sostituirsi ad essi derogarvi o abrogarli, anche parzialmente. E qualora uno di questi regolamenti comportasse per lo Stato la necessità di emanare norme esecutive di organizzazione dirette alla ristrutturazione o nuova costituzione di uffici o servizi amministrativi, ovvero di provvedere a nuove o maggiori spese, prive della copertura finanziaria richiesta dall'art. 81 Cost. mediante le opportune variazioni di bilancio, è ovvio che l'adempimento di questi obblighi da parte dello Stato non potrebbe costituire condizione o motivo di sospensione dell'applicabilità della normativa comunitaria, la quale, quanto meno nel suo contenuto intersoggettivo, entra immediatamente in vigore.... È appena il caso di aggiungere che in base all'art. 11 Cost. sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma - sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini, - possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all'art. 189 una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali” (Corte Costituzionale nella sentenza 27 dicembre 1973, n. 183).

In senso conforme, **Corte Costituzionale 30 ottobre 1975 n. 232**
(sentenza ICIC S.p.a. c Ministero del Commercio con l'Estero):

“Ai fini della decisione sembra anzitutto opportuno ricordare che sui rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno questa Corte ha già avuto occasione di enunciare i seguenti principi (sentenza 27 dicembre 1973, n. 183):

a) l'attribuzione di potestà normativa agli organi delle Comunità europee, con la corrispondente limitazione di quella propria dei singoli Stati membri, ha, quanto all'Italia, sicuro fondamento nell'art. 11 della Costituzione, che legittima le limitazioni dei poteri dello Stato a favore delle Comunità in ordine all'esercizio delle funzioni legislativa, esecutiva e giurisdizionale; b) i regolamenti emanati dai competenti organi delle Comunità europee (Consiglio e Commissione), à sensi dell'art. 189 del Trattato di Roma, appartengono all'ordinamento proprio delle Comunità: il diritto di queste e il diritto interno dei singoli Stati membri possono configurarsi come sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dai trattati istitutivi delle Comunità e successivi; c) esigenze fondamentali di eguaglianza e di certezza giuridica postulano che le norme comunitarie, - non qualificabili come fonte di diritto internazionale, né di diritto straniero, né di diritto interno dei singoli Stati -, debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di recezione 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 uguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari; d) risponde altresì alla logica del sistema comunitario che i regolamenti delle Comunità, - sempreché abbiano completezza di contenuto dispositivo, quale caratterizza di regola le norme intersoggettive -, come fonte immediata di diritti ed obblighi sia per gli Stati sia per i loro cittadini in quanto soggetti delle Comunità, non debbano essere oggetto di provvedimenti statali a carattere riproduttivo, integrativo o esecutivo, che possono comunque differirne o condizionarne l'entrata in vigore, e tanto meno sostituirsi ad essi, derogarvi o abrogarli, anche parzialmente. Ciò, beninteso, salva la necessità per gli Stati membri di emanare norme esecutive di organizzazione e concernenti modalità

di applicazione, richieste dagli stessi regolamenti comunitari o comunque indispensabili, ovvero di provvedere alla copertura finanziaria di nuove o maggiori spese mediante variazioni di bilancio; fermo rimanendo peraltro che l'eventuale adempimento di simili obblighi da parte dello Stato non potrebbe costituire condizione o motivo di sospensione dell'applicabilità della normativa comunitaria. ...6-Di fronte a questo contrasto, che indubbiamente sussiste non solo nell'ipotesi di norme interne successive incompatibili con quelle emanate dai competenti organi delle Comunità europee, ma anche nell'ipotesi di norme interne, legislative o regolamentari, di contenuto puramente riproduttivo, si pone il problema della loro eventuale disapplicazione, prospettato e risolto negativamente dalla Corte di cassazione, e qui riproposto, sia pure in via alternativa, e con diverse impostazioni e motivazioni, da entrambe le parti costituite in giudizio. Per quanto concerne le norme interne successive, emanate con legge o con atti aventi valore di legge ordinaria, questa Corte ritiene che il vigente ordinamento non conferisca al giudice italiano il potere di disapplicarle, nel presupposto d'una generale prevalenza del diritto comunitario sul diritto dello Stato. Certamente non può accogliersi la soluzione, prospettata e respinta dalla Corte di cassazione, di una declaratoria di nullità della legge successiva interna, dovendosi escludere che il trasferimento agli organi delle Comunità del potere di emanare norme giuridiche, sulla base d'un preciso criterio di ripartizione di competenze per determinate materie, "per l'assolvimento dei loro compiti e alle condizioni contemplate dai trattati" (cfr. art. 189 del Trattato di Roma), comporti come conseguenza una radicale privazione di efficacia della volontà sovrana degli organi legislativi degli Stati membri, pur manifestata nelle materie riservate dai trattati alla normazione comunitaria; tale trasferimento fa sorgere, invece, il diverso problema della legittimità costituzionale dei singoli atti legislativi. Non sembra nemmeno possibile configurare la possibilità della disapplicazione come effetto di una scelta tra norma comunitaria e norma interna, consentita di volta in volta al giudice italiano sulla base di una valutazione della rispettiva resistenza. In tale ipotesi, dovrebbe riconoscersi al giudice italiano non già la facoltà di scegliere tra più norme applicabili, bensì quella di individuare la sola norma validamente applicabile, ciò che equivarrebbe ad ammettere il suo potere di accertare e dichiarare una incompetenza

assoluta del nostro legislatore, sia pur limitatamente a determinate materie, potere che nel vigente ordinamento sicuramente non gli è attribuito. Ne consegue che di fronte alla situazione determinata dalla emanazione di norme legislative italiane, le quali abbiano recepito e trasformato in legge interna regolamenti comunitari direttamente applicabili, il giudice è tenuto a sollevare la questione della loro legittimità costituzionale”.

Un passo indubbiamente significativo nella direzione tracciata dalla Corte di Giustizia è stato compiuto con la sentenza dell' **8 giugno 1984 n. 170 (c.d. sentenza Granital)**. In questa pronuncia, la Corte ha, anzitutto, distinto l'ipotesi in cui la norma interna contrastante sopravvenga alla norma comunitaria, da quella in cui preesista alla norma stessa.

In quest'ultimo caso, ha precisato il Collegio, la norma interna deve intendersi caducata per effetto della successiva e contraria statuizione della norma comunitaria.

Nel caso inverso in cui, invece, la norma interna anticomunitaria sopravvenga ad una disposizione già vigente la stessa non può che essere disapplicata dal giudice nazionale. Si è affermato, in altri termini, che l'ordinamento comunitario e quello interno dello Stato, sono, come già altre volte rilevato, coordinati ma distinti ed autonomi. Orbene, il coordinamento tra detti due ordinamenti, predicabile in virtù dell'articolo 11 della Costituzione, consente di attribuire alle norme comunitarie diretta applicazione nel territorio italiano: attraverso l'articolo 11 del testo costituzionale, lo Stato ha trasferito agli organi comunitari le competenze che questi esercitano nelle materie loro riservate, lasciando che le regole che scaturiscono dall'esercizio di detta competenza vengano nel territorio italiano. Il carattere autonomo e distinto dei due ordinamenti comporta, invece, che sulle materie di propria competenza il legislatore comunitario esercita una competenza legislativa esclusiva che impedisce alla legge interna di interferire nella sfera occupata dalla normativa comunitaria. Il diritto interno, in altri termini, non può *“interferire nella produzione normativa del distinto ed autonomo ordinamento della Comunità”*.

Di conseguenza, ha concluso la Corte, nelle materie riservate alla normazione della Comunità europea il Giudice ordinario deve applicare direttamente la norma comunitaria, la quale prevale sulla legge nazionale incompatibile, anteriore o successiva. La norma comunitaria, infatti, non “caduca” la norma interna con essa incompatibile, ma impedisce che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversa dinnanzi al giudice nazionale.

D'altronde, ha aggiunto la Corte, sarebbe del tutto irrazionale sostenere che il giudice nazionale debba risolvere il conflitto tra norma interna e norma comunitaria in modo diverso a seconda dell'ordine cronologico in cui intervengono l'una e l'altra norma. La norma interna incompatibile va sempre disapplicata senza che occorra sollevare dinnanzi alla Corte Costituzionale una apposita questione di legittimità sotto il profilo del possibile contrasto con l'articolo 11 della Costituzione:

“ ... 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, cadute 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'avere 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. 5. - Il risultato cui è pervenuta la precedente giurisprudenza va, quindi, ridefinito, in relazione al punto di vista, sottinteso anche nelle precedenti pronunzie, ma non condotto alle ultime conseguenze, sotto il quale la fonte comunitaria è presa in considerazione nel nostro ordinamento. Il giudice italiano accerta che la normativa scaturente da tale fonte regola il caso sottoposto al suo esame, e ne applica di conseguenza il disposto, con esclusivo riferimento al sistema dell'ente sovranazionale: cioè al solo sistema che governa l'atto da applicare e di esso determina la capacità produttiva. Le confliggenti statuizioni della legge interna non possono costituire ostacolo al riconoscimento della "forza e valore", che il Trattato conferisce al regolamento comunitario, nel configurarlo come atto produttivo di regole immediatamente applicabili. Rispetto alla sfera di questo atto, così riconosciuta, la legge statale rimane infatti, a ben guardare, pur sempre collocata in un ordinamento, che non vuole interferire nella produzione normativa del distinto ed autonomo ordinamento della Comunità, sebbene garantisca l'osservanza di essa nel territorio nazionale.. D'altra parte, la garanzia che circonda l'applicazione di tale normativa è - grazie al precetto dell'art. 11 Cost., com'è sopra chiarito - piena e continua. Precisamente, le disposizioni della CEE, le quali soddisfano i requisiti dell'immediata applicabilità devono, al medesimo titolo, entrare e permanere in vigore nel territorio italiano, senza che la sfera della loro efficacia possa essere intaccata dalla legge ordinaria dello Stato. Non importa, al riguardo, se questa legge sia anteriore o successiva. Il regolamento comunitario fissa, comunque, la disciplina della specie. L'effetto connesso con la sua vigenza è perciò quello, non

già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale. In ogni caso, il fenomeno in parola va distinto dall'abrogazione, o da alcun altro effetto estintivo o derogatorio, che investe le norme all'interno dello stesso ordinamento statale, e ad opera delle sue fonti. Del resto, la norma interna contraria al diritto comunitario non risulta - è stato detto nella sentenza n. 232/75, e va anche qui ribadito - nemmeno affetta da alcuna nullità, che possa essere accertata e dichiarata dal giudice ordinario. Il regolamento, occorre ricordare, è reso efficace in quanto e perché atto comunitario, e non può abrogare, modificare o derogare le confliggenti norme nazionali, né invalidarne le statuizioni. Diversamente accadrebbe, se l'ordinamento della Comunità e quello dello Stato - ed i rispettivi processi di produzione normativa - fossero composti ad unità. Ad avviso della Corte, tuttavia, essi, per quanto coordinati, sono distinti e reciprocamente autonomi. Proprio in ragione, dunque, della distinzione fra i due ordinamenti, la prevalenza del regolamento adottato dalla CEE va intesa come si è con la presente pronunzia ritenuto: nel senso, vale a dire, che la legge interna non interferisce nella sfera occupata da tale atto, la quale è interamente attratta sotto il diritto comunitario. La conseguenza ora precisata opera però, nei confronti della fonte statale, solo se e fino a quando il potere trasferito alla Comunità si estrinseca con una normazione compiuta e immediatamente applicabile dal giudice interno. Fuori dall'ambito materiale, e dai limiti temporali, in cui vige la disciplina comunitaria così configurata, la regola nazionale serba intatto il proprio valore e spiega la sua efficacia; e d'altronde, è appena il caso di aggiungere, essa soggiace al regime previsto per l'atto del legislatore ordinario, ivi incluso il controllo di costituzionalità.. 6. - Il regolamento comunitario va, dunque, sempre applicato, sia che segua, sia che preceda nel tempo le leggi ordinarie con esso incompatibili: e il giudice nazionale investito della relativa applicazione potrà giovare dell'ausilio che gli offre lo strumento della questione pregiudiziale di interpretazione, ai sensi dell'art. 177 del Trattato. Solo così è soddisfatta la fondamentale esigenza di certezza giuridica, sempre avvertita nella giurisprudenza di questo Collegio, che impone eguaglianza e uniformità di criteri applicativi del regolamento comunitario per tutta l'area della Comunità Europea.

Quest'affermazione trova il supporto di due autonome e concorrenti riflessioni.. Va osservato, in primo luogo, che alla conclusione testé enunciata perviene, per parte sua, anche la Corte del Lussemburgo. Detto Collegio considera, è vero, la fonte normativa della Comunità e quella del singolo Stato come integrate in un solo sistema, e quindi muove da diverse premesse, rispetto a quelle accolte nella giurisprudenza di questa Corte. Quel che importa, però, è che col giudice comunitario si possa convenire nel senso che alla normativa derivante dal Trattato, e del tipo qui considerato, va assicurata diretta ed ininterrotta efficacia: e basta questo per concordare sul principio secondo cui il regolamento comunitario è sempre e subito applicato dal giudice italiano, pur in presenza di confliggenti disposizioni della legge interna.. A parte ciò, e per quanto risulta alla Corte, il regolamento comunitario è fatto immediatamente operare, ad esclusione delle norme interne incompatibili, anteriori e successive, in tutti indistintamente gli ordinamenti degli Stati membri, quale che poi, in ciascuno di essi, possa essere la giustificazione di siffatto regime alla stregua delle rispettive previsioni costituzionali. Ed è, certamente, significativo che il controllo sulla compatibilità tra il regolamento comunitario e la norma interna, anche posteriore, sia lasciato alla cognizione del giudice ordinario pur dove un apposito organo giudicante è investito, analogamente a questa Corte, del sindacato di costituzionalità sulle leggi. Così accade, sebbene per ragioni in parte diverse da quelle sopra spiegate, nell'ordinamento federale tedesco. Il criterio ora sancito gode, dunque, di generale osservanza. Il che conferma che esso serve a stabilire e garantire condizioni di parità, sia degli Stati membri, sia dei loro cittadini, di fronte al modo come funziona la disciplina. e la stessa organizzazione, del Mercato Comune.. 7. - Le osservazioni fin qui svolte non implicano, tuttavia, che l'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno sia sottratto alla competenza della Corte. Questo Collegio ha, nella sentenza n. 183/73, già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana, nell'ipotesi contemplata, sia pure come improbabile, al numero 9 nella parte motiva di detta pronuncia. Nel presente giudizio cade opportuno un altro ordine di precisazioni. Vanno denunciate in questa sede quelle statuizioni della legge

statale che si assumano costituzionalmente illegittime, in quanto dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi: situazione, questa, evidentemente diversa da quella che si verifica quando ricorre l'incompatibilità fra norme interne e singoli regolamenti comunitari. Nel caso che qui è previsto, la Corte sarebbe, quindi, chiamata ad accertare se il legislatore ordinario abbia ingiustificatamente rimosso alcuno dei limiti della sovranità statale, da esso medesimo posti, mediante la legge di esecuzione del Trattato, in diretto e puntuale adempimento dell'art. 11 Cost.”.

Il su riportato principio, inizialmente affermato per i regolamenti comunitari, è stato poi esteso con successive pronunce alle statuizioni contenute in sentenze interpretative della Corte del Lussemburgo (sentenza 23 aprile 1985, n. 113 – *BECA S.p.a. e altri c. Amministrazione finanziaria dello Stato*) e in sentenze di condanna (sentenza 11 luglio 1989, n. 389 – *Provincia autonoma di Bolzano c. Presidenza del Consiglio*), ed infine alle direttive c.d. dettagliate (sentenza 18 aprile 1991, n. 168 - *Società dolciaria Giampaoli c. Ufficio registro Ancona*).

Nella sentenza n. 113 del 23 aprile 1985, la Corte Costituzionale ha ribadito quanto affermato nella sentenza n. 170 del 1984, chiarendo, altresì, che il principio secondo il quale la normativa europea entra e permane in vigore in Italia “senza che i suoi effetti siano intaccati dalla legge ordinaria dello Stato”, vale ogni qual volta tale normativa soddisfa il requisito della “immediata applicabilità”. La Corte ha, di conseguenza, esteso il principio stesso, oltre che ai regolamenti, anche alle “statuizioni risultanti ... dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia”²².

Nella sentenza n. 389 dell’11 luglio 1989 la Corte Costituzionale ha aggiunto che l'immediata efficacia del diritto comunitario all'interno dell'ordinamento nazionale va riconosciuta, oltre che alle fonti normative direttamente applicabili ed alle pronunzie interpretative rese dalla Corte di giustizia delle Comunità Europee ai sensi

²² Si legge nella sentenza: “La normativa comunitaria - si è detto in quella pronunzia - entra e permane in vigore, nel nostro territorio, senza che i suoi effetti siano intaccati dalla legge ordinaria dello Stato; e ciò tutte le volte che essa soddisfa il requisito dell'immediata applicabilità. Questo principio, si è visto sopra, vale non soltanto per la disciplina prodotta dagli organi della C.E.E. mediante regolamento, ma anche per le statuizioni risultanti, come nella specie, dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia”.

dell'art. 177 del Trattato C.E.E., anche ad ogni altra sentenza del giudice comunitario, la quale, nell'applicare od interpretare una norma comunitaria dotata di effetti diretti, risulti comunque dichiarativa del diritto comunitario²³.

Infine, nella sentenza n. 168 del 1991 la Corte Costituzionale ha rilevato come le direttive incondizionate e sufficientemente precise sono produttive di effetti diretti nell'ordinamento italiano a partire dalla scadenza del termine entro il quale lo Stato italiano dovrebbe dar loro esecuzione²⁴.

²³ Afferma la Corte Costituzionale: *“Anche se è vero che questa Corte ha avuto occasione in passato di riconoscere l'immediata applicabilità di una normativa comunitaria nell'interpretazione datane da una sentenza della Corte di giustizia resa in un giudizio instaurato ai sensi dell'art. 177 del Trattato (v. sent. n. 113 del 1985), il principio allora affermato è di portata più generale.*

Poiché ai sensi dell'art. 164 del Trattato spetta alla Corte di giustizia assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del medesimo Trattato, se ne deve dedurre che qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario, nel senso che la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative. Quando questo principio viene riferito a una norma comunitaria avente "effetti diretti" - vale a dire a una norma dalla quale i soggetti operanti all'interno degli ordinamenti degli Stati membri possono trarre situazioni giuridiche direttamente tutelabili in giudizio non v'è dubbio che la precisazione o l'integrazione del significato normativo compiute attraverso una sentenza dichiarativa della Corte di giustizia abbiano la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate”.

²⁴ Si afferma nella citata pronuncia: *“per le direttive, in particolare, occorre far riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, che - interpretando l'art.189 del Trattato di Roma sul carattere vincolante delle direttive per gli Stati membri-ha da tempo elaborato principi molto puntuali, ritenendo che <in tutti i casi in cui alcune disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, sia che questo non abbia tempestivamente recepito la direttiva nel diritto nazionale sia che l'abbia recepita in modo inadeguato> (sent. 22 giugno 1989, in causa 103/88; sent. 20 settembre 1988, in causa 31/87; sent.8 ottobre 1987, in causa 80/86; sent. 24 marzo 1987, in causa 286/85). In particolare in quest'ultima pronuncia la Corte del Lussemburgo ha puntualizzato che la disposizione della direttiva che risponda ai presupposti suddetti possa essere invocata dal singolo innanzi al giudice nazionale <onde far disapplicare qualsiasi norma di diritto interno non conforme a detto articolo>. Pertanto la diretta applicabilità, in tutto od in parte, delle prescrizioni delle direttive comunitarie non discende unicamente dalla qualificazione formale dell'atto fonte, ma richiede ulteriormente il riscontro di alcuni presupposti sostanziali: la prescrizione deve essere incondizionata (si da non lasciare margine di discrezionalità agli Stati membri nella loro attuazione) e sufficientemente precisa (nel senso che la fattispecie astratta ivi prevista ed il contenuto del precetto ad essa applicabile devono essere determinati con completezza, in tutti i loro elementi), ed inoltre lo Stato destinatario - nei cui confronti (e non già nei confronti di altri) il singolo faccia valere tale prescrizione-deve risultare inadempiente per essere inutilmente decorso il termine previsto per dar attuazione alla direttiva. La ricognizione in concreto di tali presupposti costituisce l'esito di un'attività di interpretazione della direttiva comunitaria e delle sue singole disposizioni, che il giudice nazionale può effettuare direttamente ovvero rimettere alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 177, secondo comma, del Trattato di Roma, facoltà quest'ultima che invece costituisce obbligo per il giudice nazionale di ultima istanza (art.177, terzo comma, cit.), sempre che-secondo quanto ritenuto dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia (sent. 6 ottobre 1982, in causa 283/81)-il precetto della norma comunitaria non si imponga con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla sua esegesi”*

Dalla su riportata rassegna giurisprudenziale emerge, in modo evidente, che, in realtà, come rilevato da autorevole dottrina: “le rispettive giurisprudenze, pur muovendo da premesse teoriche e di principio differenti e inconciliabili (rispettivamente, una visione monista, ed una dualista, dei rapporti fra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario), pervengono, per lo più, sul piano pratico, a conclusioni convergenti, tanto che, a tutt’oggi, se rimangono interrogativi non sciolti e aree problematiche, tuttavia, non si può certo parlare di una situazione di contrasto fra le due giurisdizioni. I conflitti, che sembrerebbero una eventualità possibile se non probabile date le diverse premesse, restano, per lo più, una mera eventualità, non realizzata nella pratica”²⁵. Corte di Giustizia e Corte Costituzionale pervengono, dunque, alle medesime conclusioni: la norma interna confliggente con una disposizione comunitaria immediatamente applicabile va disapplicata dal giudice nazionale. Tuttavia, la Corte Costituzionale, nell’allinearsi perfettamente alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, parte da premesse profondamente diverse.

Il Giudice comunitario considera la disapplicazione, una conseguenza immediata e diretta dell’integrazione tra ordinamento giuridico nazionale e comunitario in un sistema giuridico unitario in cui le norme interne e quelle europee si trovano, tra di loro, in rapporto gerarchico.

La Corte Costituzionale, invece, sostiene che l’ordinamento giuridico comunitario e quello nazionale vanno configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenze stabilita dal Trattato UE. Il coordinamento consente di far prevalere il regolamento comunitario sulla legge nazionale. Al giudice spetta il potere di accertare se la normativa comunitaria regola il caso sottoposto al suo esame e, in tale ipotesi, applicarla. L’applicazione della norma comunitaria non determina né la caducazione automatica della norma interna incompatibile, né la sua abrogazione (solo il legislatore nazionale può abrogarla), ma l’impossibilità che la stessa venga applicata al caso sottoposto all’esame del giudice. Al di fuori dell’ambito materiale in cui vige la disciplina dell’Unione, la legge

²⁵ ONIDA V., “*Armonia tra diversi*” e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario”, in *Quad. cost.*, 2002, 549 ss.

conserva pienamente la propria efficacia restando sottoposta al regime tipico dell'atto legislativo ordinario, compreso il controllo di costituzionalità.

Da ultimo, nel 1994, la Corte Costituzionale ha dichiarato ammissibile la questione di legittimità costituzionale promossa in via d'azione avverso una legge regionale denunciata per contrasto con la disciplina comunitaria. La Corte ha, anzitutto, sottolineato la differenza tra la questione di legittimità costituzionale di provvedimenti legislativi regionali non ancora entrati in vigore che contengono disposizioni contrastanti con il diritto comunitario e la questione attinente la disapplicazione di una norma interna, già in vigore, ritenuta incompatibile con la normativa comunitaria.

La legge regionale non può essere disapplicata dal giudice nazionale perché non ancora entrata in vigore.

L'unico strumento che può utilizzarsi per impedire che la stessa dia ingresso a norme in contrasto con l'ordinamento comunitario, è dunque quello di consentire che la stessa venga sottoposta, su iniziativa del Governo, ad un controllo di legittimità costituzionale.

Detta soluzione, ha aggiunto la Corte, è da preferirsi a quella di una declaratoria di inammissibilità della questione sottoposta alla Corte, sull'assunto che le norme incompatibili con quelle comunitarie vanno comunque disapplicate da parte di tutti i soggetti pubblici. Una pronuncia di tal fatta, invero, avrebbe avuto come destinataria l'amministrazione regionale (trattandosi di un giudizio di legittimità costituzionale instaurato in via principale, non vi è un giudice che, statuendo sul rapporto, disapplichi la norma), ma non avrebbe potuto fermare l'*iter* di formazione della legge che sarebbe stata regolarmente promulgata ed entrata in vigore sebbene contenente disposizione contrarie al diritto comunitario:

“Va considerato che di fronte alla Comunità europea è lo Stato a essere responsabile delle violazioni del diritto comunitario, anche quando derivino dall'esercizio della potestà legislativa della Regione; e che il mantenimento, nell'ordinamento interno, di un provvedimento incompatibile con le disposizioni del

Trattato - oltre a creare situazioni di fatto ambigue - è considerato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee quale trasgressione degli obblighi posti dal Trattato stesso. Per quanto, poi, attiene specificamente alle competenze regionali, questa Corte ha chiarito che esse sono suscettibili di operare solo ove i loro contenuti non risultino contrastanti con le discipline e i limiti introdotti dalla normativa comunitaria e dai conseguenti provvedimenti attuativi (nella giurisprudenza di questa Corte, v. da ult. la sent. n. 224 del 1994, nn. 5 e 8 del considerato in diritto).

Senza voler stabilire, qui, una gerarchia di norme (nella specie, tra il regolamento comunitario e la legge regionale), come teme la difesa della Regione, si tratta di verificare, nel presente giudizio, se il perfezionamento del procedimento legislativo regionale non determini l'introduzione, nel nostro ordinamento, di normativa obiettivamente contraddittoria con la preesistente normativa comunitaria. In questa prospettiva non appare pertinente il richiamo a precedenti decisioni di questa Corte, che hanno dichiarato l'inammissibilità della questione: la legge regionale impugnata non è ancora entrata in vigore, e correttamente il Presidente del Consiglio ha adito la Corte nella fase conclusiva dell'iter di formazione dell'atto normativo al fine di impedire, in radice, il rischio di inottemperanza agli obblighi comunitari; le decisioni segnalate dalla Regione riguardano, invece, l'ipotesi della disapplicazione della norma interna, già vigente, ritenuta incompatibile con il regolamento comunitario.

Ora, una cosa è risolvere il problema del contrasto tra la norma comunitaria, direttamente applicabile, e quella interna vigente che risulti incompatibile, demandandone la soluzione ai giudici di merito; altra - e ben diversa - è la verifica di legittimità costituzionale delle deliberazioni legislative dei consigli regionali, che in pendenza dell'impugnativa promossa dal Governo innanzi al giudice delle leggi non possono completare l'iter formativo con la promulgazione, e acquisire efficacia con la pubblicazione. Né vale obiettare che l'ottemperanza agli obblighi comunitari - e, quindi, la salvaguardia dell'art. 11 della Costituzione - sarebbe seguita anche a una pronuncia d'inammissibilità, motivata in modo tale da precisare che le norme interne incompatibili con quelle comunitarie vanno comunque disapplicate da

parte di tutti i soggetti pubblici (i giudici, e anche gli organi amministrativi: cfr., su quest'ultimo punto, la sentenza di questa Corte sent. n. 389 del 1989, e Corte di giustizia delle Comunità europee, sent. 22 giugno 1989). Tale soluzione avrebbe determinato una grave incongruenza, e generato incertezze applicative: trattandosi di un giudizio di legittimità costituzionale in via principale, non vi è un giudice che, statuendo sul rapporto, dichiarare la disapplicazione, e il destinatario delle prescrizioni della Corte (sulla necessaria applicazione del regolamento comunitario) sarebbe stata l'amministrazione regionale; nello stesso tempo, però, la normativa impugnata sarebbe stata promulgata, pur se ritenuta non applicabile, e dunque immessa nell'ordinamento giuridico dello Stato. Con evidente lesione del principio della certezza e della chiarezza normativa, ed elusione degli obblighi che incombono sullo Stato italiano, in particolare quello che attiene alla conformità dell'ordinamento interno a quello comunitario.

È dunque da ammettere l'impugnativa promossa dal Governo avverso la legge regionale, non ancora entrata in vigore, che si sospetti in contrasto con la normativa comunitaria. È appena il caso di aggiungere che non vale la reciproca: l'impugnativa della legge dello Stato da parte della Regione tocca un atto già in vigore, e il contrasto tra la norma interna e quella comunitaria potrà essere definito dai giudici di merito (sent. n. 115 del 1993) (Corte Costituzionale, 10 novembre 1994, n. 384).

Tuttavia, la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, nel riformare il Titolo V della Costituzione, ha modificato l'articolo 127 del testo costituzionale, prevedendo soltanto un sindacato successivo e non più preventivo sulle leggi regionali. Dispone, infatti, il nuovo articolo 127 Cost: “Il Governo, quando ritenga che una legge regionale ecceda la competenza della Regione, può promuovere la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale entro sessanta giorni dalla sua pubblicazione. La Regione, quando ritenga che una legge o un atto avente valore di legge dello Stato o di un'altra Regione leda la sua sfera di competenza, può promuovere la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale

entro sessanta giorni dalla pubblicazione della legge o dell'atto avente valore di legge”.

La suddetta modifica legislativa ha fatto sorgere, in seno alla Corte Costituzionale, molteplici dubbi in ordine alla possibilità di considerare ammissibile e praticabile la soluzione del giudizio preventivo di legittimità costituzionale delle leggi regionali sospettate di essere in conflitto con il diritto comunitario.

Orbene, una parte dei giudici della Consulta ha affermato che la modifica legislativa introdotta elimina la possibilità di sottoporre le leggi regionali al sindacato preventivo in questione. In particolare, si è detto, anzitutto il nuovo articolo 127 prevede, quale strumento di eliminazione di eventuali disposizioni regionali contrastanti con il diritto comunitario, solo quello del sindacato successivo di legittimità costituzionale della norma entrata in vigore, così eliminando la necessità di un apposito sindacato preventivo.

In secondo luogo, si è osservato, l'articolo 127 conferisce al Governo il potere di sottoporre la legge regionale al sindacato di legittimità costituzionale nella sola ipotesi in cui la legge regionale “ecceda le competenze della regione”, intendendo, con tale espressione, l'eventualità che essa non rispetti il sistema di riparto di materie tra Stato e regione di cui all'articolo 117, comma 2 della Costituzione e non quella in cui essa disciplini ambiti riservati, in virtù dell'articolo 11 della Costituzione, alla competenza del legislatore comunitario.

D'altronde, si aggiunge, qualora lo Stato volesse intervenire in via preventiva per evitare omissioni, ritardi o errori che possano determinare l'avvio di procedure di infrazione nei confronti dello Stato a causa di un comportamento inerte o scorretto della regione, la Carta costituzionale prevede il diverso strumento del potere sostitutivo di cui all'articolo 120, 2° comma²⁶.

²⁶ Giova, a tal proposito, ricordare che, in base all'articolo 117, comma 5, della Costituzione, le regioni partecipano, nell'ambito delle rispettive competenze, sia alla fase ascendente del diritto comunitario, relativa alla formazione degli atti comunitari, sia alla c.d. fase discendente relativa alla attuazione ed esecuzione degli atti comunitari stessi.

In attuazione dell'articolo 117, comma 5 della Costituzione, la legge 11 febbraio 2005, n. 11 ha stabilito che le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, nelle materie di propria competenza esclusiva, possono dare immediata attuazione alle direttive comunitarie senza alcuna limitazione; nelle materie di concorrenza concorrente, al contrario, il loro intervento è condizionato e subordinato al rispetto dei principi fondamentali stabiliti nella “*legge comunitaria*”. Qualora, infatti, i suddetti enti provvedessero a dare immediata attuazione

In tal senso, **Corte Costituzionale, 06/02/2002, n. 17:**

“In ordine ai giudizi in epigrafe, i quali vanno riuniti avendo ad oggetto questioni analoghe o comunque connesse, occorre rilevare, in via del tutto preliminare, che, nelle more del giudizio, il peculiare procedimento di controllo di costituzionalità, attivato, nella specie, dal Presidente del Consiglio dei ministri, è venuto meno, a seguito dell'emanazione della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, recante "Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione", pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 248 del 24 ottobre 2001. L'art. 8 di detta legge, riformando l'art. 127 della Costituzione, che contemplava il detto procedimento, prevede ora che "il Governo, quando ritenga che una legge regionale ecceda la competenza della Regione, può promuovere la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale, entro sessanta giorni dalla sua pubblicazione". Tale nuova disciplina, avendo espunto dall'ordinamento la sequenza procedimentale del rinvio governativo, della riapprovazione della legge regionale, a maggioranza assoluta dei componenti del Consiglio regionale, e del successivo ricorso innanzi a questa Corte, impedisce che il presente giudizio possa aver ulteriore seguito, non essendo più previsto che la Corte stessa eserciti il sindacato di costituzionalità sulla delibera legislativa regionale prima che quest'ultima sia stata promulgata e pubblicata e, quindi, sia divenuta legge in senso proprio. Il che comporta la declaratoria di improcedibilità dei presenti ricorsi, ferma restando la facoltà per il Presidente del Consiglio dei ministri di proporre, eventualmente, impugnativa, nei termini e nei modi di cui al nuovo testo dell'art. 127 della Costituzione²⁷.

alle direttive comunitarie anche nelle materie di legislazione concorrente, perderebbero efficacia in favore della legge comunitaria. Si determinerebbe, in tal caso, la prevalenza della legge comunitaria sulle leggi regionali.

Ove, invece, la regione non provveda a dare attuazione alle direttive comunitarie, lo Stato può intervenire al suo posto tramite l'esercizio del potere sostitutivo riconosciuto dall'articolo 16 della legge n. 11 del 2005 e dall'articolo 120, 2° comma della Costituzione. La prima disposizione, in particolare, prevede che lo Stato può intervenire a colmare l'inerzia legislativa della regione tramite disposizioni cedevoli, destinate, cioè, a perdere efficacia con l'entrata in vigore della normativa regionale.

L'articolo 120, 2° comma della Costituzione prevede, invece, che il Governo può sostituirsi agli organi delle regioni, delle città metropolitane, delle province e dei comuni in caso di mancato rispetto della normativa comunitaria, secondo le procedure di legge.

²⁷ Nella specie erano state impugnate le leggi della regione Liguria riapprovata l'1 marzo 2000 e della regione Toscana riapprovata il 19 dicembre 2000 - le quali, nel dettare disposizioni relative alle sanzioni amministrative

Nella stessa direzione, **Corte Costituzionale, 23/07/2002, n. 377:**

“Considerato che il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato questione di legittimità costituzionale in via principale, in relazione all'art. 3 della Costituzione, della delibera legislativa riapprovata dal Consiglio regionale della Regione autonoma Valle d'Aosta nella seduta del 17 ottobre 2001 (Integrazione regionale al trattamento pensionistico degli ex combattenti); che il procedimento di impugnazione delle delibere legislative della Regione autonoma Valle d'Aosta è regolato dall'art. 31 dello statuto speciale in modo analogo a quello previsto, per le regioni a statuto ordinario, dall'originaria formulazione dell'art. 127 della Costituzione; che, per effetto della modificazione dell'art. 127 della Costituzione, introdotta dall'art. 8 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), è stato soppresso il controllo di costituzionalità che, in base al testo originario dello stesso art. 127, il Governo poteva chiedere alla Corte nei confronti della delibera legislativa regionale prima della promulgazione; che l'art. 10 della citata legge costituzionale n. 3 del 2001 prevede che, sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni di essa si applicano anche alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano "per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite"; che, come già ha rilevato in passato e in linea generale questa Corte (sentenza n. 38 del 1957), vi è una stretta correlazione tra le particolari forme e condizioni di autonomia di cui godono le Regioni a statuto speciale e le Province autonome e le modalità di impugnazione delle leggi regionali; che la soppressione del meccanismo di controllo preventivo delle leggi regionali, in quanto consente la promulgazione e l'entrata in vigore della legge regionale, anche in pendenza di un giudizio di legittimità costituzionale in via principale promosso prima della citata riforma costituzionale, si traduce in un ampliamento delle garanzie di autonomia

per violazioni di norme tributarie, in contrasto con il carattere attuativo della competenza regionale in materia tributaria, avrebbero sostanzialmente disatteso la disciplina statale del "ravvedimento" contenuta nel d.lg. n. 472 del 1997 e avrebbero introdotto una generalizzata sanatoria per l'insufficiente o ritardato versamento dei tributi con la conseguente, ulteriore violazione del principio di eguaglianza

rispetto a quanto previsto dall'art. 31 dello statuto speciale della Valle d'Aosta; che, di conseguenza, la nuova anzidetta disciplina posta dall'art. 127 della Costituzione è applicabile, a norma dell'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001, anche al procedimento di impugnazione in via principale delle leggi della Regione autonoma Valle d'Aosta; che pertanto il presente giudizio non può avere ulteriore seguito, non potendo più il controllo di costituzionalità della Corte esercitarsi sulla delibera legislativa regionale prima che quest'ultima sia stata promulgata e pubblicata, salva la facoltà del Governo di impugnare successivamente la legge regionale, nei termini e nei modi di cui al nuovo testo dell'art. 127 della Costituzione (sentenza n. 17 e ordinanza n. 65 del 2002)...”²⁸.

Ribadisce lo stesso principio **Corte Costituzionale, 14/06/2002, n. 248:**

“Considerato che, nel corso del giudizio, è entrata in vigore la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), che, tra l'altro, ha abolito il procedimento di controllo della costituzionalità delle leggi regionali promosso, anteriormente alla promulgazione ed alla pubblicazione, dal Governo; che il nuovo testo dell'art.127 della Costituzione, come riformulato dall'art. 8 della legge costituzionale n. 3 del 2001, ora stabilisce che "il Governo, quando ritenga che una legge regionale ecceda la competenza della Regione, può promuovere la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale entro sessanta giorni dalla sua pubblicazione"; che, secondo quanto affermato da questa Corte, il ricorso già proposto dal Governo contro la delibera legislativa regionale nell'osservanza della sequenza procedimentale stabilita dall'originario testo dell'art. 127 della Costituzione, è divenuto improcedibile, poiché non è più previsto che il sindacato di costituzionalità sia esercitato sulla delibera legislativa regionale prima che quest'ultima sia stata promulgata e pubblicata e, quindi, sia divenuta legge in senso proprio (tra le molte, sentenza n. 17 del 2002;

²⁸ Nella specie, era stata impugnata la delibera legislativa riapprovata dalla regione autonoma Valle d'Aosta il 17 ottobre 2001, con la quale veniva riconosciuto un assegno integrativo reversibile regionale mensile agli ex combattenti residenti nella regione.

ordinanza n. 228 del 2002); che, conseguentemente, il ricorso, proposto ai sensi del testo originario dell'art. 127 della Costituzione, deve essere dichiarato improcedibile”²⁹.

Ed ancora, **Corte Costituzionale, ordinanza 19/03/2002, n. 65:**

“Considerato che questa Corte, con sentenza n. 17 del 2002 - a seguito della modificazione dell'art. 127 della Costituzione, introdotta dall'art. 8 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), ed in particolare della soppressione del controllo di costituzionalità che, in base al testo originario dello stesso art. 127, il Governo poteva chiedere alla Corte nei confronti della deliberazione regionale prima della promulgazione - ha ritenuto che i ricorsi introdotti ai sensi del medesimo testo originario ed ancora pendenti diventino improcedibili, salva la facoltà del Governo di impugnare la legge regionale nei termini e nei modi di cui al nuovo testo dell'art. 127; che, conseguentemente, il ricorso in epigrafe, proposto ai sensi del testo originario dell'art. 127 Cost., deve essere dichiarato improcedibile”³⁰.

Sul punto, tuttavia, i giudici della Corte Costituzionale non sono stati del tutto unanimi.

Secondo un diverso indirizzo interpretativo, la modifica dell'articolo 127 della Costituzione non giustifica alcuna riconsiderazione della tesi dell'ammissibilità del giudizio preventivo di legittimità costituzionale unanimemente accettata prima della modifica suddetta.

Si è rilevato, in particolare, che il riferimento, contenuto nell'articolo 127, alle leggi regionali che eccedono la loro competenza, sarebbe da intendersi in generale a tutti i casi in cui il legislatore nazionale violi i limiti che si frappongono alla potestà

²⁹ Nella specie, era stata impugnata la legge della Regione Liguria riapprovata il 10 ottobre 2000, in tema di tutela del territorio, che - ad avviso del ricorrente - riduceva l'ambito di protezione ambientale, già fissato in leggi precedenti, contravvenendo ai principi stabiliti dalla legislazione statale.

³⁰ Nella specie, era stata impugnata la legge della regione Friuli Venezia Giulia, recante disposizioni in materia di personale e uffici, riapprovata, dopo il rinvio governativo, il 4 ottobre 2000.

legislativa regionale, inclusi quelli inerenti il rispetto dei vincoli comunitari.

In termini, **Corte Costituzionale, 24/07/2003, n. 274:**

... pur dopo la riforma, lo Stato può impugnare in via principale una legge regionale deducendo la violazione di qualsiasi parametro costituzionale³¹.

Più di recente, **Corte Costituzionale, 15/01/2010, n. 9:**

In relazione alla q.l.c. dell'art. 24, comma 2, l. reg. Piemonte 28 luglio 2008 n. 23, va disattesa l'eccezione di inammissibilità delle censure di violazione di parametri costituzionali diversi da quelli concernenti il riparto delle competenze legislative tra Stato e regioni. Anche dopo la riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione, lo Stato può proporre impugnazioni in via principale contro le leggi regionali deducendo la violazione di un qualsiasi parametro costituzionale, e non solo di quelli concernenti il riparto delle reciproche competenze legislative³²

³¹ Nella sentenza indicata è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4 lett. b), d) ed e) l. reg. Sardegna 8 luglio 2002 n. 11. La disposizione censurata, infatti, ampliando la deroga al principio del concorso pubblico già introdotta dall'art. 77 l. reg. n. 31 del 1998, introducendo in tale articolo il comma 2 bis, che, in presenza di taluni requisiti, attribuiva il "titolo alla qualifica di dirigente" anche al personale apicale non laureato (art. 4, lett. b), aumentando dal 75 al 90 per cento la percentuale dei posti rimasti vacanti riservati al concorso interno (art. 4 lett. d) ed eliminando del tutto la previsione del concorso pubblico per la copertura della pur minima quota residua di posti (art. 4 lett. e), si poneva in contrasto con l'art. 97 commi 1 e 3 della Costituzione, giacché l'accesso dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni a funzioni più elevate non sfugge, di norma, alla regola del pubblico concorso, cui è possibile apportare deroghe solo se particolari situazioni ne dimostrino la ragionevolezza, mentre la normativa censurata introduceva per l'accesso alla qualifica dirigenziale dell'amministrazione regionale (e degli enti regionali) una disciplina che - per l'effetto congiunto dell'attribuzione di tale qualifica senza concorso, dei concorsi riservati, e dell'abrogazione della previsione legislativa di concorsi pubblici per i posti dirigenziali residui - comportava una deroga ingiustificata all'art. 97 della Costituzione.

³² Nella specie, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo — per violazione dell'art. 97 della Costituzione — l'art. 24, comma 2, legge regionale Piemonte n. 23 del 2008, nella parte in cui prevedeva che gli incarichi di direttore regionale potevano essere conferiti, entro il limite del trenta per cento dei rispettivi posti a persone esterne all'amministrazione regionale, in quanto contemplava una deroga al principio del concorso pubblico di notevole consistenza non circoscritta alla sussistenza di specifiche esigenze di interesse pubblico, consentendo assunzioni a tempo determinato con contratto rinnovabile senza alcun limite e senza che fosse richiesto alcun presupposto oggettivo per l'affidamento dell'incarico all'esterno.

3. Il rapporto tra diritto interno e norma comunitaria non direttamente applicabile.

Secondo l'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, il diritto comunitario "direttamente applicabile" (o "compiuto") ricomprende: i regolamenti comunitari per i quali l'articolo 249 del Trattato prescrive espressamente la diretta applicabilità; le sentenze interpretative della Corte di Giustizia rese ex articolo 234 del Trattato e quelle rese in sede contenziosa ex articolo 226 del medesimo testo legislativo; le direttive che contengono una disciplina compiuta e dettagliata della materia oggetto di intervento.

La diretta applicabilità negli Stati membri è la caratteristica principale dei regolamenti dell'Unione: il regolamento acquista efficacia negli Stati membri senza che sia necessario un atto di ricezione o di adattamento da parte dei singoli ordinamenti statali. Il regolamento ha, quindi, validità automatica negli Stati membri dell'Unione; conferisce diritti ed impone obblighi agli Stati membri, ai loro organi e ai privati.

Sebbene l'articolo 288 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea definisca le direttive come atti comunitari privi di immediata applicabilità perché contenenti mere enunciazioni di principi e criteri generali destinati ad essere tradotti da ogni Stato in norme dettagliate, nella prassi dell'Unione risulta sempre più frequente il ricorso a direttive dettagliate e particolareggiate che indicano con precisione le norme interne che lo Stato è tenuto ad adottare. In tal modo, la discrezionalità dello Stato si riduce soltanto alla scelta della forma giuridica (legislativa, regolamentare o amministrativa) da dare alla norma già stabilita a livello europeo³³.

³³ A tal proposito, tuttavia, si noti che in dottrina si è posto il problema di stabilire se le direttive dettagliate siano ammissibili o contrastino con lo spirito e la lettera dell'articolo 288 TFUE. A tal proposito, la dottrina ha rilevato che al fine di stabilire la legittimità o meno di una direttiva dettagliata, occorre distinguere due casi: se la direttiva dettagliata viene emanata in materia disciplinabile indifferentemente con regolamenti, direttive o decisioni, essa deve essere considerata legittima; se, al contrario, si tratta di materia che può formare oggetto soltanto di direttive, la direttiva dettagliata perde legittimità (POCAR F., *Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, XI, 2010; CONFORTI B., *Il problema degli "effetti diretti" delle decisioni e delle direttive comunitarie e il terzo colloquio della Federazione internazionale per il diritto europeo*, in *Annuario di diritto internazionale*, 1965, pp. 363 – 365).

Orbene, mentre con riferimento all'ipotesi di contrasto della norma interna con quella comunitaria immediatamente applicabile la giurisprudenza è concorde nell'affermare la prevalenza della seconda sulla prima, che va, per l'effetto, disapplicata. Non altrettanto concorde è la giurisprudenza in ordine al disapplicabilità di una norma interna contrastante con una norma dell'ordinamento comunitario non direttamente applicabile.

Come sopra anticipato, la svolta di indubbio rilievo segnata dalla Corte Costituzionale è avvenuta con la sentenza 20 giugno 1984, n. 170. Secondo l'orientamento precedente, espresso, soprattutto, nella sentenza 27 dicembre, 1973, n. 183, infatti, la Corte si considerava competente a conoscere della eventuale illegittimità delle leggi e degli atti aventi forza di legge di cui si denunciava il contrasto con norme comunitarie, e la relativa competenza non poteva che svolgersi a seguito della "rimessione" degli atti da parte di un giudice di merito. Con la sentenza n. 170 del 1984, invece, i giudici comuni sono stati abilitati ad applicare il diritto comunitario immediatamente e a preferenza delle norme interne che lo contraddicono. Il contrasto non dà più luogo ad una questione di legittimità costituzionale per indiretta violazione dell'art 11 Cost.; la norma nazionale confliggente si ritrae e lascia spazio al diritto di fonte comunitaria. Il principio, inizialmente affermato per i regolamenti comunitari, è stato poi esteso con successive pronunce alle statuizioni contenute in sentenze interpretative della Corte del Lussemburgo (sentenza 23 aprile 1985, n. 113) e in sentenze di condanna (sentenza 11 luglio 1989, n. 389) ed, infine, alle direttive c.d. dettagliate (sentenza 18 aprile 1991, n. 168).

Orbene, quanto al rapporto tra norma nazionale e diritto comunitario non direttamente applicabile, la Corte Costituzionale ha più volte ribadito che la norma interna, pur non potendo essere disapplicata, va dichiarata costituzionalmente illegittima per contrasto con l'articolo 11 della Costituzione.

Si ritiene, in altri termini, che il principio di prevalenza del diritto comunitario con il diritto interno incompatibile non consente l'operatività di una norma interna confliggente con una norma comunitaria anche non direttamente applicabile. Pertanto, seppur in tal caso non possa farsi ricorso all'istituto della disapplicazione, la norma interna va affidata al giudizio di legittimità costituzionale

per contrasto con l'articolo 11 della Costituzione.

In tal senso, **Corte Costituzionale, 08/06/1984, n. 170:**

“Ad avviso della Corte, tuttavia, essi, per quanto coordinati, sono distinti e reciprocamente autonomi. Proprio in ragione, dunque, della distinzione fra i due ordinamenti, la prevalenza del regolamento adottato dalla CEE va intesa come si è con la presente pronuncia ritenuto: nel senso, vale a dire, che la legge interna non interferisce nella sfera occupata da tale atto, la quale è interamente attratta sotto il diritto comunitario.

La conseguenza ora precisata opera però, nei confronti della fonte statuale, solo se e fino a quando il potere trasferito alla Comunità si estrinseca con una normazione compiuta e immediatamente applicabile dal giudice interno. Fuori dall'ambito materiale, e dai limiti temporali, in cui vige la disciplina comunitaria così configurata, la regola nazionale serba intatto il proprio valore e spiega la sua efficacia; e d'altronde, è appena il caso di aggiungere, essa soggiace al regime previsto per l'atto del legislatore ordinario, ivi incluso il controllo di costituzionalità”.

Nello stesso senso, **Corte Costituzionale, 13/07/2007, n. 284**, ove la Corte ha declinato la propria giurisdizione proprio sul rilievo che il rimettente non prospettava una questione di compatibilità tra norme interne e norme comunitarie prive di effetto diretto, ma si duoleva del contrasto della normativa censurata con norme comunitarie pacificamente provviste di effetto diretto:

“Il giudice rimettente, pertanto, non prospetta una questione di compatibilità tra norme interne e norme comunitarie prive di effetto diretto, ipotesi nella quale, come in precedenza affermato da questa Corte, la fonte statuale serberebbe intatto il suo valore e soggiacerebbe al controllo di costituzionalità (sentenza n. 170 del 1984, nonché sentenza n. 317 del 1996 e ordinanza n. 267 del 1999), ma si duole che la normativa in esame confligga con norme comunitarie pacificamente provviste di effetto diretto”.

Ancor più di recente, a favore della tesi della illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con una disposizione comunitaria non immediatamente applicabile si è espressa la **Corte Costituzionale che, nella sentenza 28 gennaio 2010, n. 28**, dopo aver rilevato, per un verso, il contrasto tra la norma censurata e le direttive comunitarie in materia di rifiuti e, per altro verso, l'impossibilità di disapplicazione di detta norma da parte del giudice "a quo" e dopo aver altresì escluso la necessità del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, ha dichiarato la norma interna costituzionalmente illegittima per contrasto con gli articoli 11 e 117 della Costituzione³⁴.

“L'impossibilità di non applicare la legge interna in contrasto con una direttiva comunitaria non munita di efficacia diretta non significa tuttavia che la prima sia immune dal controllo di conformità al diritto comunitario, che spetta a questa Corte, davanti alla quale il giudice può sollevare questione di legittimità costituzionale, per asserita violazione dell'art. 11 ed oggi anche dell'art. 117, primo comma, Cost. (ex plurimis, sentenze n. 170 del 1984, n. 317 del 1996, n. 284 del 2007). 6. - Da escludere altresì è il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, come richiesto dall'Avvocatura dello Stato e dalla parte privata costituita. Il rinvio pregiudiziale non è necessario quando il significato della norma comunitaria sia evidente, anche per essere stato chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, e si impone soltanto quando occorra risolvere un dubbio interpretativo (ex plurimis, Corte di giustizia, sentenza 27 marzo 1963, in causa C-28-30/62, Da Costa; Corte costituzionale, ordinanza n. 103 del 2008). Nella specie, dalle norme e dalla giurisprudenza comunitarie emergono con chiarezza le nozioni di

³⁴ Nella specie, si trattava dell'articolo 183, comma 1, lett. n) del Codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), nel testo antecedente alle modifiche introdotte dall'articolo 2, comma 20, del d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4. La norma censurata - in contrasto con la normativa comunitaria che qualifica rifiuto ogni sostanza di cui il produttore si disfi e che rientri nelle categorie espressamente riportate in allegato alle direttive in materia e con la interpretazione di questa normativa offerta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea - escludeva dalla categoria dei rifiuti un materiale - le ceneri di pirite -, indipendentemente dal fatto che l'impresa produttrice se ne fosse disfatta, introducendo così una presunzione assoluta in base alla quale le ceneri di pirite, quale che fosse la loro provenienza e il trattamento ricevuto da parte del produttore, erano sempre e comunque da qualificare "sottoprodotto", laddove la normativa comunitaria imponeva di verificare in concreto l'esistenza di un rifiuto o di un sottoprodotto.

"rifiuto" e di "sottoprodotto", sulle quali non residuano margini di incertezza. Pertanto, il parametro interposto, rispetto agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., può considerarsi sufficientemente definito nei suoi contenuti, ai fini del controllo di costituzionalità".

Secondo altro orientamento, il diritto comunitario non immediatamente applicabile non può prevalere sulle norme interne, finché lo Stato membro non abbia adottato le proprie norme di attuazione, in base a discrezionali e responsabili valutazioni sulla scelta dei mezzi ritenuti più opportuni. Il principio di diretta ed immediata applicabilità del diritto comunitario nell'ordinamento statale è sancito dal Trattato con esclusivo riferimento ai regolamenti e non anche alle norme che non hanno efficacia diretta nell'ordinamento interno, salvo quando - in via eccezionale - contengano disposizioni precettive idonee a produrre effetti diretti nei rapporti tra gli Stati membri destinatari ed i soggetti privati, estrinsecandosi in una normazione compiuta e dettagliata, come tale immediatamente applicabile dal giudice nazionale³⁵.

4. Il rapporto tra norma di diritto interno e principi generali dell'ordinamento comunitario

Del pari discorde la giurisprudenza nazionale nella definizione del rapporto tra norma interna e principi generali dell'ordinamento comunitario.

A tal proposito, infatti, una parte dei giudici nazionali ritiene che non si può procedere alla disapplicazione di una norma dell'ordinamento interno, della quale venga denunciata l'incompatibilità con i principi generali del Trattato, ove manchi una normativa comunitaria di settore direttamente applicabile in quanto la disapplicazione della norma interna contrastante con il diritto comunitario richiederebbe una attività di

³⁵ In termini, T.A.R. Marche, 10 aprile 1985, n. 116: *"Le direttive comunitarie non possono prevalere sulle norme interne, finché lo Stato membro non abbia adottato le proprie norme di attuazione"*.

interpretazione del principio generale enunciato dal Trattato e di verifica della compatibilità della norma interna con il principio medesimo, compito spettante soltanto alla Corte di Giustizia a norma dell'art. 234 del Trattato. Tale attività di interpretazione finirebbe, in altri termini, per creare la norma mancante, con inammissibile stravolgimento della distinzione e della separazione tra le fondamentali potestà di creazione e applicazione del diritto. In termini, **T.A.R. Lazio Latina, 17/10/2005, n. 1071:**

“nella fattispecie sembra volersi prospettare il conflitto di una norma dell'ordinamento interno con principi generali del Trattato e non già con una normativa di settore emessa dagli organi comunitari competenti. La circostanza è dirimente in punto di inaccessibilità all'istituto della "disapplicazione" (adombrato dai ricorrenti). Ed invero, tale ipotesi appare, nella fattispecie, affatto non percorribile da parte del giudice nazionale per difetto di una disciplina comunitaria direttamente applicabile. Per principio risalente alla sentenza n. 170 del 1984 della Corte costituzionale, ed in conformità alla sentenza della Corte di Giustizia 9 marzo 1978, in causa 106/77 (c.d. sentenza Simmenthal) il giudice nazionale è, infatti, tenuto ad applicare direttamente la normativa comunitaria che regoli la materia in maniera difforme dalla legge nazionale, ma a tale fine non può utilizzarsi il principio generale sulla libera circolazione delle persone. In questo caso si richiederebbe una attività di interpretazione del principio generale enunciato dal Trattato, e di verifica della compatibilità della norma interna con il principio medesimo, che dovrebbe essere devoluto alla Corte di Giustizia a norma del citato art. 234. In caso contrario il giudice nazionale, anziché risolvere il caso secondo la disciplina comunitaria adottata dagli organi competenti, finirebbe per creare esso stesso la norma mancante, con inammissibile stravolgimento della distinzione e della separazione tra le fondamentali potestà di creazione e applicazione del diritto”.

Nello stesso senso, **Consiglio di Stato, sez. V, 08 agosto 2005, n. 4207:**

“Osserva in primo luogo il Collegio che nella specie si prospetta il

conflitto di una norma dell'ordinamento interno, che disciplina una specifica ipotesi di incompatibilità tra lo svolgimento contemporaneo di due diverse attività, con principi generali del Trattato, e non con una normativa di settore emessa dagli organi comunitari competenti. In tale situazione l'ipotesi della "disapplicazione" da parte del giudice nazionale non appare percorribile, per difetto di una disciplina comunitaria direttamente applicabile. Per principio risalente alla ricordata sentenza n. 170 del 1984 della Corte costituzionale, ed in conformità alla sentenza della Corte di Giustizia 9 marzo 1978, in causa 106/77 (c.d. sentenza Simmenthal), infatti, il giudice nazionale è tenuto ad applicare direttamente la normativa comunitaria che regoli la materia in maniera difforme dalla legge nazionale, ma a tale fine non può utilizzarsi il principio generale di non discriminazione, o quello sulla libera circolazione dei capitali. In questo caso si richiede una attività di interpretazione del principio generale enunciato dal Trattato, e di verifica della compatibilità della norma interna con il principio medesimo, che dovrebbe essere devoluto alla Corte di Giustizia a norma del citato art. 234. In caso contrario il giudice nazionale, anziché risolvere il caso secondo la disciplina comunitaria adottata dagli organi competenti, finirebbe per creare esso stesso la norma mancante, con inammissibile stravolgimento della distinzione e della separazione tra le fondamentali potestà di creazione e applicazione del diritto.

Né pare possibile, nel caso qui in esame, accedere alla tesi secondo cui il giudice nazionale, che non disponga di una normativa comunitaria direttamente applicabile a preferenza di quella dello Stato membro, potrebbe adottare una interpretazione della norma contestata in senso conforme ai principi del Trattato. Tale soluzione può ammettersi quando la lettura conforme al Trattato sia tra quelle possibili, cioè sia compatibile con il testo della disposizione e non da questo manifestamente impedita”.

Secondo un diverso orientamento giurisprudenziale, la disapplicazione è doverosa non solo quando il diritto interno contrasti con una norma comunitaria di dettaglio ma anche qualora vi sia incompatibilità con i principi del Trattato. Regola che vale, a maggior ragione, quando i suddetti principi siano stati interpretati in via

pregiudiziale dalla Corte comunitaria.

Si tratta della soluzione proposta dalla Corte di giustizia, da ultimo nella sentenza 9 settembre 2003 C-198/01 in cui il Collegio ha precisato:

“49. Tale obbligo di disapplicare una normativa nazionale in contrasto con il diritto comunitario incombe non solo al giudice nazionale, ma anche a tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative (v., in questo senso, sentenza 22 giugno 1989, causa 103/88, Fratelli Costanzo, Racc. pag. 1839, punto 31), il che implica, ove necessario, l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti necessari per agevolare la piena efficacia del diritto comunitario (v. sentenza 13 luglio 1972, causa 48/71, Commissione/Italia, Race. pag. 529, punto 7). 50 Dal momento che un'autorità nazionale garante della concorrenza, quale l'Autorità, è investita della missione di vigilare, in particolare, sul rispetto dell'art. 81 CE e che tale norma, in combinato disposto con l'art. 10 CE, impone un obbligo di astensione a carico degli Stati membri, l'effetto utile delle norme comunitarie sarebbe affievolito se, nell'ambito di un'inchiesta sul comportamento di imprese ai sensi dell'art. 81 CE, quell'autorità non potesse accertare se una misura nazionale sia in contrasto con il combinato disposto degli artt. 10 CE e 81 CE e se, conseguentemente, non la disapplicasse”.

In termini, T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, 04 agosto 2009, n. 1528:

“Le considerazioni esposte sopra ai punti 28-30 conducono alla disapplicazione delle proroghe del periodo transitorio introdotte dal DL 273/2005. Questa soluzione è già stata praticata dal TAR Brescia in un caso simile con la sentenza n. 322 del 20 febbraio 2009. Si osserva che la disapplicazione è doverosa non solo quando il diritto interno contrasti con una norma comunitaria di dettaglio ma anche qualora vi sia incompatibilità con i principi del Trattato (v. C.Giust. 9 settembre 2003 C-198/01, Cif, punti 49-50). Questo vale a maggior ragione quando, come nel caso in esame, i suddetti principi siano stati interpretati in via pregiudiziale dalla Corte”.

5. Il rapporto tra giudicato nazionale e diritto comunitario

Oltre al tema del rapporto tra diritto comunitario e ordinamento giuridico nazionale e a quello tra diritto comunitario e provvedimento amministrativo da esso difforme (che si avrà modo di esaminare oltre), del pari interessante è stata la problematica dell'incidenza del diritto comunitario sul giudicato nazionale.

La suddetta questione è stata vagliata dalla Corte di Giustizia sotto due distinti profili.

Anzitutto, si è posto il problema di stabilire se il giudice nazionale sia tenuto a “disapplicare” (o, semplicemente, a considerare “non efficace”) una sentenza passata in giudicato pronunciata dal giudice italiano, allorché si avveda che la stessa enuncia un principio di diritto confliggente con il diritto comunitario.

In secondo luogo, è stata sottoposta alla Corte di Giustizia la questione relativa alla necessità che un organo amministrativo riesamini una propria precedente decisione allorché essa, benché divenuta inoppugnabile in forza di una sentenza passata in giudicato, risulti in contrasto con il diritto comunitario.

Orbene, il primo profilo problematico è stato affrontato dal giudice comunitario nelle pronunce 30 settembre 2003, causa C-224/01, (sentenza *Köbler*), 16 marzo 2006, causa C-234/04, (sentenza *Kapferer*), 18 luglio 2007, C-119/05 (c.d. caso “*Lucchini*”) e 3 settembre 2009, C – 2/08 (caso c.d. “*Fallimento Olimpiclub*”) che si procede ad esaminare singolarmente.

Sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, (sentenza *Köbler*)

La sentenza *Köbler* è stata la prima nella quale la Corte di giustizia si è pronunciata in merito al rapporto tra giudicato nazionale e diritto comunitario.

L'orientamento espresso, in origine, dal Supremo Consesso comunitario è stato interamente volto a sancire e consacrare la rilevanza del principio dell'autorità di cosa giudicata sia nell'ordinamento giuridico comunitario che negli ordinamenti degli

Stati membri.

Nella pronuncia in epigrafe la Corte ha stabilito il principio secondo cui gli Stati sono obbligati a riparare i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario che sono loro imputabili anche allorché la violazione di cui trattasi deriva da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado e purché la norma di diritto comunitario violata sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, sia sufficientemente caratterizzata e sussista un nesso causale diretto tra questa violazione e il danno subito dalle parti lese; ha, inoltre, precisato che il riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado non ha di per sé, come conseguenza, di rimettere in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata di tale decisione in quanto:

“... Un procedimento inteso a far dichiarare la responsabilità dello Stato non ha lo stesso oggetto e non implica necessariamente le stesse parti del procedimento che ha dato luogo alla decisione che ha acquisito l'autorità della cosa definitivamente giudicata. Infatti, il ricorrente in un'azione per responsabilità contro lo Stato ottiene, in caso di successo, la condanna di quest'ultimo a risarcire il danno subito, ma non necessariamente che sia rimessa in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata della decisione giurisdizionale che ha causato il danno. In ogni caso, il principio della responsabilità dello Stato inerente all'ordinamento giuridico comunitario richiede un tale risarcimento, ma non la revisione della decisione giurisdizionale che ha causato il danno”

ed ha, altresì, aggiunto che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste nell'ordinamento giuridico comunitario e in quelli nazionali un'importanza primaria in quanto, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è fondamentale che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi, non possano più essere rimesse in discussione:

“occorre rilevare che l'importanza del principio dell'autorità della cosa definitivamente giudicata non può essere contestata (v. sentenza Eco Swiss, cit., punto 46). Infatti, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione”.

Sentenza 16 marzo 2006, causa C-234/04, (sentenza Kapferer)

Ancor più incisiva nel senso della tutela del principio di intangibilità del giudicato è stata la Corte di giustizia nella successiva sentenza *Kapferer* ove, a fronte del quesito postole in ordine alla portata del principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE ed alla sua idoneità ad imporre ad un giudice nazionale di riesaminare e di annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato, qualora risulti che questa viola il diritto comunitario, ha ribadito il principio sancito nella precedente sentenza *Kobler*, aggiungendo, altresì, che diretta conseguenza dell'importanza del principio di intangibilità del giudicato al fine di garantire la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici nonché una buona amministrazione della giustizia è che non può predicarsi l'obbligo del giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche se tale opera di disapplicazione sarebbe idonea a porre rimedio ad una decisione di diritto comunitario:

“A tale riguardo occorre rammentare l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali. Infatti, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione (sentenza 30 settembre 2003, causa C-

224/01, Köbler, Racc. pag. I-10239, punto 38). 21 Ne consegue che il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di accertare una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione (v., in tal senso, sentenza 1° giugno 1999, causa C-126/97, Eco Swiss, Racc. pag. I-3055, punti 46 e 47). 22 Nel disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la salvaguardia dei diritti derivanti, per i privati, dall'effetto diretto delle norme comunitarie, gli Stati membri devono far sì che tali modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non siano strutturate in modo da rendere in pratica impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in tal senso, sentenza 16 maggio 2000, causa C-78/98, Preston e a., Racc. pag. I-3201, punto 31 e giurisprudenza ivi citata). Orbene, il rispetto di tali limiti al potere degli Stati membri in materia processuale non è stato messo in discussione nella controversia principale, per quanto attiene al procedimento d'appello”.

Sentenza 18 luglio 2007, C-119/05 (caso “Lucchini”)

Nel successivo intervento relativo al caso “Lucchini”, la Corte di Giustizia ha stabilito il seguente principio di diritto: il diritto comunitario osta all'applicazione dell'articolo 2909 c.c. nei limiti in cui l'autorità di cosa giudicata impedisca il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario.

Si è trattato di un principio stabilito dalla Corte in seguito al vaglio di una vicenda alquanto complessa. Una società italiana aveva richiesto ad un ente pubblico un aiuto finanziario sulla base della legge per l'intervento straordinario nel Mezzogiorno. A fronte del rifiuto opposto dall'ente interessato, la società era ricorsa in giudizio, ottenendo dal giudice italiano sentenza definitiva di condanna all'erogazione del contributo, provvedimento puntualmente eseguito dall'ente

resistente.

Passata in giudicato la sentenza del giudice italiano, interveniva, tuttavia, un provvedimento della Commissione europea che dichiarava incompatibile l'erogazione di detto contributo con il diritto comunitario. La decisione comunitaria, non essendo stata impugnata nei termini, diveniva definitiva.

A fronte dell'intervento della Commissione Europea, l'ente pubblico nazionale decideva di revocare in autotutela il provvedimento di concessione del contributo finanziario.

Avverso il suddetto provvedimento amministrativo di revoca agiva in giudizio la società interessata che denunciava l'illegittimità dello stesso per violazione dell'articolo 2909 c.c.

Il Consiglio di Stato, avvedutosi che la vicenda aveva determinato il contrasto tra due provvedimenti, entrambi divenuti definitivi (la sentenza del giudice italiano che aveva accertato il diritto del ricorrente a percepire l'intero ammontare del contributo finanziario richiesto e il provvedimento della Commissione europea che aveva dichiarato tale aiuto incompatibile con il diritto comunitario) chiedeva l'intervento della Corte di Giustizia ex articolo 234 CE (ora art. 267 TFUE), chiedendo di stabilire se il principio dell'autorità di cosa giudicata doveva ritenersi incompatibile con il diritto comunitario nella parte in cui impediva il recupero di un aiuto di Stato ritenuto non erogabile dalla Commissione europea.

La soluzione offerta al problema da parte del giudice *a quo* era interamente volta a proteggere il principio nazionale che riconosce piena autorità, interna ed esterna, ad una pronuncia passata in giudicato. Invero, in virtù di un principio giuridico generale dell'ordinamento nazionale, una volta che la sentenza non è più ulteriormente soggetta ad alcun mezzo di gravame o di impugnazione, il regolamento del rapporto giuridico sostanziale in essa contenuto diventa immutabile e la sentenza acquista autorità di cosa giudicata ex articolo 2909 c.c.. Il giudicato sostanziale, dunque, comporta la vincolatività e incontestabilità del *dictum* giurisdizionale sia nel mondo sostanziale sia in ogni futuro processo. Il giudicato, inoltre, copre "il dedotto e il deducibile", ovvero sia ciò che il giudice ha deciso tramite l'esame dei motivi di gravame proposti dal ricorrente e le eccezioni sollevate

dalle altre parti (giudicato esplicito), sia ciò che non è stato oggetto di puntuale vaglio giurisdizionale, ma costituisce, tuttavia, necessario ed imprescindibile precedente logico di quanto stabilito in sentenza (giudicato implicito). Sono, dunque, questioni deducibili quelle che, pur non pregiudizialmente enunciate, costituiscono il presupposto necessario ed imprescindibile della pretesa e della relativa pronuncia.

Ad avviso del giudice remittente, dunque, le regole connesse al passaggio in giudicato di una sentenza nazionale avrebbero impedito a qualunque giudice di rivedere decisioni già vagliate da altro giudice e divenute definitive, anche qualora nelle stesse fosse stato sancito un principio incompatibile con l'ordinamento giuridico comunitario. La sentenza passata in giudicato era, in altri termini, da far prevalere sulla decisione, anch'essa definitiva, della Commissione europea.

Di tutt'altro avviso la Corte di Giustizia che, premessa la titolarità in capo alla Commissione europea di una competenza legislativa esclusiva nella materia degli aiuti di Stato e di una totale incompetenza dei giudici nazionali a pronunciarsi in materia di compatibilità degli aiuti richiesti con il mercato comune, ha stabilito che dovesse essere disapplicata la norma nazionale sul giudicato, l'articolo 2909 c.c., nei limiti in cui la stessa impediva il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune era stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva.

Dunque, ad avviso della Corte, qualora al giudice nazionale si palesi un contrasto tra una sentenza nazionale passata in giudicato e una decisione della Commissione definitiva perché non impugnata, prevale sempre la decisione della Commissione e il giudice adito deve considerare il giudicato *tamquam non esset*:

“49. In tale contesto va ricordato anzitutto che, nell'ordinamento giuridico comunitario, le competenze dei giudici nazionali sono limitate sia per quanto riguarda il settore degli aiuti di Stato sia relativamente alla dichiarazione d'invalidità degli atti comunitari.

(...) 51. Per contro, i giudici nazionali non sono competenti a pronunciarsi sulla compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato comune.

52 Emerge infatti da una giurisprudenza costante che la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti rientra nella competenza esclusiva della Commissione, che opera sotto il controllo del giudice comunitario (v. sentenze *Steinike & Weinlig*, cit., punto 9; *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, cit., punto 14, nonché 11 luglio 1996, causa C-39/94, *SFEI e a.*, Racc. pag. I-3547, punto 42).

(...) 55 La Corte ha altresì escluso la possibilità che il beneficiario di un aiuto di Stato oggetto di una decisione della Commissione direttamente indirizzata soltanto allo Stato membro in cui era residente questo beneficiario, che avrebbe potuto senza alcun dubbio impugnare tale decisione e che ha lasciato decorrere il termine perentorio all'uopo prescritto dall'art. 230, quinto comma, CE, possa utilmente contestare la legittimità della decisione dinanzi ai giudici nazionali nell'ambito di un ricorso proposto avverso i provvedimenti presi dalle autorità nazionali in esecuzione di tale decisione (citate sentenze *TWD Textilwerke Deggendorf*, punti 17 e 20, nonché *National Farmers' Union*, punto 35). Gli stessi principi si applicano necessariamente, *mutatis mutandis*, nell'ambito d'applicazione del Trattato CECA.

(...) 59 Stando al giudice nazionale, l'art. 2909 del codice civile italiano osta non solo alla possibilità di dedurre nuovamente, in una seconda controversia, motivi sui quali un organo giurisdizionale si sia già pronunciato esplicitamente in via definitiva, ma anche alla disamina di questioni che avrebbero potuto essere sollevate nell'ambito di una controversia precedente senza che ciò sia però avvenuto. Da siffatta interpretazione della norma potrebbe conseguire, in particolare, che a una decisione di un giudice nazionale vengano attribuiti effetti che eccedono i limiti della competenza del giudice di cui trattasi, quali risultano dal diritto comunitario. Come ha osservato il giudice a quo, è chiaro che l'applicazione di tale norma, così interpretata, impedirebbe nel caso di specie l'applicazione del diritto comunitario in quanto renderebbe impossibile il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione del diritto comunitario.

60 *In tale contesto va ricordato che spetta ai giudici nazionali interpretare le disposizioni del diritto nazionale quanto più possibile in modo da consentirne un'applicazione che contribuisca all'attuazione del diritto comunitario.*

61 *Risulta inoltre da una giurisprudenza costante che il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto comunitario ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale (v., in particolare, sentenze 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal, Racc. pag. 629, punti 21-24; 8 marzo 1979, causa 130/78, Salumificio di Cornuda, Racc. pag. 867, punti 23-27, e 19 giugno 1990, causa C-213/89, Factortame e a., Racc. pag. I-2433, punti 19-21).*

62 *Come dichiarato al punto 52 della presente sentenza, la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti è di competenza esclusiva della Commissione, che agisce sotto il controllo del giudice comunitario. Questo principio è vincolante nell'ordinamento giuridico nazionale in quanto corollario della preminenza del diritto comunitario.*

63 *Le questioni sollevate vanno pertanto risolte nel senso che il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva. (Corte giustizia CE, 18/07/2007, n. 119)".*

Sentenza 3 settembre 2009, C – 2/08 (caso “Fallimento Olimpiclub”)

Nella successiva sentenza 3 settembre 2009, C – 2/08, la Corte di Giustizia ha tentato di circoscrivere gli effetti della precedente sentenza *Lucchini*.

La vicenda posta all'attenzione della Corte riguardava il caso della società Olimpiclub S.r.l. che, agli inizi degli anni novanta, aveva avviato un contenzioso con il Fisco italiano il quale, sulla base di periodici processi verbali di constatazione, aveva

ipotizzato l'utilizzo dello schema del contratto di comodato al fine di eludere la normativa tributaria onde ottenere un indebito risparmio d'imposta, segnatamente detrazioni i.v.a. La questione sottoposta, dapprima, al giudizio della Commissione tributaria provinciale di Roma, competente per territorio, e poi in sede di gravame di fronte a quella regionale del Lazio, veniva risolta in favore della società privata in quanto non risultavano dimostrati intenti fraudolenti ed anzi esistevano valide ragioni economiche per legittimare l'operazione. Le pronunce della Commissione tributaria determinavano l'amministrazione erariale a ricorrere in Cassazione per far valere il principio comunitario di divieto di abuso del diritto di riduzione del carico fiscale, ove *Olimpiclub* eccepiva l'esistenza di un precedente giudicato sostanziale reso tra le stesse parti e sul medesimo oggetto. In particolare, si trattava di due sentenze della Commissione tributaria regionale del Lazio, non impugnate di fronte alla Suprema Corte, perciò ormai incontrovertibili, concernenti lo stesso profilo controverso ma per diverse annualità rispetto a quella da ultimo in contestazione: in entrambe le pronunce, il citato contratto di comodato era stato dichiarato valido, dunque pienamente efficace, stante l'indimostrata sussistenza di ipotesi elusive della normativa in materia d'i.v.a.

Ebbene, la Corte di Cassazione manifesta un orientamento favorevole alla tesi dell'Erario ma, al contempo, lamenta di avere "le mani legate" dal principio del c.d. giudicato esterno. La Corte, infatti, rileva il contrasto tra il principio statuito dalle sentenze passate in giudicato e quello comunitario secondo cui il contribuente ha diritto a ridurre il proprio carico fiscale a condizione di non realizzare fattispecie di abuso individuabili tra l'altro quando, sulla base di elementi oggettivi, nonostante la correttezza formale del suo *agere*, egli persegua lo scopo esclusivo di ottenere un vantaggio fiscale. La Corte, dunque, decide di rimettere la questione alla Corte di Giustizia a cui chiede se il diritto comunitario osti all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come quella di cui all'art. 2909 del codice civile, tesa a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, quando tale applicazione venga a consacrare un risultato contrastante con il diritto comunitario, frustrandone l'applicazione, anche in settori diversi da quello degli aiuti di Stato e, segnatamente, in materia di i.v.a. e di abuso di diritto posto in essere per conseguire indebiti risparmi d'imposta, avuto, in particolare, riguardo anche al criterio di diritto nazionale, così come interpretato dalla

giurisprudenza della Corte suprema di Cassazione, secondo cui, nelle controversie tributarie, il giudicato esterno, qualora l'accertamento consacrato concerna un punto fondamentale comune ad altre cause, esplica, rispetto a questo, efficacia vincolante anche se formatosi in relazione ad un diverso periodo d'imposta.

Il Giudice comunitario ha ritenuto, nella pronuncia in esame, che il principio di necessaria prevalenza del diritto comunitario sul giudicato nazionale sancito nella sentenza citata trovava giustificazione nella competenza legislativa esclusiva di cui la Commissione dispone in materia di aiuti di stato. Dunque, proprio in quanto la Commissione è titolare di una competenza legislativa esclusiva, non può riconoscersi prevalenza al *dictum* di un organo giurisdizionale la cui pronuncia è illegittima perché invade la sfera di competenza di altro organo comunitario.

Fuori da quest'ipotesi, tuttavia, aggiunge la Corte, il diritto comunitario non impone di per sé ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione “*anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione*”. Occorre, invece, distinguere tra efficacia esterna ed interna del giudicato: il contrasto tra giudicato interno e diritto comunitario non produce alcuna conseguenza sull'efficacia interna del giudicato, mentre ne pregiudica l'efficacia esterna. Esso non può essere messo in discussione per quel che riguarda il rapporto specifico preso in considerazione e ormai definito, ma può essere riesaminato in seno ad una diversa ed ancora pendente vicenda processuale che riguarda le stesse parti e nella quale venga in rilievo lo stesso rapporto. In tal modo, da un lato, si garantisce il principio di certezza del diritto nazionale, in quanto il giudicato interno si fa sempre prevalere sul diritto comunitario; al contempo, si assicura il primato del diritto comunitario che torna a prevalere nella definizione di altri giudizi pendenti tra le stesse parti.

La Corte di Giustizia, dunque, riserva una disciplina particolare all'ipotesi in cui la materia oggetto del giudicato nazionale sia di competenza esclusiva del legislatore comunitario, nel qual caso è compromessa sia l'efficacia interna che l'efficacia esterna del giudicato: il giudice nazionale è tenuto, in tal caso, a decidere *tamquam non esset*, come se il giudicato stesso non fosse mai intervenuto, e a

riconoscere prevalenza al diritto comunitario. Qualora, invece, la materia non rientri nella competenza legislativa esclusiva dell'Unione europea, occorre distinguere l'efficacia interna del giudicato, salva in virtù del principio di certezza del diritto, dall'efficacia esterna che, al contrario, viene meno per garantire il principio di primazia del diritto comunitario:

“3. L'art. 2909 del codice civile italiano, intitolato «Cosa giudicata», dispone quanto segue:

«L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa».

4. Tale articolo è stato interpretato dalla Corte suprema di cassazione nella sua sentenza n. 13916/06 nei termini seguenti:

«(...) Qualora due giudizi tra le stesse parti abbiano riferimento al medesimo rapporto giuridico, ed uno di essi sia stato definito con sentenza passata in giudicato, l'accertamento così compiuto in ordine alla situazione giuridica ovvero alla soluzione di questioni di fatto e di diritto relative ad un punto fondamentale comune ad entrambe le cause, formando la premessa logica indispensabile della statuizione contenuta nel dispositivo della sentenza, preclude il riesame dello stesso punto di diritto accertato e risolto, anche se il successivo giudizio abbia finalità diverse da quelle che hanno costituito lo scopo ed il "petitum" del primo».

(...)22. A tal riguardo, occorre rammentare l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali. Infatti, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione (sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler, Racc. pag. I-10239, punto 38, e 16 marzo 2006, causa C-234/04, Kapferer, Racc. pag. I-2585, punto 20).

23. Ne consegue che il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di

cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione (v. sentenza Kapferer, cit., punto 21).

24. In assenza di una normativa comunitaria in materia, le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi. Esse non devono tuttavia essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né essere strutturate in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in tal senso, sentenza Kapferer, cit., punto 22).

25. La citata sentenza Lucchini non è atta a rimettere in discussione l'analisi sopra svolta. Infatti, tale sentenza riguardava una situazione del tutto particolare in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e la Comunità in materia di aiuti di Stato, posto che la Commissione delle Comunità europee dispone di una competenza esclusiva per esaminare la compatibilità di una misura nazionale di aiuti di Stato con il mercato comune (v., in tal senso, sentenza Lucchini, cit., punti 52 e 62). La presente causa non solleva siffatte questioni di ripartizione delle competenze.

26. Nella fattispecie si pone, più in particolare, la questione se l'interpretazione del principio dell'autorità di cosa giudicata cui fa riferimento il giudice del rinvio, secondo cui, nelle controversie in materia fiscale, la cosa giudicata in una determinata causa, in quanto verte su un punto fondamentale comune ad altre cause, ha, su tale punto, una portata vincolante, anche se gli accertamenti operati in tale occasione si riferiscono ad un periodo d'imposta diverso, sia compatibile con il principio di effettività.

27. A tal riguardo, occorre ricordare che la Corte ha già affermato che ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali

nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento (sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, Racc. pag. I-4599, punto 14).

(...)28. Occorre dunque esaminare più in particolare se l'interpretazione soprammenzionata dell'art. 2909 del codice civile possa essere giustificata alla luce della salvaguardia del principio della certezza del diritto, tenuto conto delle conseguenze che ne derivano per l'applicazione del diritto comunitario.

29. A tal riguardo occorre constatare, come fa peraltro lo stesso giudice del rinvio, che detta interpretazione non solo impedisce di rimettere in questione una decisione giurisdizionale che abbia acquistato efficacia di giudicato, anche se tale decisione comporti una violazione del diritto comunitario, ma impedisce del pari di rimettere in questione, in occasione di un controllo giurisdizionale relativo ad un'altra decisione dell'autorità fiscale competente concernente il medesimo contribuente o soggetto passivo, ma un esercizio fiscale diverso, qualsiasi accertamento vertente su un punto fondamentale comune contenuto in una decisione giurisdizionale che abbia acquistato efficacia di giudicato.

30. Una siffatta applicazione del principio dell'autorità di cosa giudicata avrebbe dunque la conseguenza che, laddove la decisione giurisdizionale divenuta definitiva sia fondata su un'interpretazione delle norme comunitarie relative a pratiche abusive in materia di IVA in contrasto con il diritto comunitario, la non corretta applicazione di tali regole si riprodurrebbe per ciascun nuovo esercizio fiscale, senza che sia possibile correggere tale erronea interpretazione.

31. Ciò premesso, va concluso che ostacoli di tale portata all'applicazione effettiva delle norme comunitarie in materia di IVA non possono essere ragionevolmente giustificati dal principio della certezza del diritto e devono essere dunque considerati in contrasto con il principio di effettività.

32. Di conseguenza, occorre risolvere la questione proposta nel senso che il diritto comunitario osta all'applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile,

in una causa vertente sull'IVA concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta

Come sopra anticipato, il problema del rapporto tra giudicato nazionale e diritto comunitario è stato riproposto alla Corte di Giustizia sotto il diverso profilo della necessità per un organo amministrativo di riesaminare una propria precedente decisione allorché essa, benché divenuta inoppugnabile in forza di una sentenza passata in giudicato, risulti in contrasto con il diritto comunitario.

La questione è stata affrontata dal Giudice comunitario nella sentenza 31 gennaio 2004, C-453/00 (caso *Kuhne & Heitz*) e nella sentenza 12 febbraio 2008, C – 2 (caso *Kempter*).

Sentenza 31 gennaio 2004, C-453/00 (caso *Kuhne & Heitz*)³⁶

Ad un'impresa olandese (*Kühne & Heitz*) era stato chiesto (da parte del *Productschap voor Pluimvee en Eieren*) il rimborso di una parte dei contributi alle esportazioni di carni avicole che erano state in precedenza erogati sulla base di un'erronea applicazione di un regolamento comunitario.

Avverso detta richiesta di rimborso proponeva reclamo la *Kuhne & Heitz*. Rigettato il reclamo, la stessa proponeva appello, anch'esso respinto e passato in giudicato.

Medio tempore, la Corte di Giustizia veniva investita di una questione analoga alla quale forniva la stessa interpretazione della norma comunitaria di quella sostenuta dalla *Kühne & Heitz*. La *Kühne & Heitz* si era allora rivolta all'ente competente (il *Productschap*) al fine di ottenere il riesame del provvedimento amministrativo in questione sulla base della sentenza nel frattempo pronunciata dalla

³⁶ DE PRETIS D., *Illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, nota a Corte di Giustizia, 13 gennaio 2004, causa C-453/2000, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 7, 723 ss.; GALLETTA D.U., *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, I, 35 ss.; GATTINARA G., *Il ruolo delle pubbliche amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kunhe e Heitz*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, 2, 489.

Corte di Giustizia.

Il *Productschap* respingeva tale domanda e confermava la sua precedente decisione di rigetto. La *Kühne & Heitz*, allora, proponeva contro quest'ultima decisione, apposito ricorso. Il giudice olandese, a tal punto, pur premettendo che in linea di principio il diritto olandese prevedeva espressamente il potere degli organi amministrativi di ritornare sempre su una decisione definitiva, un simile annullamento sarebbe stato utile e sensato solo se fosse stato certo che il *Productschap* aveva non solo il potere di ritornare sulla sua decisione, ma anche l'obbligo di riesaminare un proprio precedente provvedimento perché contrario ad un principio stabilito in sede comunitaria.

Alla luce di tali considerazioni il *College van Beroep voor het bedrijfsleven* ha deciso di sospendere la decisione e di porre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: “Se il diritto comunitario, nel quale in particolare si deve prendere in considerazione il principio dell'affidamento comunitario di cui all'art. 10 CE, in circostanze quali quelle descritte nella motivazione della presente ordinanza, comporti che un organo amministrativo sia tenuto a rivedere una decisione che è divenuta definitiva, al fine di assicurare la completa efficacia del diritto comunitario, così come quest'ultimo dev'essere interpretato in base a quanto risulta dalla soluzione data ad una successiva domanda di pronuncia pregiudiziale”.

Orbene, nella pronuncia in esame la Corte di Giustizia ha statuito che il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 Ce impone ad un organo amministrativo, investito in una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte solo qualora: l'ente amministrativo disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione; la decisione amministrativa in questione sia diventata definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita a titolo pregiudiziale alle condizioni previste dall'art. 234 n. 3, Ce (attuale art. 267 TFUE) e l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo

essere stato informato della summenzionata giurisprudenza.

Qualora ricorrano le condizioni sopra elencate, in presenza di una successiva giurisprudenza comunitaria “difforme”, il principio di cooperazione (art. 10 TCE) rende “doveroso”, per l’Amministrazione nazionale, il riesame su istanza di parte, dei provvedimenti adottati anche se divenuti definitivi in seguito al passaggio in giudicato di una sentenza “interna” di ultima istanza. Ogni cittadino ha, pertanto, diritto alla riparazione “in forma specifica” della violazione comunitaria, a prescindere dalla sufficiente caratterizzazione della violazione:

“24. Occorre ricordare che la certezza del diritto è inclusa tra i principi generali riconosciuti nel diritto comunitario. Il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza e da ciò deriva che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo.

25. Tuttavia il giudice del rinvio ha precisato che, in diritto olandese, un organo amministrativo ha sempre il potere di ritornare su una decisione amministrativa definitiva, purché non siano lesi gli interessi di terzi, e che, secondo le circostanze, l'esistenza di siffatto potere può implicare l'obbligo di revocare una simile decisione, anche se tale diritto non esige che l'organo competente ritorni sistematicamente su decisioni amministrative definitive per conformarsi ad una giurisprudenza successiva ad essa. La questione di tale giudice è diretta a stabilire se, in circostanze analoghe a quelle della causa principale, un obbligo di ritornare su una decisione amministrativa definitiva derivi dal diritto comunitario.

26. Come risulta dal fascicolo, tali circostanze sono le seguenti. In primo luogo, il diritto nazionale riconosce all'organo amministrativo la possibilità di ritornare sulla decisione in discussione nella causa principale, divenuta definitiva. In secondo luogo, tale decisione ha acquisito il suo carattere definitivo solo in seguito alla sentenza di un giudice nazionale le cui decisioni non sono suscettibili di un ricorso giurisdizionale. In terzo luogo, tale sentenza era fondata su un'interpretazione

del diritto comunitario che, alla luce di una sentenza successiva della Corte, si rivelava errata ed era stata adottata senza che la Corte stessa fosse adita in via pregiudiziale, alle condizioni previste all'art. 234, n. 3, CE. In quarto luogo, l'interessata si è rivolta all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stata informata di tale sentenza della Corte.

27. In tali circostanze, l'organo amministrativo interessato è tenuto, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE, a riesaminare tale decisione al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte. Il detto organo dovrà stabilire in funzione dei risultati di tale esame se sia tenuto a ritornare, senza ledere gli interessi di terzi, sulla decisione in questione.

28. Tenuto conto delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione sollevata che il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE impone ad un organo amministrativo, investito di una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora:

- disponga secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione;*
- la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza;*
- tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 234, n. 3, CE, e*
- l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza” (Corte giustizia CE, 13/01/2004, n. 453).*

Sentenza 12 febbraio 2008, C – 2 (caso *Kempter*)

La società tedesca *Kempter*, esportatrice di bovini in diversi Paesi arabi e

nell'ex Jugoslavia, aveva chiesto ed ottenuto l'erogazione dei contributi alle esportazioni previsti da un regolamento comunitario.

Nel corso di un'indagine, tuttavia, il servizio di controllo delle dogane della direzione regionale delle finanze di Friburgo, aveva accertato che, prima della loro importazione nei detti Paesi terzi, alcuni animali erano morti o erano stati abbattuti d'urgenza durante il trasporto o nel periodo di quarantena nei paesi di destinazione. Per l'effetto, aveva preteso dalla *Kempter* il rimborso dei contributi all'esportazione che le erano state corrisposte.

Avverso tale decisione, la società proponeva ricorso sia in primo che in secondo grado, entrambi rigettati dal Giudice tedesco, senza, tuttavia, mai invocare violazioni del diritto comunitario. La sentenza di ultimo grado pronunciata dal giudice d'appello non veniva mai impugnava e passava, per l'effetto, in giudicato.

Anche questa volta, tuttavia, interveniva medio tempore una decisione della Corte di Giustizia che, chiamata a decidere un caso analogo, statuiva un principio di diritto coincidente con quello proposto dalla *Kempter* e rigettato dai giudici tedeschi.

Avvalendosi di tale sentenza, la *Kempter* chiedeva alla direzione regionale delle finanze di Friburgo il riesame del provvedimento precedentemente emanato. L'ente adito, tuttavia, respingeva la richiesta della *Kempter*, sottolineando che la modifica della giurisprudenza intervenuta nella fattispecie non comportava un cambiamento della situazione giuridica che, di per sé, giustificasse la riapertura del procedimento.

La *Kempter*, dunque, adiva nuovamente il Tribunale tedesco, sostenendo in particolare che, nella fattispecie, le condizioni che consentivano il riesame di una decisione amministrativa definitiva, enunciate dalla Corte nella sentenza *Kühne & Heitz*, citata, erano soddisfatte e che, pertanto, il provvedimento di recupero dei contributi erogati doveva essere ritirato.

Il giudice adito, accertata la sussistenza, nel caso a mani, delle condizioni indicate nella sentenza *Kuhne & Heitz* decideva di chiedere alla Corte la soluzione di due differenti profili: 1) se il riesame e la rettifica di una decisione amministrativa definitiva, per tener conto dell'interpretazione del diritto comunitario pertinente data

nel frattempo dalla Corte di Giustizia, presupponessero che l'interessato avesse impugnato tale decisione dinanzi al giudice nazionale invocando il diritto comunitario; 2) se, oltre alle condizioni stabilite nella sentenza *Kühne & Heitz*, la possibilità di domandare il riesame e la rettifica di una decisione amministrativa definitiva contrastante con il diritto comunitario fosse limitata nel tempo per motivi superiori di diritto comunitario.

Orbene, quanto alla prima questione, la Corte ha anzitutto precisato che, secondo giurisprudenza consolidata, spetta a tutte le autorità degli Stati membri garantire il rispetto delle norme di diritto comunitario nell'ambito delle loro competenze. Inoltre, ha aggiunto il Collegio, l'interpretazione di una norma di diritto comunitario data dalla Corte nell'esercizio della competenza attribuitale dall'art. 234 CE chiarisce e precisa, quando ve ne sia bisogno, il significato e la portata di detta norma, quale deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal momento della sua entrata in vigore. Ciò comporta che un organo amministrativo nazionale deve applicare la norma comunitaria nell'interpretazione datane in una sentenza della Corte di Giustizia anche a rapporti giuridici sorti prima del momento in cui tale sentenza è stata resa.

Ciò posto, la Corte ha ricordato che per tutelare il principio della certezza del diritto, il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa divenuta definitiva. In circostanze particolari, tuttavia, un organo amministrativo può essere tenuto a riesaminare una decisione amministrativa, divenuta definitiva in seguito all'esaurimento dei ricorsi giurisdizionali interni, al fine di tener conto dell'interpretazione di una disposizione comunitaria pertinente nel frattempo accolta dalla Corte. Ciò si verifica, in particolare, allorché la sentenza del giudice di ultima istanza in virtù della quale la decisione amministrativa contestata è divenuta definitiva risulti fondata, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva, su una interpretazione errata del diritto comunitario che sia stata accolta senza proporre una domanda in via pregiudiziale. Affinché tale condizione sia soddisfatta, non occorre che le parti abbiano sollevato dinanzi al giudice nazionale la questione di diritto comunitario pertinente nel giudizio ma basta che essa sia stata esaminata dal giudice

nazionale che statuisce in ultima istanza oppure che quest'ultimo avrebbe potuto sollevarla d'ufficio. Infatti, i giudici nazionali sono tenuti a sollevare d'ufficio i motivi di diritto relativi ad una norma comunitaria vincolante allorché, in virtù del diritto nazionale, essi hanno l'obbligo o la facoltà di farlo con riferimento ad una norma interna di natura vincolante:

“... l'interpretazione di una norma di diritto comunitario data dalla Corte nell'esercizio della competenza attribuitale dall'art. 234 CE chiarisce e precisa, quando ve ne sia bisogno, il significato e la portata di detta norma, quale deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal momento della sua entrata in vigore (v., in particolare, sentenze 27 marzo 1980, causa 61/79, Denkavit italiana, Racc. pag. 1205, punto 16; 10 febbraio 2000, causa C-50/96, Deutsche Telekom, Racc. pag. I-743, punto 43, e Kühne & Heitz, citata, punto 21). In altri termini, una sentenza pregiudiziale ha valore non costitutivo bensì puramente dichiarativo, con la conseguenza che i suoi effetti risalgono alla data di entrata in vigore della norma interpretata (v., in tal senso, sentenza 19 ottobre 1995, causa C-137/94, Richardson, Racc. pag. I-3407, punto 33).

36. *Ne consegue che, in una causa come quella principale, una norma di diritto comunitario così interpretata dev'essere applicata da un organo amministrativo nell'ambito delle sue competenze anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima del momento in cui è sopravvenuta la sentenza in cui la Corte si pronuncia sulla richiesta di interpretazione (sentenza Kühne & Heitz, citata, punto 22, e, in tal senso, sentenze 3 ottobre 2002, causa C-347/00, Barreira Pérez, Racc. pag. I-8191, punto 44; 17 febbraio 2005, cause riunite C-C-C-453/02 e C-462/02, Linneweber e Akritidis, Racc. pag. I-1131, punto 41, e 6 marzo 2007, causa C-292/04, Meilicke e a., 34).*

37. *Tuttavia, come ha ricordato la Corte, questa giurisprudenza deve essere letta alla luce del principio della certezza del diritto, che figura tra i principi generali riconosciuti nel diritto comunitario. A tal riguardo occorre constatare che il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o, come nella causa principale, in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza e da ciò deriva che il*

diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo (sentenza Kühne & Heitz, citata, punto 24).

38. La Corte ha tuttavia affermato che, in circostanze particolari, un organo amministrativo nazionale può essere tenuto, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE, a riesaminare una decisione amministrativa divenuta definitiva in seguito all'esaurimento dei rimedi giurisdizionali interni, al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte (v., in tal senso, sentenze Kühne & Heitz, citata, punto 27, e 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, i-21 Germany e Arcor, Racc. pag. I-8559, punto 52).

39. Come ricorda il giudice del rinvio, alla luce dei punti 26 e 28 della citata sentenza Kühne & Heitz, tra le condizioni che possono fondare un tale obbligo di riesame la Corte ha preso in considerazione, in particolare, il fatto che la sentenza del giudice di ultima istanza, in virtù della quale la decisione amministrativa contestata è divenuta definitiva, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima risultasse fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse stata adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 234, terzo comma, CE.

40. Orbene, la presente questione pregiudiziale è diretta unicamente a chiarire se una tale condizione sia soddisfatta solo se il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito del suo ricorso giurisdizionale proposto contro la decisione amministrativa di cui trattasi.

41. A tal riguardo occorre sottolineare che il sistema introdotto dall'art. 234 CE per assicurare l'unità dell'interpretazione del diritto comunitario negli Stati membri istituisce una cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali attraverso un procedimento estraneo ad ogni iniziativa delle parti (v., in tal senso, sentenze 27 marzo 1963, cause riunite 28/62-30/62, Da Costa e a., Racc. pag. 59, in particolare pag. 76; 1° marzo 1973, causa 62/72, Bollmann, Racc. pag. 269, punto 4, e 10 luglio 1997, causa C-261/95, Palmisani, Racc. pag. I-4025, punto 31).

42. Infatti, come precisa l'avvocato generale ai paragrafi 100-104 delle

sue conclusioni, il rinvio pregiudiziale si basa su un dialogo tra giudici, la cui proposizione si basa interamente sulla valutazione della pertinenza e della necessità del detto rinvio compiuta dal giudice nazionale (v., in tal senso, sentenza 16 giugno 1981, causa 126/80, Salonia, Racc. pag. 1563, punto 7).

43. Del resto, come rilevato dalla Commissione e dall'avvocato generale ai paragrafi 93-95 delle sue conclusioni, la formulazione stessa della sentenza Kühne & Heitz, citata, non indica affatto che il ricorrente sia tenuto a sollevare, nell'ambito del suo ricorso giurisdizionale di diritto interno, la questione di diritto comunitario successivamente oggetto della sentenza pregiudiziale della Corte.

44. Non si può dunque dedurre dalla sentenza Kühne & Heitz, citata, che, ai fini della terza condizione in essa delineata, le parti debbano aver sollevato dinanzi al giudice nazionale la questione di diritto comunitario di cui trattasi. Infatti, affinché tale condizione sia soddisfatta, basterebbe o che detta questione di diritto comunitario, la cui interpretazione si è rivelata erronea alla luce di una sentenza successiva della Corte, sia stata esaminata dal giudice nazionale che statuisce in ultima istanza, oppure che essa avesse potuto essere sollevata d'ufficio da quest'ultimo.

45. A tal riguardo occorre ricordare che, sebbene il diritto comunitario non imponga ai giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo vertente sulla violazione di disposizioni comunitarie se l'esame di tale motivo li obbligherebbe ad esorbitare dai limiti della controversia come è stata circoscritta dalle parti, tali giudici sono tenuti a sollevare d'ufficio i motivi di diritto relativi ad una norma comunitaria vincolante quando, in virtù del diritto nazionale, essi hanno l'obbligo o la facoltà di farlo con riferimento ad una norma interna di natura vincolante (v., in tal senso, sentenze 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93, van Schijndel e van Veen, Racc. pag. I-I-I-4705, punti 13, 14 e 22, e 24 ottobre 1996, causa C-72/95, Kraaijeveld e a., Racc. pag. I-5403, punti 57, 58 e 60).

46. Di conseguenza, occorre risolvere la prima questione proposta nel senso che, nell'ambito di un procedimento dinanzi ad un organo amministrativo diretto al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva in virtù di una sentenza pronunciata da un giudice di ultima istanza, la quale, alla luce di una

giurisprudenza successiva della Corte, risulta basata su un'interpretazione erronea del diritto comunitario, tale diritto non richiede che il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno da esso proposto contro tale decisione”.

Sulla seconda questione la Corte ha, invece, precisato che il diritto comunitario non impone alcun termine preciso per la presentazione di una domanda di riesame. Di conseguenza, non sussiste alcun obbligo di presentare la domanda di cui trattasi entro un certo e preciso intervallo temporale dopo che il richiedente sia venuto a conoscenza della giurisprudenza della Corte su cui la domanda stessa si fondava.

Tuttavia, ha aggiunto la Corte, secondo una costante giurisprudenza, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario, purché tali modalità, da un lato, non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né, dall'altro, rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).

Da questa giurisprudenza costante deriva che gli Stati membri possono richiedere, in nome del principio della certezza del diritto, che una domanda di riesame e di rettifica di una decisione amministrativa divenuta definitiva e contraria al diritto comunitario così come interpretato successivamente dalla Corte venga presentata all'amministrazione competente entro un termine ragionevole.

La Corte ha, dunque, risolto la seconda questione nel senso che:

“il diritto comunitario non impone alcun limite temporale per presentare una domanda diretta al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva. Gli Stati membri rimangono tuttavia liberi di fissare termini di ricorso ragionevoli, conformemente ai principi comunitari di effettività e di equivalenza”.

CAPITOLO II

IL REGIME DELL'ATTO AMMINISTRATIVO NAZIONALE CONTRASTANTE CON IL DIRITTO COMUNITARIO

1. Premessa

Come anticipato nel paragrafo precedente, la ricostruzione del rapporto tra ordinamento giuridico nazionale e ordinamento giuridico dell'Unione europea incide fortemente sul problema del regime del provvedimento amministrativo contrastante con il diritto comunitario.

Il problema in esame, infatti, può essere diversamente risolto a seconda che si avalli la tesi della separatezza e autonomia dei due ordinamenti, fatta propria dalla Corte Costituzionale, o quella dell'integrazione, da sempre sostenuta dalla Corte di Giustizia. Secondo la prima impostazione, la normativa comunitaria non entra a far parte del diritto interno e non esiste neppure un vero e proprio conflitto tra le norme interne e quelle comunitarie perché ognuna è valida ed efficace nel proprio ordinamento secondo le condizioni poste dal sistema normativo di appartenenza. La diversa posizione della Corte di Giustizia considera l'ordinamento giuridico comunitario e quello nazionale come facenti parte di un unico sistema giuridico all'interno del quale norme comunitarie e norme interne si trovano tra di loro in rapporto gerarchico.

Orbene, da quanto precede risulta evidente come, aderendo alla teoria della separatezza, la norma comunitaria, in quanto appartenente ad un sistema giuridico autonomo e distinto, non può assurgere né a fonte del potere amministrativo, né a parametro di legittimità del provvedimento amministrativo nazionale.

Diverse, invece, le conseguenze cui conduce la teoria monista che, rendendo le norme comunitarie parti integranti dell'ordinamento giuridico nazionale, rende più agevole rinvenire nel provvedimento amministrativo contrario a norme comunitarie, la patologia tipica dell'atto contrario a disposizioni legislative nazionali.

2. La differenza tra illegittimità comunitaria diretta e indiretta: analogie e differenze con la diversa ipotesi dell'illegittimità costituzionale

Prima di scendere nell'esame delle conclusioni cui è giunta la dottrina amministrativa in ordine al problema del tipo di patologia dell'atto amministrativo contrastante con il diritto comunitario, pare opportuno soffermarsi su una annotazione di rilievo³⁷.

La dottrina da tempo osserva come l'illegittimità del provvedimento amministrativo per contrasto con una norma comunitaria può derivare da due distinte fattispecie. Può, anzitutto, essere il contenuto del provvedimento stesso ad essere in contrasto con una norma comunitaria e, in tal caso, si parla di illegittimità comunitaria diretta. Può, altresì, accadere che il provvedimento amministrativo sia illegittimo perché conforme ad una disposizione nazionale che è in contrasto con una norma comunitaria: in tal caso si parla di illegittimità comunitaria indiretta³⁸.

Orbene, mentre l'illegittimità comunitaria diretta integra l'ipotesi classica del vizio di violazione di legge, ovvero di difformità del provvedimento amministrativo dal paradigma normativo contenuto in una norma comunitaria e legittima il giudice amministrativo ad annullare il provvedimento affetto dal vizio indicato, nel caso di illegittimità comunitaria indiretta, il giudice amministrativo è chiamato, prima, a disapplicare la norma interna in contrasto con il diritto comunitario e, poi, a dichiarare il provvedimento impugnato illegittimo per violazione di legge

³⁷ PIGNATELLI N., *I provvedimenti amministrativi anti-comunitari, profili sostanziali e processuali*, in *La Rivista Nel diritto*, 2009, 6, 885.

³⁸ GRECO G., *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in CHITI M.P. – GRECO G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, 936 ss; ID., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, 936 ss. Cfr. più di recente CHITI M.P., *L'invalidità degli atti amministrativi per violazioni di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. amm.*, 2003, 687 ss.; PIGNATELLI N., cit., il quale osserva, altresì, che “Di illegittimità “indiretta” o “derivata” potrebbe parlarsi *prima facie* anche nel caso in cui l'atto amministrativo sia in contrasto con una norma statale applicativa di una norma comunitaria. Tuttavia questa ipotesi sembra essere maggiormente affine allo schema della illegittimità “diretta”, con la mera differenza che la norma statale fa blocco con la norma comunitaria nella configurazione del parametro di legittimità”.

comunitaria.

In ordine al potere di disapplicazione spettante al giudice amministrativo, si noti quanto segue.

L'articolo 5 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E dispone: "*Le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi e i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi*". Ciò vuol dire che il giudice ordinario gode del potere di disapplicare i provvedimenti amministrativi e i regolamenti illegittimi. Tale potere consente di escludere l'efficacia di un regolamento o di un provvedimento amministrativo "*incidenter tantum*", cioè solo con riferimento alla questione sottoposta a giudizio (il regolamento e il provvedimento, quindi, restano, per il resto, vigenti ed efficaci) e decidere la questione "*tamquam non esset*", vale a dire come se il regolamento o il provvedimento illegittimo non esistessero.

Allo scopo di rafforzare la tutela dei privati, gli interpreti discutono circa la possibilità di riconoscere al giudice amministrativo il medesimo potere disapplicativo spettante al giudice ordinario.

Orbene, a tal riguardo è bene premettere che il giudice amministrativo non ha, di certo, il potere di disapplicare atti amministrativi illegittimi. Il divieto di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi è un principio fondamentale del nostro ordinamento giuridico. Esso è espressione del c.d. principio di inoppugnabilità degli atti e di decadenza processuale secondo cui i provvedimenti amministrativi non possono essere più sottoposti al vaglio del giudice amministrativo decorso il termine utile per la loro impugnazione. Entrambi questi principi trovano il loro fondamento costituzionale nell'articolo 97 della Costituzione. Essi, infatti, consentono di attribuire certezza all'azione amministrativa: la Pubblica Amministrazione non può rimanere a lungo incerta sull'esito dei suoi atti, deve poter orientare l'azione amministrativa anche se ha posto in essere atti illegittimi. Se il giudice amministrativo potesse disapplicare gli atti illegittimi, violerebbe il principio di inoppugnabilità degli atti e di decadenza processuale in quanto formulerebbe un giudizio sull'atto impugnato e ne determinerebbe l'annullamento di fatto.

Il potere di disapplicazione dei provvedimenti amministrativi illegittimi è, invece, come sopra detto, riconosciuto al giudice ordinario dall'articolo 5 della Legge

Abolitrice del Contenzioso amministrativo: il giudice ordinario non può annullare, riformare o modificare un atto amministrativo illegittimo, ma qualora nella catena delle questioni che porta alla decisione del caso, si presenti la necessità di prendere in considerazione un atto amministrativo illegittimo, egli può decidere la controversia *tamquam non esset*, fermo restando che l'atto continuerà a produrre effetti nell'ordinamento giuridico fino a quando il giudice amministrativo non lo annulli o la Pubblica Amministrazione non agisca in autotutela.

Dottrina e giurisprudenza, tuttavia, concordano, a partire dalla pronuncia del Consiglio di Stato 1996, n. 222, nel ritenere che il divieto per il giudice amministrativo di disapplicare l'atto amministrativo illegittimo incontri un'eccezione: il giudice amministrativo può disapplicare il provvedimento amministrativo illegittimo (c.d. disapplicazione provvedimentoale) nell'ambito della giurisdizione esclusiva allorché l'atto amministrativo leda diritti soggettivi. In tale ipotesi, vigerà, in sede di giurisdizione esclusiva, il regime processuale proprio dei diritti soggettivi. Dunque, non troverà applicazione né il principio di decadenza, né il divieto di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi.

Diverso il discorso per quanto attiene al **potere di disapplicazione dei regolamenti normativi nazionali**³⁹. A tal proposito, occorre premettere che il regolamento normativo può essere impugnato entro l'ordinario termine di decadenza e, in tal caso, essere annullato, se illegittimo, dal giudice amministrativo. Particolare attenzione occorre riservare alle condizioni di impugnazione del regolamento amministrativo. L'impugnazione in via principale del regolamento al fine di ottenerne l'annullamento con efficacia *erga omnes* e retroattiva, va proposta dinnanzi al giudice amministrativo, la cui decisione è in grado di espungere il regolamento dall'ordinamento giuridico. Per poter impugnare il regolamento illegittimo è, tuttavia, necessario che il ricorrente abbia un interesse a ricorrere, derivante dalla lesione di una

³⁹ Cfr., nell'ampia riflessione scientifica, MORBIDELLI G., *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisprudenza amministrativa, (ovvero del conflitto tra il principio di gerarchia delle fonti e il principio dispositivo)* in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, 1045 ss. e, più di recente, MASSA M., *Problemi e modelli del sindacato sui regolamenti amministrativi, Tesi di dottorato in giustizia costituzionale*, Pisa, 2005, 169 ss.

situazione giuridica soggettiva (art. 100 c.p.c.) e che l'impugnazione sia avvenuta entro i termini perentori previsti dalla legge. Da ciò la necessità di distinguere tra il c.d. regolamento volizione – preliminare e il c.d. regolamento volizione - azione: nel primo caso, il regolamento illegittimo non è direttamente e immediatamente lesivo di situazioni giuridiche soggettive e, quindi, non è impugnabile per carenza di interesse a ricorrere. Solo una volta emanato l'atto applicativo, nasce l'onere per l'interessato di impugnare tempestivamente sia l'atto immediatamente lesivo sia il regolamento da cui l'atto amministrativo lesivo è scaturito. Il soggetto, in questo caso, ha l'onere della c.d. doppia impugnazione; pertanto, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice amministrativo annulla sia il provvedimento, immediatamente lesivo della situazione soggettiva del ricorrente, sia il regolamento, di cui l'atto amministrativo costituisce esecuzione. Il ricorso è inammissibile qualora venga impugnato il solo atto lesivo e non anche il regolamento presupposto.

Nel secondo caso, invece, il regolamento incide direttamente sulle situazioni giuridiche soggettive dei destinatari del regolamento medesimo e, quindi, può essere impugnato immediatamente (in questo senso, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 812: *“per tradizionale affermazione giurisprudenziale - fondata proprio sulle surriportate caratteristiche dell'atto - il regolamento non è di per sé impugnabile, in quanto esso si presenta, almeno in linea di massima, privo di disposizioni immediatamente lesive, proprio perché aventi, al contrario, contenuto normativo, astratto e programmatico, a nulla rilevando che le dette disposizioni possano prefigurare una incisione futura sulla sfera giuridica di chi ne risulterà in concreto destinatario. Conseguentemente, esso potrà formare oggetto di impugnazione, e quindi il giudice potrà verificarne l'eventuale illegittimità delle disposizioni, unitamente agli atti che di queste ultime fanno applicazione, perché è attraverso tali atti che si realizza il pregiudizio della sfera soggettiva e, quindi, si attualizza l'interesse a ricorrere (Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2001 n. 663; Trib. Sup. acque, 23 gennaio 2002 n. 8). Allo stesso tempo, allorché il regolamento contiene disposizioni immediatamente lesive, ne consegue la sua immediata impugnabilità (Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2002 n. 948 e 17 aprile 2002 n. 2032)”).*

Il problema della disapplicazione del regolamento può porsi per due ragioni: perché la parte non ha impugnato nei termini un regolamento o perché essa, onerata della doppia impugnazione, ha impugnato solo l'atto amministrativo e non anche il regolamento di cui l'atto costituisce esecuzione.

In entrambe le ipotesi, il divieto di disapplicazione impedisce al giudice amministrativo di neutralizzare l'illegittimità del regolamento, con la conseguenza che se l'atto amministrativo impugnato dalla parte è conforme al regolamento illegittimo, l'atto sarà pure illegittimo, ma non potendo il giudice amministrativo pronunciarsi sulla legittimità/illegittimità del regolamento non impugnato, dovrà ritenere l'atto amministrativo impugnato legittimo; se l'atto amministrativo impugnato dalla parte è difforme dal regolamento illegittimo, ma conforme alla legge, visto che il giudice amministrativo non può prendere in considerazione il regolamento ma solo l'atto amministrativo (che è stato impugnato) e quest'ultimo è contrario al regolamento, il giudice amministrativo lo annulla, nonostante sia conforme alla legge.

Dunque, per consentire al giudice di rendere la situazione conforme a legge e annullare il provvedimento impugnato se contrario alla legge comunitaria, si è posta l'esigenza di riconoscere al giudice amministrativo il potere di disapplicare il regolamento illegittimo.

Tradizionalmente, la giurisprudenza ha escluso tale possibilità in forza di tre argomenti principali: la chiarezza del dato normativo che attribuisce il potere di disapplicazione solo al giudice ordinario; l'idea che il potere di disapplicare il regolamento illegittimo costituisca una prerogativa minore rispetto a quella di annullamento del medesimo e che, pertanto, sarebbe superfluo attribuire al giudice, oltre al potere di annullamento, anche quello di disapplicazione; la ritenuta incompatibilità della disapplicazione del provvedimento con il principio di inoppugnabilità dell'atto amministrativo, decorsi i termini perentori per la sua impugnazione.

Tuttavia, con un epocale *revirement*, il Consiglio di Stato, a partire dalla sentenza della sez. V, 28 febbraio 1992, n. 154 ha affermato che il giudice amministrativo, seppur solo nell'ambito della giurisdizione esclusiva su diritti soggettivi, può disapplicare la norma regolamentare che si ponga in contrasto con la

legge qualora incida su una posizione di diritto soggettivo perfetto, il cui contenuto è riconducibile alla norma di legge. Nella pronuncia citata, il Consiglio di Stato ha, infatti, osservato che se il giudice amministrativo non potesse disapplicare i regolamenti illegittimi, in quanto atti amministrativi, si giungerebbe all'esito paradossale di costringere l'autorità giudiziaria a disapplicare la legge, in violazione del principio costituzionale sancito nell'articolo 101, 2° comma della Costituzione che sottopone il suo operato al rispetto della legge stessa. Egli, infatti, dovrebbe considerare l'atto amministrativo impugnato legittimo (perché conforme al regolamento che attua) anche nell'ipotesi in cui il regolamento è illegittimo perché contrario alla legge:

“Al giudice amministrativo è consentito, anche in mancanza di richiesta delle parti, sindacare gli atti di normazione secondaria al fine di stabilire se essi abbiano attitudine, in generale, ad innovare l'ordinamento e, in concreto, a fornire la regola di giudizio per risolvere la questione controversa; egli può giungere alla disapplicazione della norma regolamentare che si ponga in contrasto con la legge qualora incida su una posizione di diritto soggettivo perfetto, il cui contenuto è completamente riconducibile alla norma di legge”⁴⁰.

Inoltre, con la successiva decisione n. 1332 del 1995, la giurisprudenza ha svincolato l'istituto della disapplicazione “normativa” dalla situazione giuridica incisa e dalla giurisdizione esercitata:

⁴⁰ Corsivo non testuale tratto dal sito www.leggiditalia.it Per un'applicazione recente del principio indicato v. T.a.r. Sicilia – Palermo, 12 luglio 2012, n. 1527: “Ritenuto che, vertendosi in tema di tutela del diritto soggettivo allo studio, in materia (il servizio pubblico dell'istruzione) soggetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), cod. proc. amm. (impugnazione di un provvedimento adottato dalla pubblica amministrazione in un procedimento amministrativo), è ammissibile la domanda di disapplicazione della norma regolamentare in tesi illegittima (per contrasto con la citata norma primaria) sulla base della quale è stato adottato il provvedimento impugnato”.

“Il giudice amministrativo può disapplicare i regolamenti e gli altri atti-fonti a normazione secondaria contrastanti con la legge sia quando violino diritti soggettivi del ricorrente, sia quando la domanda attorea si basi sulla norma secondaria illegittima, stante la gerarchia delle fonti di cui all'art. 4 disp. prel., nonché la circostanza che, a fronte del potere di tutti i giudici di provocare il giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi e sugli atti aventi forza di legge sospettate di contrasto con la costituzione, il giudice amministrativo (e soltanto egli) dovrebbe invece irrefutabilmente applicare norme regolamentari illegittime”⁴¹.

Ancor più di recente il Consiglio di Stato ha ammesso la c.d. “disapplicazione conservativa” (definita così perché preordinata a difendere l’efficacia della legge) con riferimento ai bandi di gara. Se un soggetto viene leso da un provvedimento amministrativo (ad esempio, un provvedimento di aggiudicazione) che trova il proprio fondamento in un atto presupposto non normativo (ad esempio, un bando di gara) contrario a una norma primaria, il ricorrente deve impugnare dinnanzi al giudice amministrativo sia l’atto presupposto (il bando) che il provvedimento applicativo (l’aggiudicazione). Se il danneggiato impugna solo il provvedimento di applicazione, il giudice amministrativo potrà comunque disapplicare il bando e annullare il provvedimento che lo applica. Parimenti, se il soggetto viene leso da un provvedimento contrario al bando illegittimo, ma conforme alla legge e chiede l’annullamento del provvedimento perché contrario al disciplinare di gara, il giudice amministrativo può disapplicare quest’ultimo e “salvare” il provvedimento amministrativo legittimo perché conforme a legge.

Tanto precisato in ordine ai limiti del potere di disapplicazione del giudice amministrativo, si noti che sussiste un evidente parallelismo tra l’illegittimità comunitaria del provvedimento amministrativo nazionale e l’illegittimità del provvedimento stesso per contrasto con la Costituzione. Anche l’illegittimità costituzionale può essere diretta o indiretta. Si verifica la prima ipotesi allorché

⁴¹ Corsivo non testuale tratto dal sito www.leggiditalia.it

l'illegittimità del provvedimento amministrativo deriva dalla contrarietà del suo contenuto ad una norma della Costituzione, sia essa una norma che tutela una situazione giuridica soggettiva o una norma di organizzazione⁴². Si ha costituzionalità indiretta allorché il provvedimento amministrativo non è illegittimo in sé, ma è conforme ad una norma di legge a sua volta sospettata di illegittimità costituzionale.

Le due ipotesi, quella della illegittimità comunitaria e quella della illegittimità costituzionale, sebbene analoghe sotto il profilo della configurazione, differiscono sotto il diverso profilo dei meccanismi giurisdizionali rimediali.

Invero, l'illegittimità comunitaria richiede sempre l'intervento del giudice amministrativo per essere rimossa: se diretta, il giudice amministrativo annulla il provvedimento in contrasto con la normativa comunitaria; se indiretta, il giudice amministrativo prima disapplica la norma interna contrastante e poi annulla il provvedimento divenuto illegittimo. L'illegittimità costituzionale determina conseguenze diverse a seconda che la stessa sia diretta o indiretta: nel primo caso, l'illegittimità viene valutata direttamente dal giudice amministrativo che, qualora rilevi il contrasto del provvedimento impugnato con una norma di rango costituzionale, lo annulla in sede giurisdizionale. Nel secondo caso, il giudice amministrativo ha l'obbligo di adire la Corte Costituzionale la cui sentenza, se di accoglimento, determina la c.d. invalidità derivata del provvedimento impugnato e, dunque, la sua annullabilità⁴³.

⁴² ONIDA V., *Sulla "disapplicazione" dei regolamenti incostituzionali (a proposito della libertà religiosa dei detenuti)*, in *Giur. Cost.*, 1966, 1036.

⁴³ PIGNATELLI N., *I provvedimenti amministrativi anti-comunitari, profili sostanziali e processuali*, in *La Rivista Nel diritto*, 2009, 6, 885. Nella giurisprudenza amministrativa dopo la nota pronuncia dell'Adunanza plenaria, 8 aprile 1963 n. 8, in *Giur. cost.*, 1963, 1214 ss., in cui si parlava di «vizio riflesso», è ormai consolidata la categoria della invalidità «derivata» (o «sopravvenuta»). Cfr.: Consiglio di Stato, sez. IV, 11 febbraio 2004, n. 551, in *Foro amm-Cons. St.*, 2004, 387; T.a.r. Campania, 26 marzo 2003, n. 2970 in *Trib. amm. reg.*, 2003, 2134 ss.; Consiglio di Stato, sez. VI, 7 luglio 1995, n. 663, in *Cons. St.*, 1995, I, 1100; Consiglio di Stato, sez. VI, 20 novembre 1986, n. 855, in *Foro amm.*, 1986, 2468 ss.; T.a.r. Puglia, 30 settembre 1982, n. 410, in *Foro amm.*, 1983, I, 2455; T.a.r. Lazio, sez. III, 9 giugno 1980, n. 583, in *Trib. amm. reg.*, 1980, 2308 ss.; Consiglio di Giustizia amministrativa della regione siciliana, 11 luglio 1962, n. 281, in *Foro it.*, 1962, III, 245 ss. In dottrina cfr. MAGRI M., *La legalità costituzionale dell'Amministrazione*, Milano, 2002, 103 ss., 344 ss.; LAURICELLA G., *L'«incostituzionalità» dell'atto amministrativo*, cit., 43 ss.; DELFINO F., *La dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi*, Napoli, 1970, 147 ss.; ANDRIOLI V., *Incidenza della pronuncia di incostituzionalità della legge sul giudizio amministrativo pendente*, in *Dem. dir.*, 1962, 105; MODUGNO F., *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del potere esecutivo*, in *Giur. cost.*, 1963, 1724 ss.; ROMANO A., *Pronuncia di illegittimità costituzionale di una legge e motivo di ricorso giurisdizionale*

3. L'incidenza della tesi della separazione sul provvedimento amministrativo anticomunitario: la tesi della nullità

Come sopra rilevato, la tesi dualista esclude che le norme comunitarie possano entrare a far parte del sistema giuridico nazionale. Il diritto comunitario costituisce, secondo l'impostazione in esame, un complesso di norme la cui efficacia ed il cui valore si ripercuotono soltanto in ambito comunitario ed incidono sui rapporti tra gli Stati membri, ma non possono costituire diritti o doveri in capo ai cittadini o agli organi amministrativi che agiscono all'interno degli Stati medesimi.

La tesi prospettata comporta immediate conseguenze sia sul piano normativo che sul piano strettamente esecutivo ed amministrativo.

Sotto il primo profilo, si è visto come il pensiero della Corte Costituzionale in ordine al rapporto tra norma comunitaria e norme interna contrastante, recentemente allineatosi alla soluzione proposta dalla Corte di Giustizia, fosse in origine proteso a considerare la norma interna solo passibile di un sindacato di legittimità costituzionale per contrasto con l'articolo 11 della Costituzione. Si è sopra rilevato (v. Parte I, par. 2.1), in particolare, che solo a partire dalla recente sentenza "Granital" del 1984 il Giudice Costituzionale ha affermato la disapplicabilità della norma interna contrastante con il diritto comunitario. L'impostazione precedente,

amministrativo, in *Foro amm.*, 1964, 139 ss.; ONIDA V., *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, 1967, 209 ss.; ID., *Conseguenze processuali della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge attributiva di potestà alla Pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 1966, I, 1025 ss.; CERVATI A., *Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità delle leggi sull'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 1963, 1214 ss.; ESPOSITO C., *Inesistenza o illegittima inesistenza di uffici ed atti amministrativi per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme organizzatorie?*, in *Giur. cost.*, 1960, 330 ss.; FENUCCI F., *Giudicato implicito ed impliciti effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi sugli atti amministrativi*, in *Giur. cost.*, 1981, 1990 ss.; BORZELLINO G., *Illegittimità costituzionale di norme e validità di atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1962, 13 ss.; PEREZ R., *I vizi dell'atto amministrativo conseguenti alla pronuncia di incostituzionalità delle leggi*, in *Foro it.*, 1964, III, 364 ss.; ANELLI C., *Riflessi sul processo amministrativo della dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1967, 358 ss.; SANDULLI A.M., *Illegittimità delle leggi e rapporti giuridici*, in *Stato sociale*, 1966, 107 ss. E' stata, invece, disattesa, in sede pretoria, la tesi dell'inesistenza: cfr.: Consiglio di Stato, 1 marzo 2001, n. 1153, in *Consiglio di Stato*, 2001, I, 524 ss.; T.a.r. Lazio, 22 ottobre 1997, n. 1591, in *Foro amm.*, 1998, 1859 ss.; Consiglio di Stato, sez. VI, 21 gennaio 1993, n. 62 in *Consiglio di Stato*, 1993, I, 92; T.a.r. Lazio, 9 giugno 1980, n. 583, in *Trib. amm. reg.*, 1980, I, 2308 ss.; Consiglio di Giustizia amministrativa, 30 novembre 1977, n. 193, in *Consiglio di Stato*, 1977, 1766 ss.; Consiglio di Stato, sez. VI, 5 giugno 1970, n. 496, in *Giur. it.*, 1970, 48 ss.; Id., sez. IV, 29 settembre 1966, n. 630, in *Cons. St.*, 1966, I, 143 ss.

espressa dalla sentenza “*Frontini*”, si fondava, invece, sulla diversa considerazione secondo cui il coordinamento tra l’ordinamento giuridico nazionale e quello comunitario, predicabile in forza del disposto dell’articolo 11 della Costituzione in virtù del quale lo Stato ha accettato delle limitazioni di sovranità seppur unicamente per il perseguimento delle finalità ivi indicate, comportava non solo che le norme di diritto comunitario che intervenivano sulle materie che lo Stato stesso aveva deciso di affidare alla competenza legislativa comunitaria non abbisognavano di leggi di recepimento interne che potessero differirne o condizionarne l’entrata in vigore in spregio all’esigenza di certezza e uguaglianza dell’applicazione del diritto comunitario, ma anche che sulle materie contemplate nel Trattato, al legislatore comunitario andava riconosciuta una competenza legislativa esclusiva che eliminava la possibilità di qualunque tipo di intervento da parte del legislatore nazionale. Con la conseguenza che il giudice nazionale che rilevasse il contrasto della norma nazionale con quella comunitaria aveva l’obbligo di sottoporla al sindacato della Corte Costituzionale.

Sul piano strettamente amministrativo, si noti che applicando in maniera estremamente rigorosa la tesi dualista si finisce per negare alle norme comunitarie sia funzione attributiva di un potere amministrativo, sia funzione di regolamentazione del potere medesimo, con la conseguenza che sia il provvedimento amministrativo affetto da illegittimità comunitaria c.d. diretta, che il provvedimento amministrativo conforme ad una norma interna a sua volta contrastante con il diritto comunitario dovrebbero considerarsi perfettamente legittimi: il primo perché difforme da un paradigma normativo che non fa parte dell’ordinamento giuridico nazionale e non può, quindi, essere utilizzato per valutare la legittimità di un atto interno; il secondo perché conforme ad una norma interna, il cui contrasto con la disposizione comunitaria nessuna conseguenza determina sulla sua validità e vigenza nell’ordinamento giuridico nazionale. Avallando e portando alle sue estreme conseguenze la tesi della separazione tra ordinamento giuridico nazionale e comunitario si dovrebbe, dunque, riconoscere al provvedimento normativo difforme dalla norma comunitaria una resistenza senza limiti, con ineludibile sacrificio del principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno.

La posizione estrema da ultimo prospettata è stata, tuttavia, disattesa sia dalla Corte di Giustizia che, successivamente, dalla Corte Costituzionale, entrambe oggi concordi nell'affermare la necessità che la norma interna anticomunitaria venga disapplicata.

Orbene, aggiungendo alla tesi dualista che esclude l'operatività nell'ordinamento giuridico interno delle disposizioni comunitarie, il tassello della necessaria disapplicazione della norma interna anticomunitaria, deriva che mentre il provvedimento amministrativo confliggente direttamente con una norma di diritto comunitario va considerato legittimo, il provvedimento conforme ad una norma interna anticomunitaria va dichiarato nullo. Invero, disapplicando la norma incompatibile con il diritto comunitario, il provvedimento stesso perde qualunque aggancio normativo: non può essere valutato alla stregua della norma interna perché questa è stata disapplicata; non può essere valutato alla stregua della norma comunitaria perché questa appartiene ad un ordinamento che non spiega alcuna forza in ambito nazionale.

Si tratta della tesi sostenuta dal **T.a.r. Piemonte nella sentenza 8 febbraio 1989, n. 34**⁴⁴. Nel caso sottoposto al giudice di prime cure l'impresa ricorrente aveva impugnato il provvedimento di esclusione dalla procedura concorsuale che la stazione appaltante aveva emesso, ritenendo l'offerta formulata dall'impresa medesima anomala sulla base della normativa interna. Il Tribunale amministrativo, rilevata l'incompatibilità tra la disciplina del riconoscimento delle offerte anomale contenuta nell'articolo 17, comma 2 della l. 11 marzo 1988, n. 67 (l. finanziaria 1988) e l'articolo 29, n. 5, della direttiva del Consiglio n. 305/71/CEE⁴⁵,

⁴⁴ Sulla sentenza si vedano le osservazioni di BERNA A., in *Riv. giur. edil.*, 1989, 187 ss.; CARANTA R., *Inesistenza (o nullità) del provvedimento adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario?*, in *Giur. it.*, 1989, III, 149 ss.; MURRA R., *Contrasto tra norma nazionale e norma comunitaria: nullità degli atti amministrativi di applicazione della normativa comunitaria*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, 281; TORCHIA L., *Il giudice disapplica e il legislatore reitera: variazioni in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Foro It.*, 1990, III, 204 ss.; CAFAGNO G., *L'invalidità degli atti amministrativi emessi in forza di legge contraria a direttiva CEE immediatamente applicabile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1990, 359 ss.

⁴⁵ L'anomalia andava rilevata, secondo la disposizione nazionale, rapportando l'offerta formulata alle altre offerte e non alla prestazione da eseguire, come invece richiesto dalla normativa comunitaria; inoltre, l'articolo 17 citato richiedeva l'utilizzo di criteri matematici che non consentivano di avviare il contraddittorio richiesto dalla normativa comunitaria citata

ha disapplicato la disposizione interna e dichiarato il provvedimento di esclusione dalla gara “nullo” per assenza di qualunque parametro normativo di valutazione della legittimità del medesimo:

“L’esistenza della norma costituisce il presupposto necessario ed ineliminabile dell’atto amministrativo che pretende di farne applicazione ... Se la norma che l’Amministrazione pretende di applicare non esiste o per qualunque motivo non produce effetti all’interno dell’ordinamento nel quale è destinata ad operare la pronuncia giurisdizionale, il giudice non può che accertare l’inesistenza del necessario parametro per la valutazione della legalità dell’azione amministrativa e, siccome non esiste attività amministrativa legibus soluta, egli non può che dare atto della radicale nullità dell’atto medesimo”⁴⁶.

La tesi della nullità è stata avallata anche da una parte, seppur minoritaria, della dottrina⁴⁷ che ha rilevato come la nullità del provvedimento anticomunitario consegua all’inidoneità della norma comunitaria a fungere da parametro di legalità dell’atto amministrativo, sicché *“l’antinomia tra l’atto amministrativo e la norma comunitaria, nella ricostruzione in esame, non viene in alcun rilievo: il parametro di validità dell’atto è tutto nazionale, essendo la carenza della base giuridica a viziare il provvedimento. La causa dell’illegittimità dell’atto dell’amministrazione non risiede nella sua difformità da un paradigma normativo (nazionale o comunitario), bensì, di converso, nella carenza assoluta di autorizzazione legislativa ai fini della sua adozione. Il vizio deducibile è non la violazione del diritto, ma, appunto, la carenza*

⁴⁶ Ha rilevato la dottrina: “... oltre a disapplicare la norma interna, il Tribunale non indicava norma applicabile al caso di specie e che dovrebbe fungere da parametro di legittimità dell’attività amministrativa: non potendo inserirsi la norma comunitaria, gli atti amministrativi risultano inevitabilmente fondati su un titolo inesistente. Il giudice era però tenuto ad indicare la norma applicabile al caso di specie: una volta riconosciuto che l’antinomia fra le due norme poteva essere rimossa solo disapplicando una di esse, esso avrebbe dovuto applicare l’altra, un’esigenza rispetto alla quale ogni considerazione implicita sui rapporti ordinamentali ci sembra sicuramente recessiva” (MUSONE R., *Il regime di invalidità dell’atto amministrativo anticomunitario*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, 201. V. anche CHIOLA G., *L’ordinamento comunitario e l’attività della pubblica amministrazione in Italia*, Aracne, 2007, 88 ss.).

⁴⁷ In termini: FORLATI PICCHIO L., La neutralizzazione degli effetti di atti amministrativi contrari al diritto comunitario, in *Dir. com. sc. int.*, 1978, 199 ss.; MANFRELOTTO M., Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell’integrazione europea, Torino, 2004, 227.

assoluta di potere, perché l'inapplicabilità delle norme legislative incide a monte del provvedimento, sui suoi elementi costitutivi"⁴⁸. Anche dopo l'introduzione dell'articolo 21 septies nella legge n. 241/1990 che ha reso tassative le cause di nullità dei provvedimenti amministrativi, la dottrina in esame ha continuato a rinvenire nell'atto anticomunitario un vizio di nullità per mancanza di un elemento essenziale, ove la norma violata sia espressione di un "principio comunitario"⁴⁹.

Si tratta di una tesi che, tuttavia, è oggi stata ampiamente superata in sede pretoria. La giurisprudenza che non concorda con la tesi in esame adduce, quale unico e dirimente motivo di inaccogliibilità dell'assunto proposto, la circostanza che l'entrata in vigore dell'art. 21 septies della legge n. 241/1990, introdotto dalla legge n. 15/2005, ha codificato le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo che costituiscono, quindi, un numero chiuso e all'interno delle quali non rientra il vizio consistente nella violazione del diritto comunitario. In termini, di recente, **Consiglio di Stato, sez. VI, 15 febbraio 2012, n. 750**:

⁴⁸ MANFRELOTTI M., op. cit., 228-229.

⁴⁹ ARLOTTA A., *Ius superveniens di fonte comunitaria e patologia del provvedimento amministrativo. Rapporti tra ius superveniens e provvedimento amministrativo*, in <http://www.lapraticaforense.it>. Si noti, peraltro, che la conseguenza, sul piano pratico, della nullità del provvedimento amministrativo anticomunitario è la sua disapplicazione. Anche se, in tal caso, ha osservato la dottrina, il termine "disapplicazione" va usato in modo "atecnico" per "designare ogni situazione nella quale si riscontra che nessuna modificazione giuridica è stata prodotta da un atto amministrativo". In tale ipotesi "il provvedimento è privo di effetti e, pertanto dovrà essere considerato tamquam non esset e non disapplicato in senso tecnico in quanto tale istituto presuppone un atto efficace pur se invalido" ARLOTTA, op. cit. Peraltro, si è osservato, la differenza tra nullità e disapplicabilità del provvedimento amministrativo è più di forma che di sostanza in quanto entrambe determinano l'insuscettibilità dell'atto di divenire inoppugnabile e la rilevabilità d'ufficio del vizio. L'unica differenza riguarda il giudice competente a pronunciarsi: il provvedimento disapplicabile conserva la sua imperatività ed efficacia finché, appunto, non viene disapplicato dal giudice, con la conseguenza che competente a pronunciarsi sulla sua legittimità resta il giudice amministrativo. Il provvedimento nullo va, invece, impugnato, tramite apposita azione di accertamento, dinanzi al giudice ordinario. In termini: ANTONIOLI M., *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 1362 ss.; CARANTA R., *Giustizia amministrativa e diritto comunitario. Studio sull'influsso dell'integrazione giuridica europea sulla tutela giurisdizionale dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli 1992; BARTOLINI A., *L'interesse legittimo nel diritto europeo e comparato*, in CAVALLO B. (a cura di), *Diritti e interessi nel sistema amministrativo del terzo millennio*, Torino, 2002, 13 ss.

“.... infondata è la doglianza di nullità della determinazione dirigenziale per violazione dei principi comunitari. La violazione del diritto comunitario implica solo un vizio di legittimità, con conseguente annullabilità dell'atto amministrativo. L'art. 21-septies L. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15, ha posto un numero chiuso di ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo e non vi rientra la violazione del diritto comunitario”⁵⁰.

Anche la dottrina maggioritaria avversa la tesi in esame. Anzitutto, si osserva, se il provvedimento fosse nullo, la relativa controversia dovrebbe essere devoluta al giudice ordinario. Non potrebbe, dunque, accogliersi la soluzione cui perviene il T.a.r. Piemonte nella sentenza n. 34 del 1989 che afferma il potere del

⁵⁰ Conformi: Consiglio di Stato, sez. VI, 22 novembre 2006, n. 6831: “... la Sezione ha già affermato che il principio del consolidamento dei provvedimenti non impugnati e della non doverosità dell'attivazione del procedimento di autotutela non viene derogato quando il vizio dedotto è costituito dalla violazione del diritto comunitario. Anche nell'ordinamento comunitario la sola illegittimità dell'atto non è elemento sufficiente per giustificare la sua rimozione in via amministrativa, in quanto è necessaria una attenta ponderazione degli altri interessi coinvolti, tra cui quello del destinatario che ha fatto affidamento sul provvedimento illegittimo. Né si può sostenere che il provvedimento adottato in violazione del diritto comunitario sia nullo, in quanto l'entrata in vigore dell'art. 21 septies della legge n. 241/1990, introdotto dalla legge n. 15/2005, ha codificato le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, che costituiscono quindi un numero chiuso e all'interno delle quali non rientra il vizio consistente nella violazione del diritto comunitario”; Consiglio di Stato, sez. VI, 31 marzo 2011, 1983: ““L'art. 21septies l. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, ha codificato in numero chiuso le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, e non vi rientra la violazione del diritto comunitario”; Consiglio di Stato, sez. VI, 3 marzo 2006, n. 1023: “Il provvedimento amministrativo adottato in violazione delle disposizioni comunitarie non è affetto da nullità, in quanto tale ipotesi non rientra tra i casi disciplinati dall'art. 21 septies legge n. 241/1990, che costituiscono un numero chiuso”; Consiglio di Stato, 31 maggio 2008, n. 2623: “ ... la giurisprudenza ha pacificamente escluso che il vizio del contrasto con il diritto comunitario possa essere qualificato in termini di nullità, precisando che l'entrata in vigore dell'art. 21-septies della legge n. 241/1990, introdotto dalla legge n. 15/2005, ha codificato le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, che costituiscono quindi un numero chiuso e all'interno delle quali non rientra il vizio consistente nella violazione del diritto comunitario ; Consiglio di Stato, sez. IV, 20 maggio 2005, n. 2566: “... sulla controversa questione della disapplicabilità degli atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario, questo Consiglio di Stato (V Sez., 10 gennaio 2003, n. 35) si è recentemente già espresso in senso negativo, sul rilievo, condivisibile, che la violazione della disposizione comunitaria implica un vizio di illegittimità dell'atto interno (e non di nullità dello stesso), il quale comporta, alla stregua degli ordinari canoni di valutazione della patologia dell'atto amministrativo, l'annullabilità di quest'ultimo, che può conseguirsi solo attraverso la sua impugnazione dinanzi al giudice amministrativo ovvero attraverso l'esercizio degli ordinari poteri di autotutela, onde in assenza dell'adozione di tali strumenti, l'atto medesimo non può essere considerato tamquam non esset ed esplica, quindi, i suoi effetti, salva, eventualmente, la responsabilità di chi lo abbia posto in essere”; Consiglio di Stato, sez. V, 2° marzo 2006, n. 1453: “la giurisprudenza amministrativa si è già pronunciata nel senso che la complessa questione della disapplicabilità di atti amministrativi nazionali contrastanti con il diritto comunitario va risolta in senso negativo, e cioè negando, come per il caso di violazione di norme dell'ordinamento interno, il relativo potere del giudice amministrativo (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35)”.

giudice amministrativo di stabilire la nullità del provvedimento impugnato con una sentenza di accertamento nella giurisdizione generale di legittimità, stante il carattere demolitorio e caducatorio del processo amministrativo⁵¹. La tesi accolta dalla citata sentenza, inoltre, è solo apparentemente idonea ad applicare il diritto comunitario: il giudice “disapplica” il provvedimento ma non interviene sulla norma nazionale confliggente che continua a produrre i suoi effetti⁵². Dunque, essa “*produce il paradossale risultato per cui la situazione di incompatibilità verrebbe addirittura confermata, dal momento che la dichiarazione di inesistenza dell’atto non toccherebbe in alcun modo la norma nazionale confliggente*”⁵³. Infine, si aggiunge, contro la tesi della nullità depone la circostanza che:

*“nei diritti nazionali dei diversi Stati membri un atto amministrativo, anche se irregolare, gode, in diritto comunitario d’una presunzione di validità, sino a quando non sia stato annullato o ritualmente revocato dall’istituzione da cui emana. Qualificare un atto come inesistente consente di constatare, al di fuori dei termini di impugnazione, che tale atto non ha prodotto alcun effetto giuridico. Per manifesti motivi di certezza del diritto, questa qualificazione deve, quindi, essere riservata in diritto comunitario, come lo è nei diritti nazionali che la prevedono, agli atti inficiati da vizi particolarmente gravi ed evidenti”*⁵⁴.

⁵¹ Cfr. ANTONIOLI M., *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, in Riv.it.dir. pubbl.com., 1999, 1362 ss.; DE CAROLIS D., op.cit., 1034 ss.; DICKMANN R., *Osservazioni sul regime dell’attività amministrativa statale di attuazione ed applicazione delle norme comunitarie alla luce della sentenza della Corte Costituzionale 168 del 1991*, in Dir. soc., 1992, 549 ss.; GIOVAGNOLI R., *Atto amministrativo e legge incostituzionale: i profili sostanziali e processuali*, in Urb. app., 2002, 226 ss.; ID., *L’atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario*, cit., 1636 ss.; MURRA R., *Contrasto tra norma nazionale e norma comunitaria: nullità assoluta degli atti amministrativi di applicazione della norma nazionale?*, in Dir. proc. amm., 1990, 284 ss.; VIPIANA PERPETUA P.M., *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, 448.

⁵² Cfr.: DE CAROLIS D., op. cit., 1033; GIOVAGNOLI R., *L’atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell’autotutela decisoria*, in Giust. Amm., 2004, 905; GIOVAGNOLI R. e FRATINI M., op. cit., 138; RAGAZZO M., *L’autotutela amministrativa. Principi operativi e ambiti applicativi*, Milano, 2006; ROLLI R., *La disapplicazione giurisdizionale dell’atto amministrativo: tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Roma, 2005; SUSCA A., op. cit., 491.

⁵³ TIZZANO A., *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell’Unione europea*, in Foro it., 1995, IV, 13 ss.

⁵⁴ Corte di Giustizia, 26 febbraio 1987, causa C-15/85, punto 10. Sul punto, cfr. FALCON G., *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1991, 351 ss.; GRECO G., *Incidenza*, cit, 565.

4. Gli approdi della tesi monista: l'annullabilità del provvedimento amministrativo anticomunitario

A diverse conclusioni conduce la tesi, da sempre sostenuta dalla Corte di Giustizia, che considera l'ordinamento giuridico nazionale e quello comunitario come facenti parte di un sistema giuridico unitario in cui le norme interne e quelle comunitarie si trovano tra di loro in rapporto gerarchico.

Siffatta impostazione consente, infatti, di dare ingresso, nell'ordinamento giuridico interno, alle disposizioni normative enucleate in sede comunitaria e a renderle, dunque, idonee a fungere da parametro di legittimità dei provvedimenti amministrativi emanati dagli organi nazionali, con la conseguenza che, come rilevato in sede pretoria, sia il provvedimento amministrativo contrastante con una disposizione comunitaria direttamente applicabile, sia l'atto conforme ad una norma interna, a sua volta in contrasto con il diritto comunitario, sono illegittimi e, dunque, annullabili se impugnati entro l'ordinario termine di decadenza.

In particolare, il provvedimento amministrativo che viola direttamente con il suo contenuto il diritto comunitario è illegittimo per violazione di legge al pari di un provvedimento nazionale in contrasto con una norma di legge nazionale. Nell'ipotesi in cui, invece, il provvedimento amministrativo interno sia stato emanato in forza di una disposizione legislativa nazionale contrastante con il diritto comunitario, il giudice amministrativo disapplica la disposizione difforme dalla norma comunitaria, dichiara il provvedimento illegittimo e lo annulla. Siffatta impostazione si pone in perfetta sintonia con il modello impugnatorio del processo amministrativo, con il principio della inoppugnabilità dei provvedimenti non tempestivamente impugnati nonché con il principio dispositivo che domina anche nel processo amministrativo e che impone al ricorrente di provare in giudizio l'illegittimità del provvedimento in contrasto con il diritto comunitario⁵⁵.

⁵⁵ In termini: CERULLI IRELLI V., *Introduzione*, in AA.VV., (a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005; GRECO G., *Profili di diritto pubblico italiano-comunitario*, in *Argomenti di diritto pubblico italiano-comunitario*, Milano, 1989; ID., *Fonti comunitarie e atti amministrativi italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 36 ss.; ID., *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in M.P. CHITI e G. GRECO (eds.), *Trattato di diritto*

Altra parte della giurisprudenza, pur confermando l'annullabilità del provvedimento amministrativo nazionale direttamente contrastante con il diritto comunitario propone una diversa soluzione al problema. Ritiene questo diverso indirizzo pretorio che la patologia di cui è affetto il provvedimento amministrativo è diversa a seconda che la norma interna contraria al diritto comunitario fondi o disciplini l'esercizio del potere dell'organo amministrativo autore del provvedimento: se il giudice disapplica la norma interna attributiva del potere, dichiara il provvedimento nullo perché emanato in carenza di potere⁵⁶; di contro, se il giudice disapplica la norma nazionale che disciplina soltanto il potere dell'organo amministrativo che ha emanato l'atto, il giudice dovrà dichiarare il provvedimento

amministrativo europeo. Parte generale, Milano, 1997; ID., *Argomenti di diritto pubblico italo-comunitario*, Milano, 1989, 65; MURRA R., *Contrasto tra norma nazionale e norma comunitaria: nullità assoluta degli atti amministrativi di applicazione della norma nazionale?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, 281; SCIFONI F., *La tutela giurisdizionale nell'ordinamento interno dei diritti soggettivi di origine comunitaria*, in *Doc. giust.*, 1995, 1529; VALAGUZZA S., *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l'incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1112 ss.; VILLATA R., *L'atto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca, II, Bologna, 1998, 767 ss. Riconoscono, in generale, il regime di annullabilità: CASSESE S., SAVINO M., *I caratteri del diritto amministrativo europeo*, in: *della Cananea G (ed) Diritto amministrativo europeo: principi e istituti, Corso di diritto amministrativo*, V, Milano, 2006, 169 ss.; CUGURRA G., *Direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 357 ss.; MARZONA N., *Pubblica amministrazione e integrazione diritto interno – diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 439 ss.; PONTE D., *Invalidità del provvedimento e riparto di giurisdizione alla luce della legge n. 15/2005*, Milano, 2006, 75 ss.; TASSONE S., *Ancora sui rapporti fra diritto interno e diritto comunitario in materia di appalti pubblici: direttive immediatamente applicabili e obbligo dell'amministrazione di disapplicare le norme nazionali con esse contrastanti*, in *Riv. int. dir. pubbl. com.*, 1992, 554 ss.;

⁵⁶ Parte della dottrina esclude che l'atto conforme ad una norma interna attributiva del potere, contrastante con il diritto comunitario possa essere considerato nullo per l'asimmetria che in questo modo si genera con la diversa ipotesi in cui l'atto sia emanato sulla base di una norma attributiva incostituzionale, nel cui caso la giurisprudenza amministrativa ritiene operativo il regime dell'annullabilità. Inoltre, si osserva, la nullità rischia di minare il principio di affidamento ed il principio di certezza delle situazioni giuridiche pubbliche, visto che gli atti sarebbero (precarì ed) eliminabili in qualsiasi momento, anche a distanza di molti anni dall'adozione. Inoltre, si osserva, la giurisprudenza avrebbe dovuto qualificare l'atto non nullo, ma inesistente per "difetto assoluto d'attribuzione", ritenendo che con la norma attributiva disapplicata venga meno il presupposto del potere (PIGNATELLI N., *I provvedimenti amministrativi anti-comunitari, profili sostanziali e processuali*, in *La Rivista Nel diritto*, 2009, 6, 885; ASCARELLI T., *Inesistenza e nullità*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, 227 ss. Sulla categoria della inesistenza cfr.: CARANTA R., *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990). Sull'argomento cfr. anche CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, cit., 477, il quale afferma anche che «quanto affermato dal Consiglio di Stato potrà dunque valere solo nel caso, assai teorico, di un atto normativo italiano che senza potere si inserisca scorrettamente nel sistema comunitario in una parte priva di disciplina di tale fonte». In senso critico, anche se in una diversa prospettiva, cfr. G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario*, cit., 940 ss., il quale tra l'altro ridimensiona questa problematica, affermando che «si tratta, invero, di casi rari, perché capita di rado che la normativa comunitaria si sovrapponga del tutto a quella nazionale sulla attribuzione del potere amministrativo».

annullato⁵⁷.

La riferita ricostruzione (che pone, evidentemente, come presupposto la tesi dell'integrazione tra i due ordinamenti, in quanto per entrambi i casi la norma comunitaria si pone come diretto parametro di legalità dell'atto amministrativo), è stata proposta dal Consiglio di Stato, per la prima volta, nella sentenza della sez. V, 10

⁵⁷ La dottrina che esclude la possibilità di operare tale distinzione osserva, anzitutto, che la suddetta impostazione finisce per essere ingiustificatamente discriminatoria in quanto non sussistono differenze sostanziali tra le situazioni disciplinate da norme anticomunitarie attributive o regolative del potere di emanazione dell'atto. Sia il provvedimento che contrasta con una norma nazionale attributiva del potere che quello che contrasta con una norma soltanto regolativa del potere stesso, vanno considerati annullabili in quanto entrambi difformi dal medesimo parametro costituito dalla norma comunitaria. Il provvedimento amministrativo in contrasto con una norma nazionale attributiva del potere potrebbe essere considerato nullo soltanto ove non vi fosse nemmeno una norma comunitaria che disciplini quella fattispecie, norma che invece esiste ed impone la disapplicazione della norma nazionale con essa contrastante: MUSONE R., *Il regime di invalidità* cit., 236; VALAGUZZA S., *Sulla impossibilità di disapplicare*, cit., 1117; VILLATA R., *L'atto amministrativo*, cit., 826; VILLATA R. e RAMAJOLI M., op. cit., 404; VILLATA R., *Osservazioni in tema di incidenza*, cit., 858. L'assunto, inoltre, sembra confermato dalle modifiche alla legge n. 241/1990 apportate dalla legge n. 15/2005 che non ha ricompreso tra le ipotesi tassative di nullità del provvedimento amministrativo calendate nell'articolo 21 septies, quella della contrarietà ad una norma attributiva del potere anticomunitaria: SPASIANO M.R., *Articolo 21 – septies, Nullità del provvedimento*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 551 ss.; PONTE D., *Invalidità del provvedimento* cit., 75; GIOVAGNOLI R., *Il candidato descriva la varie tesi*, cit., 251. Infine, si osserva, la tesi della nullità del provvedimento conforme ad una norma anticomunitaria attributiva del potere determinerebbe una ingiusta differenza di regime tra atto amministrativo applicativo di nome di legge anticomunitarie e atto applicativo di norme anticostituzionali, pacificamente considerato annullabile. Anche a voler aderire alla tesi monista della integrazione tra ordinamento giuridico comunitario e ordinamento giuridico nazionale, invero, dovrebbe ritenersi che norma di legge anticomunitaria e norma di legge anticostituzionale dovrebbe essere affette dalla stessa patologia e ad unicità di patologia deve corrispondere unicità del regime di invalidità dell'atto amministrativo applicativo dell'una o dell'altra. Su quest'ultima argomentazione cfr: CARANTA R., *Giustizia amministrativa e diritto comunitario. Studio sull'influsso dell'integrazione giuridica europea sulla tutela giurisdizionale dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 1992, 365-366; ID., *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, 1990, Milano, 331 ss.; CERULLI IRELLI V., *Introduzione*, cit., 33; GRECO G., *Profili*, cit., 27 ss; ID., *Fonti*, cit., 38; ID., *Incidenza*, cit., 561; ID., *Argomenti*, cit., 64-65; LEONE C., *Disapplicabilità dell'atto amministrativo in contrasto con la disciplina comunitaria? Finalmente una parola chiara da parte della Corte di Giustizia*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2003, 898 ss.; MARZONA N., *Pubblica amministrazione e integrazione diritto interno – diritto comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. comm., 1991, 435; PONTE D., *Invalidità del provvedimento*, cit., 76. In termini anche Consiglio di Stato, sez. I, 2 aprile, 1997, n. 32: "allorchè vi è una pronuncia della Corte di giustizia si determina, tuttavia, una situazione che può essere considerata, sotto il profilo sistematico, alla stessa stregua di quella scaturente dalla pronuncia di incostituzionalità delle leggi ordinarie da parte della Corte Costituzionale. In entrambi i casi...la fonte legislativa interna cessa di costituire valido titolo per l'adozione di provvedimenti amministrativi ad essa conformi, ovvero serve a sancire in via definitiva l'illegittimità di quelli precedentemente adottati. In altri termini, l'atto o provvedimento amministrativo che costituisce emanazione del potere conferito all'autorità emanante dalla legge contraria alla normativa comunitaria o ai principi costituzionali è illegittimo ab origine".

gennaio 2003, n. 35⁵⁸ nella quale il Collegio ha rilevato:

“Va preliminarmente chiarito che l'indagine appresso svolta risulta circoscritta all'ipotesi, esclusivamente rilevante ai fini della decisione, della disapplicabilità dell'atto amministrativo adottato in violazione di una disposizione di diritto interno di derivazione comunitaria, con esclusione, quindi, della disamina della diversa questione del regime del provvedimento adottato in conformità ad una legge nazionale incompatibile con la fonte comunitaria.

6.2- La soluzione del problema appena illustrato postula la preliminare definizione della natura dell'invalidità (decisiva per i suoi riflessi processuali) dalla quale risulta affetto l'atto amministrativo anticomunitario, con l'avvertenza che la violazione di una disposizione nazionale di derivazione comunitaria equivale, ai fini che qui interessano, all'inosservanza di norme comunitarie direttamente applicabili nell'ordinamento interno. Non può, anzitutto, dubitarsi che la disposizione comunitaria violata si ponga, soprattutto nel caso in cui risulti tradotta in una norma nazionale, come diretto parametro di legalità dell'atto amministrativo, anche tenuto conto del rapporto di integrazione tra i due ordinamenti (per come definito dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee), da giudicarsi preferibile rispetto a quello della loro separatezza ed autonomia (per come descritto dalla Corte Costituzionale).

Appare, allora, agevole rilevare che la violazione della disposizione comunitaria implica un vizio di illegittimità-annullabilità dell'atto interno contrastante con il relativo paradigma di validità e che la diversa forma patologica della nullità (o dell'inesistenza) risulta configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale è stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere nel cui esercizio è stato adottato l'atto) incompatibile (e, quindi, disapplicabile) con il diritto comunitario.

⁵⁸ Prima della sentenza 10 gennaio 2003, n. 35 la giurisprudenza applicava ai provvedimenti amministrativi anticomunitari “quasi senza avvertirlo” il regime dell’annullabilità, “mancando speciali previsioni al riguardo”: GRECO G., *Incidenza*, op. cit., 2007, 936.

Al di fuori del caso da ultimo descritto, quindi, l'inosservanza di una disposizione comunitaria direttamente applicabile comporta, alla stregua degli ordinari canoni di valutazione della patologia dell'atto amministrativo, l'annullabilità del provvedimento viziato nonché, sul piano processuale, l'onere della sua impugnazione dinanzi al Giudice Amministrativo entro il prescritto termine di decadenza, pena la sua inoppugnabilità”.

Le affermazioni della V sezione non furono confermate dalla successiva sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 29 gennaio 2003, n. 1 che, chiamata a stabilire se le clausole dei bandi di gara o di concorso o delle lettere d'invito dovessero essere disapplicate dal giudice in caso di contrasto con il diritto comunitario, ha ritenuto la questione sottopostale del tutto irrilevante ai fini della definizione della controversia, stante la tempestiva impugnazione, nel caso di specie, del bando di gara⁵⁹.

Si tratta, tuttavia, della tesi oggi prevalente nella giurisprudenza amministrativa⁶⁰ che ha, di recente ribadito:

⁵⁹ La dottrina ha osservato che la pronuncia sommaria ed elusiva della Plenaria sia stata intenzionalmente volta ad evitare uno scontro frontale con la Corte di Giustizia: l'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato (6 maggio 2002, n. 2406), infatti, era stata emessa mentre era ancora in corso la procedura di rinvio pregiudiziale all'origine della sentenza *Santex*, per cui è stato ritenuto probabile che essa non abbia voluto volontariamente affrontare la questione sottopostale adducendo l'esimente formale dell'impugnazione tempestiva. In termini: CHITI M. P., *L'invalidità del atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. amm.*, 2003, 687 ss.; CARINGELLA F., GAROFOLI R., *Giurisprudenza amministrativa 2005. Guida ragionata per la prova scritta dell'esame di avvocato e uditore giudiziario*, Milano, 2006.

⁶⁰ Cfr. DE CAROLIS D., *L'annullabilità del provvedimento amministrativo*, in F. CARINGELLA – DE CAROLIS D. – G. DE MARZO (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005, II, 1033; FARES G., *L'invalidità del provvedimento amministrativo nella riforma legislativa in itinere*, in *St. iuris*, 2005, 141 ss.; 145, nt 22; GRECO G., *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in CHITI - GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, 937 ss; GIOVAGNOLI R., *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, in *Giust. amm.*, 2004, 905; MONTEDORO G. e GENTILI C., *L'azione di annullamento*, in F. CARINGELLA – R. GAROFOLI – G. MONTEDORO (a cura di), *Le tecniche di tutela nel processo amministrativo*, Milano, 2006, 12 ss.; PONTE D., *Invalidità del provvedimento e riparto di giurisdizione alla luce della legge n. 15/2005*, Milano, 2006, 57; VALAGUZZA S., *Sull'impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto con il diritto europeo: l'incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1112 ss.; VILLATA R. e RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 399.

“... tal principio non vien meno sol perché l'appellante afferma la nullità degli affidamenti diretti dei servizi di rimorchio e di prontezza operativa alla controinteressata per violazione delle norme comunitarie sulle gare. Tal vicenda ridonda per vero in un caso d'illegittimità delle ordinanze stesse, le quali, però e come s'è visto, sono ormai consolidate anche in capo all'appellante, appunto per l'omessa loro tempestiva impugnazione. Erra inoltre, in questo caso, l'appellante a configurare la nullità di queste ultime, posto che nulle sarebbero se fossero state emanate in base ad una norma interna incompatibile con il diritto comunitario (e, quindi, essa si disapplicabile da questo Giudice: cfr., così, Cons. St., V, 19 maggio 2009 n. 3072). Da ciò discende la correttezza della decisione del Giudice di prime cure che, ben governando le regole sulla tardività del ricorso introduttivo, ne ha non solo dichiarato l'inammissibilità, ma soprattutto non ne ha esaminato, per l'insuperabile preclusione così determinatasi, le doglianze di merito ivi indicate” (Cons. Giust. Amm. Sic., 12 marzo 2012, n. 290)⁶¹.

⁶¹ Conformi: Consiglio di Stato, sez. IV, 19 maggio 2009, n. 3072: *“Sul punto la sezione non intende discostarsi dagli approdi ermeneutici cui è giunta la giurisprudenza di questo Consiglio ... secondo la quale la violazione del diritto comunitario implica un vizio di illegittimità - annullabilità dell'atto amministrativo con esso contrastante, mentre la nullità (o l'inesistenza) è configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere) incompatibile con il diritto comunitario (e quindi disapplicabile). Logici corollari di tale ricostruzione sono: a) sul piano processuale, l'onere dell'impugnazione del provvedimento contrastante con il diritto comunitario dinanzi al giudice amministrativo entro il prescritto termine di decadenza, pena la sua inoppugnabilità; b) l'obbligo per l'amministrazione di applicare l'atto illegittimo salvo il ricorso ai poteri di autotutela”*; Consiglio di Stato, sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579: *“L'appello è infondato e sono da rigettarsi tutte le richieste dell'appellante, anche relative alla rimessione alla Corte di Giustizia, per i principi sufficientemente consolidati sia in materia di natura del vizio - annullabilità sub specie di illegittimità, non già nullità - dell'atto amministrativo violativo del diritto comunitario, che di sussistenza dell'onere di immediata impugnazione (confermato anche dal diritto comunitario) delle clausole del bando di gara o di concorso, immediatamente preclusive nei confronti di determinati soggetti. E' principio acquisito che la violazione di una disposizione comunitaria implica un vizio di illegittimità-annullabilità dell'atto amministrativo interno con essa contrastante, mentre la diversa forma patologica della nullità (o della inesistenza) risulta configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva di potere) incompatibile (e, quindi, disapplicabile) con il diritto comunitario. Pertanto, al di fuori del caso da ultimo descritto, la inosservanza di una disposizione comunitaria direttamente applicabile comporta l'annullabilità del provvedimento viziato, nonché, sul piano processuale, l'onere della sua impugnazione dinanzi al giudice amministrativo entro il prescritto termine di decadenza, pena la sua inoppugnabilità (in tal senso, C. Stato, V, 10.1.2003, n. 35). Allorquando l'atto amministrativo sia adottato in violazione di norme comunitarie (principio di non discriminazione, libertà di circolazione e dei lavoratori), senza che l'atto nazionale sia intermediato (e ne faccia applicazione) di norma nazionale contrastante, la normativa comunitaria rappresenta il parametro diretto di*

Anche in seno alla giurisprudenza di primo grado, è stato osservato:

“... Secondo l'orientamento tuttora prevalente nella giurisprudenza amministrativa, la violazione del diritto comunitario implica soltanto un vizio di legittimità, con conseguente annullabilità dell'atto amministrativo, in quanto l'art. 21-septies della L. n. 241 del 1990 ha codificato in numero chiuso le ipotesi di nullità del provvedimento, senza includervi la violazione del diritto comunitario, salva l'ipotesi in cui ad essere in contrasto con il precetto del diritto dell'unione europea sia la norma interna attributiva del potere” (TAR Puglia - Bari, sentenza 11 gennaio 2012, n. 102).

Dunque, il provvedimento di una Pubblica Amministrazione nazionale che si ponga in contrasto con la disciplina comunitaria di un determinato settore configura un'ipotesi di annullabilità dello stesso, e non di nullità, come accade, invece, nell'ipotesi che l'atto interno sia stato emesso in conformità ad una norma nazionale (attributiva del potere) che risulti incompatibile con il diritto comunitario, con il conseguente obbligo di disapplicazione⁶².

legittimità dell'atto nazionale. In caso di illegittimità dell'atto amministrativo, perché violativo del diritto comunitario, si prefigura la illegittimità, e non già la nullità, da fare valere entro il termine di decadenza con ricorso di annullamento dinanzi al giudice amministrativo”.

⁶² Della stessa opinione anche una parte della dottrina, invero prevalente, che, a sostegno della tesi in esame osserva, tra l'altro, come non possa asserirsi alcun parallelismo tra norma di legge anticomunitaria e norma di legge incostituzionale: la prima è valida, ma inefficace; la seconda, se non è ancora intervenuta la dichiarazione di incostituzionalità, è pienamente efficace e non disapplicabile. Dunque, la disapplicazione della norma attributiva del potere determina che il provvedimento è stato emanato *ab origine* in assenza di potere; al contrario, l'incostituzionalità, anche dopo l'accertamento ad opera della Corte Costituzionale, non pregiudica l'esistenza del potere nel momento in cui il provvedimento amministrativo è stato adottato. Inoltre, si osserva, la disapplicazione della norma di legge anticomunitaria è rimessa al giudice comune in funzione di garante dell'ordinamento comunitario, la disapplicazione della norma di legge anticonstituzionale è rimessa alla Corte Costituzionale. Sul punto cfr.: CAFAGNO M., *L'invalidità degli atti amministrativi emessi in forza di legge contraria a direttiva CEE immediatamente applicabile*, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 1992, 539 ss.; CARINGELLA, *Corso*, cit., 124 ss.; CASETTA E., *Manuale*, cit., 357; CENTRO L., *Riflessi del processo di ibridazione tra diritto interno e diritto comunitario sul provvedimento amministrativo e sul regime della sua impugnazione*, in Amm. it., 2000, 1409 ss; CHIOLA G., *Considerazioni sulla legalità comunitaria*, cit., 40-41;

Il Supremo Consesso amministrativo si è soffermato a chiarire un ulteriore aspetto della tesi dell'annullabilità del provvedimento amministrativo contrario ad una norma comunitaria. Ha sottolineato il Collegio che il suddetto regime di annullabilità comporta, da un lato, l'obbligo della Pubblica Amministrazione di portarlo ad esecuzione fino ad eventuale revoca del medesimo tramite atto di autotutela. In secondo luogo, l'inoppugnabilità del provvedimento, scaduto il termine di decadenza per impugnarlo:

In tal senso, **Consiglio di Stato, sez. VI, 31 marzo 2011, 1983:**

“Va rammentato infatti il consolidato orientamento per cui la violazione del diritto comunitario implica solo un vizio di legittimità, con conseguente annullabilità dell'atto amministrativo. L'art. 21septies l. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, ha codificato in numero chiuso le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, e non vi rientra la violazione del diritto comunitario (Cons. Stato, VI, 22 novembre 2006, n. 6831; 31 maggio 2008, n. 2623). Vero è che qui si tratta di norma sopravvenuta, ma il suo carattere è ricognitivo; e comunque la nullità è già da prima ritenuta configurabile nella sola ipotesi - che nella specie non sussiste - in cui il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna attributiva del potere che sia incompatibile con il diritto comunitario (Cons. Stato, V, 10 gennaio 2003, n. 35; IV, 21 febbraio 2005, n. 579; VI, 20 maggio 2005, n. 2566; V, 19 maggio 2009, n. 3072). Da tanto consegue: a) (sul piano processuale) l'onere dell'impugnazione del provvedimento contrastante con il diritto comunitario, dinanzi al giudice amministrativo entro il termine di decadenza,

ID., *L'ordinamento comunitario*, cit., 55; DE CAROLIS D., op., cit, 1039; FALCON G., *Alcune osservazioni*, cit, 79; GAROFOLI R., *L'annullamento di atto amministrativo contrastante con norme CE self-executing*, in *Urb. e App.*, 1997, 340; GIOVAGNOLI R., *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario*, cit. 907; LAUDANTE F., *Fonti comunitarie e attività amministrativa statale tra separazione e integrazione degli ordinamenti*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2005, n. 1, 229 ss.; MAZZELLA L., *La corretta attuazione del diritto comunitario e le sue conseguenze*, in *Consiglio di Stato*, 2005, 225 ss; MATTERELLA B.G., *Il provvedimento in S. CASSESE (a cura di), Trattato di diritto amministrativo, I, Diritto amministrativo generale, seconda edizione*, Milano, I, 2003, 797 ss.; MONTINARO D., *Gli atti amministrativi applicativi di norme dichiarate incostituzionali*, in <http://www.filodiritto.com>, 12 giugno 2003; PONTE D., *La nullità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2006; RAGAZZO M., *L'autotutela amministrativa*, op. cit., 288.

pena la inoppugnabilità; b) (sul piano sostanziale) l'obbligo per l'Amministrazione di dar corso all'applicazione dell'atto, salva l'autotutela (Cons. Stato, V, 8 settembre 2008, n. 4263)''.

Conforme, in primo grado:

“Da tanto consegue, sul piano processuale, l'onere per l'interessato di impugnare il provvedimento contrastante con il diritto comunitario dinanzi al giudice amministrativo, entro il termine di decadenza previsto dalla legge processuale interna, pena la inoppugnabilità dello stesso” (T.A.R. Puglia Bari, Sez. I, 11 gennaio 2012, n. 102).

5. La posizione della Corte di giustizia: il ritorno al sistema della disapplicazione normativa.

Un terzo orientamento pretorio⁶³, sostenuto dalla Corte di Giustizia, ritiene che sia che l'atto si consideri nullo, sia che si consideri annullabile, lo stesso va privato del requisito dell'esecutività da parte del giudice nazionale che ne rilevi il contrasto con la normativa comunitaria e ciò anche qualora il provvedimento stesso non sia stato impugnato nell'ordinario termine decadenziale.

Si è, in particolare, sostenuto che, anche prescindendo dalla definizione dogmatica del regime di invalidità dell'atto contrastante con la normativa europea e dalla distinzione delle posizioni individuali (nonché delle relative forme di tutela

⁶³ Sulla classificazione del provvedimento amministrativo anticomunitario cfr: BARTOLINI A., *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 286-287; DE CAROLIS D., *L'annullabilità del provvedimento amministrativo*, in F. CARINGELLA – D. DE CAROLIS – G. DE MARZO (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005, II, 1033 ss.; R. GIOVAGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, in *Giust. amm.*, 2004, 903 ss.; ID., *Il candidato descriva le varie tesi sul regime di invalidità dell'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario, operando un confronto con la problematica dell'atto amministrativo emanato in base ad una legge incostituzionale*, in R. CHIEPPA (a cura di), *Temi di diritto amministrativo. Prova scritta concorso uditore giudiziario e referendario Tar*, 2 edizione, Milano, 2006, 245 ss; R. GIOVAGNOLI e M. FRATTINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, II, *Invalidità e autotutela*, Milano, 2007, 139 ss.

processuale) tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, propria dell'ordinamento italiano e sconosciuta al diritto comunitario, la preminente esigenza di garantire l'attuazione di quest'ultimo e di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale di situazioni soggettive di matrice comunitaria debba essere soddisfatta riconoscendo al Giudice Amministrativo il potere di sindacare d'ufficio la legittimità dell'atto nazionale difforme dal diritto europeo e di sancire l'applicazione di quest'ultimo mediante la rimozione dei provvedimenti che la ostacolano (con un meccanismo doverosamente analogo, cioè, alla disapplicazione degli atti normativi nazionali incompatibili con l'ordinamento europeo).

L'orientamento della Corte di Lussemburgo sulla questione in esame va, tuttavia, precisato nei termini che seguono.

La prima pronuncia che è intervenuta sul profilo problematico in esame è la **sentenza Erich Ciola – Land Vorarlberg del 29 aprile 1999 C-224/97**. Nell'ordinanza di rimessione, il Tribunale austriaco aveva chiesto alla Corte di Giustizia di stabilire se dovesse essere disapplicato dal giudice amministrativo un divieto posto anteriormente all'adesione di uno Stato membro all'Unione europea non attraverso una norma generale ed astratta, ma attraverso un provvedimento amministrativo individuale e concreto divenuto definitivo ma lesivo del principio di libera prestazione di servizi. Con la sentenza *Simmenthal* del 9 marzo 1978, causa 106/77, la Corte di Giustizia aveva, infatti, stabilito la prevalenza del diritto comunitario sulle norme nazionali a carattere generale che, se contrastanti con una norma comunitaria andavano disapplicate in sede giurisdizionale. Il Tribunale chiedeva se la medesima soluzione si potesse applicare nei confronti di un provvedimento amministrativo individuale e concreto non conforme al diritto comunitario.

La soluzione offerta dal giudice *a quo* era sostanzialmente contraria a riconoscere in capo al giudice nazionale il potere – dovere di procedere alla disapplicazione del provvedimento amministrativo nazionale anticomunitario. Si rilevava, in particolare, come “ ... *affermare la preminenza del diritto comunitario nei confronti di un atto amministrativo esecutivo* ...” avrebbe potuto “... *rimettere in*

questione i principi della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento o dei diritti legittimamente acquisiti”.

A diversa conclusione perviene la Corte di Giustizia la quale, premessa l’affermata preminenza del diritto comunitario sul diritto nazionale incompatibile, che, come stabilito per la prima volta nella sentenza *Simmenthal*, comporta la disapplicazione della disposizione nazionale contrastante con il diritto comunitario, rileva come il principio di prevalenza suddetto sia stato meglio definito dalla giurisprudenza comunitaria successiva che ha stabilito, anzitutto, l’assoggettabilità al principio medesimo dell’attività di tutti gli organi dell’amministrazione nazionale, compresi gli enti territoriali, nei confronti dei quali i singoli possono far valere la disposizione comunitaria e pretendere la disapplicazione della norma nazionale interna con essa contrastante (sentenza 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo*, punto 32⁶⁴). Inoltre, il diritto comunitario prevale sia se il contrasto si instaura sul piano normativo, sia se lo stesso deriva dalla discrasia tra una disposizione comunitaria e un provvedimento amministrativo individuale e concreto (sentenza 7 luglio 1981, causa 158/80, *Rewe*, punto 43⁶⁵). In considerazione del peso e

⁶⁴ Si legge nella sentenza: “29 Si deve ricordare come, nelle sentenze 19 gennaio 1982 (*Becker*, causa 8/81, Racc . pag . 53, in particolare pag . 71) e 26 febbraio 1986 (*Marshall*, causa 152/84, Racc . pag . 737, in particolare pag . 748), la Corte abbia considerato che in tutti i casi in cui alcune disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, sia che questo non abbia recepito tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale sia che l’abbia recepita in modo inadeguato . 30 Va rilevato che il motivo per cui i singoli possono far valere le disposizioni di una direttiva dinanzi ai giudici nazionali ove sussistano i detti presupposti, è che gli obblighi derivanti da tali disposizioni valgono per tutte le autorità degli Stati membri . 31 Sarebbe peraltro contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva aventi i requisiti sopramenzionati, allo scopo di far censurare l’operato dell’amministrazione, e al contempo ritenere che l’amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi . Ne segue che, qualora sussistano i presupposti necessari, secondo la giurisprudenza della Corte, affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell’amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni . 32 Per quanto riguarda in particolare l’art . 29, n . 5, della direttiva 71/305, emerge dall’esame della prima questione che tale disposizione è incondizionata e abbastanza precisa per poter essere invocata dai singoli nei confronti dello Stato . I singoli possono quindi avvalersene dinanzi ai giudici nazionali e, come risulta dalle considerazioni che precedono, tutti gli organi dell’amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicarle”.

⁶⁵ Nella pronuncia citata, rilevava il Collegio come: “42 dalle precedenti considerazioni scaturisce che il singolo può chiedere al giudice nazionale la tutela dei diritti che gli derivano dal regolamento. 43 analogamente , al singolo non sono opponibili, da parte di un’ autorità nazionale , disposizioni legislative o amministrative non conformi ad un obbligo tassativo e sufficientemente preciso imposto dalla direttiva”.

dell'estensione che la giurisprudenza comunitaria ha riconosciuto al principio di primazia del diritto dell'Unione non vi è, dunque, motivo per negare la possibilità che un provvedimento amministrativo anticomunitario venga disapplicato al pari di quanto avviene con una disposizione nazionale.

Peraltro, ha aggiunto la Corte, detta considerazione si impone sol che si consideri che è del tutto irragionevole che la tutela di una posizione soggettiva si faccia dipendere esclusivamente dalla natura giuridica dell'atto che si pone in contrasto con il diritto comunitario⁶⁶:

“29 Se la Corte ha inizialmente affermato che spetta eventualmente al giudice nazionale disapplicare le disposizioni contrastanti della legge interna (v. citata sentenza Simmenthal, punto 21), essa, in seguito, ha precisato tale giurisprudenza sotto un duplice profilo. 30 Risulta, infatti, da quest'ultima che, da un lato, sono soggetti a tale principio di preminenza tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, nei confronti dei quali i singoli sono pertanto legittimati a far valere tale disposizione comunitaria (sentenza 22 giugno 1989, causa 103/88, Fratelli Costanzo, Racc. pag. 1839, punto 32). 31 D'altro lato, tra le disposizioni di diritto interno in contrasto con la detta disposizione comunitaria possono figurare disposizioni vuoi legislative, vuoi amministrative (v., in tal senso, sentenza 7 luglio 1981, causa 158/80, Rewe, Racc. pag. 1805, punto 43). 32 E' nella logica di tale giurisprudenza che le disposizioni amministrative di diritto

⁶⁶ Sulla possibilità che la disapplicabilità dei soli atti normativi comporti un indebolimento, nella sfera amministrativa, della primazia del diritto comunitario Cfr.: CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, 467; ID., *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 824 ss.; ID., *L'invalidità degli atti amministrativi per violazioni di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, cit., 689 ss.; PIGNATELLI N., cit, il quale osserva: “Tra l'altro risulta evidente come la disapplicazione di un atto amministrativo (al di là della preclusione dei sessanta giorni quale termine del ricorso) sia maggiormente risolutiva della disapplicazione normativa, visto che la prima nella sua dimensione inter partes esaurisce l'efficacia dell'atto, non residuando effetti ulteriori per il futuro; diversamente le norme disapplicate, pur ridotte ad inefficacia nel giudizio, rimangono in vigore, potenzialmente produttive di effetti ad altri fini”.

interno di cui sopra non includano unicamente norme generali ed astratte, ma anche provvedimenti amministrativi individuali e concreti. 33 Infatti, non è in alcun modo possibile sostenere che la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta e che è compito dei giudici nazionali garantire (v. sentenza 19 giugno 1990, causa C-213/89, Factortame, Racc. pag. I-2433, punto 19) debba negarsi agli stessi singoli nel caso in cui la controversia abbia ad oggetto la validità di un atto amministrativo. L'esistenza di una siffatta tutela non può dipendere dalla natura della disposizione di diritto interno contrastante col diritto comunitario”.

Orbene, si noti che la sentenza sopra riportata è stata diversamente interpretata dalla dottrina amministrativista.

L'orientamento ermeneutico prevalente ha letto, tra le righe della sentenza, la volontà legislativa di affermare il principio generale della disapplicabilità dei provvedimenti amministrativi nazionali in contrasto con il diritto comunitario, anche decorso il termine di decadenza per l'impugnazione dei medesimi ed in deroga al divieto di disapplicazione posto dall'articolo 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo⁶⁷.

Altra parte della dottrina ha, all'opposto, rilevato come l'analisi esegetica della sentenza sopra riportata consenta di affermare che la differenza tra contrasto internormativo e contrasto tra una norma comunitaria e un provvedimento amministrativo nazionale lasci spazio alla possibilità che il provvedimento anticomunitario continui ad essere considerato annullabile⁶⁸. Si è osservato, in

⁶⁷ In tal senso: ANTONIOLI M., *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 1372; ANTONUCCI M., *I poteri “aggiunti” dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Consiglio di Stato*, 2003, II, 1577 ss.; CHITI M.P., *Il diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, 467; ID., *I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto comunitario europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 824 ss.; COCCO G., *“Incompatibilità comunitaria degli atti amministrativi, coordinate teoriche ed applicazioni pratiche”*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2001, pp. 1037- 1038.

⁶⁸ Cfr: BARBIERI E.M., *Ancora sulla disapplicazione di provvedimenti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1999, 151 ss; DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 722-723; ID., *“Azione di annullamento e azione risarcitoria nel processo amministrativo”*, in *Diritto e formazione* 2002,

particolare, che i due tipi di discrasia non sono tra di loro perfettamente coincidenti e sovrapponibili stante l'assenza, nell'atto amministrativo, dei caratteri della generalità ed astrattezza propri soltanto degli atti normativi.

In secondo luogo, ha rilevato la dottrina in esame, il Giudice comunitario ha, nella sentenza *Ciola*, proceduto ad invalidare una sanzione irrogata in esecuzione di un provvedimento amministrativo anticomunitario. Dunque, il Giudice comunitario ha accertato *incidenter tantum* l'illegittimità del provvedimento amministrativo e ha, di conseguenza, considerato invalida la sanzione irrogata in applicazione del medesimo: “*quello che viene inteso come provvedimento amministrativo individuale e concreto pare piuttosto avere i caratteri di un atto generale, cioè suscettibile di diverse applicazioni nella fase esecutiva del divieto. Se ciò è corretto, non si è realizzata, quindi, una vera e propria disapplicazione provvedimentoale, ma piuttosto un'invalidazione della sanzione previo accertamento incidentale dell'illegittimità del divieto posto a priori*”⁶⁹.

Ancora, si è osservato, in ambito comunitario non si fa alcuna differenza tra potere esecutivo e potere legislativo e tra vizi che inficiano il provvedimento amministrativo e vizi che inficiano l'atto normativo⁷⁰. L'indifferenza che si rileva in sede comunitaria tra atti, provvedimenti, disposizioni e norme è inaccettabile in sede nazionale perché in contrasto con il principio di gerarchia delle fonti.

1685 ss, 1701; GRECO G. "Argomenti di diritto amministrativo", Milano, 2008, pag. 104; ID., *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale*, in Riv. trim., dir. pubbl. com., 2006, 520; Id, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in CHITI M.P. and GRECO G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, 947, nt. 33; RAGAZZO S., *L'autotutela amministrativa*, Milano, 2006, 294; VALAGUZZA S., *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l'incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, in Dir. Proc. Amm., Milano, Milano, 2005, 1140 ss.; G. CHIOLA, *Considerazioni sulla legalità comunitaria dell'atto amministrativo*, 2003, 71; ID., *L'ordinamento comunitario e l'attività delle pubbliche amministrazioni in Italia*, Roma, 2007, 102.

⁶⁹ VALAGUZZA S., *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l'incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, in Dir. Proc. Amm., Milano, 2005, 1141.

⁷⁰ Cfr.: G. FALCON, *Giustizia comunitaria e giustizia amministrativa*, in C. BOTTARI – D. DONATI – L. VALDELLI, (a cura di), *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, 1994, 271 ss., BARUFFI M.C., *La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari*, Milano, 2001, 249 – 251; .; G. CHIOLA, *Considerazioni sulla legalità comunitaria dell'atto amministrativo*, 2003, 45; ID., *L'ordinamento comunitario e l'attività delle pubbliche amministrazioni in Italia*, Roma, 2007, 45.

A ciò si aggiunga, ha concluso la dottrina in esame, che accogliendo la tesi della disapplicazione del provvedimento amministrativo anticomunitario ed operando, dunque, una interpretazione strettamente letterale della sentenza, verrebbe rovesciato il principio di equivalenza che richiede che la disciplina nazionale finalizzata a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non sia meno favorevole di quella che riguarda i diritti che trovano fondamento nell'ordinamento giuridico nazionale. In tal modo, infatti, non soltanto la norma nazionale sul termine di decadenza verrebbe discriminata rispetto alle altre norme nazionali sostanziali, ma le situazioni giuridiche soggettive di origine comunitaria ricevirebbero una tutela maggiore rispetto a quelle di origine interna⁷¹. Discriminazione, quest'ultima, sulla cui legittimità ha dubitato anche il giudice comunitario che ha rilevato: *“se si accogliesse la tesi secondo la quale le norme procedurali nazionali devono sempre riconoscere la preminenza del diritto comunitario, sarebbero indebitamente sovvertiti i principi consolidati sui quali si basano i sistemi giuridici degli Stati membri. Ciò esorbiterebbe da quanto è necessario per una efficace tutela giurisdizionale, e potrebbe essere considerato una violazione del principio di proporzionalità e, in senso ampio, del principio di sussidiarietà, il quale riflette, appunto, l'equilibrio che da molti anni la Corte ha cercato di raggiungere in questa materia”*⁷².

Anche in sede pretoria amministrativa, la sentenza sopra indicata non è stata unanimemente interpretata: l'ordinanza del T.a.r. Lombardia – Milano, sez. III, 8

⁷¹ Cfr.: ADINOLFI A., *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni giuridiche soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eu.*, 2001, 41 ss.; BUONAURO C., *La disapplicazione degli atti amministrativi tra prassi e dottrina*, Napoli, 2004; COCCO G., *"L'insostenibile leggerezza del diritto italiano"*, 1996, *Riv.it.dir pubbl.com.*, 636; DANIELE L., *L'effettività della giustizia amministrativa nell'applicazione del diritto comunitario europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 1996, 1385 ss.; GNES M., *Giudice amministrativo e diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 331 ss.; LAUDANTE F., *Fonti comunitarie e attività amministrativa statale tra separazione e integrazione degli ordinamenti*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2005, n. 1, 229 ss.; RUSSO A., *E' sempre più "diffuso" il controllo di conformità al diritto comunitario ad opera del giudice nazionale?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 701 ss.; SUSCA A., *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005, 515 ss.; MUSONE R., *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, 182.

⁷² Conclusioni dell'avvocato generale F.G. Jacobs, presentate il 15 giugno 1995, cause riunite C – 430/93 e C-431/93, *Van Schijndel*, punto 27 della motivazione.

agosto 2000, n. 234⁷³, di rimessione all'origine della Sentenza *Santex* (su cui si ritornerà meglio in prosieguo) ha giustificato la propria soluzione favorevole all'introduzione nell'ordinamento giuridico nazionale di un principio generale di disapplicazione del provvedimento amministrativo anticomunitario proprio richiamando le considerazioni formulate dal Giudice comunitario.

Altra parte della giurisprudenza amministrativa ha, al contrario, sostenuto che le considerazioni formulate dalla Corte di giustizia non sono sufficienti ad affermare la vigenza, nell'ordinamento giuridico nazionale, del principio generale di disapplicazione del provvedimento amministrativo anticomunitario:

“Al di là della complessa questione relativa alla configurabilità di un tale vizio radicale di illegittimità comunitaria che non ha ancora trovato convincente sistemazione dottrinale ed accoglimento in giurisprudenza (nonostante una recente pronuncia della Corte giustizia Comunità europee, 29.4.1999, n.224/97 abbia affermato la rilevabilità d'ufficio di tale contrasto, statuendo che "un divieto emanato anteriormente all'adesione di uno stato membro all'Unione europea, non attraverso una norma generale ed astratta, bensì attraverso un provvedimento amministrativo individuale e concreto divenuto definitivo, che sia in contrasto con la libera prestazione dei servizi, va disapplicato in occasione della valutazione della legittimità di un'ammenda irrogata per l'inosservanza di tale divieto dopo la data dell'adesione"), giova ricordare che tale tecnica di tutela deve, allo stato della evoluzione giurisprudenziale maturata in materia, conciliarsi con il principio della domanda e di corrispondenza fra chiesto e pronunciato” (Cons. Stato, sez. VI, 05 dicembre 2002, n. 6657).

Considerazioni, a ben vedere, di minore impatto sistematico sono state formulate dalla Corte di Giustizia nella **sentenza del 19 giugno 1999, *Eco Swiss***

⁷³ In: *Urbanistica e appalti*, 2000, 11, 1243 nota di CRISAFULLI V.; *Riv. Giur. Edil.*, 2000, I, 927; *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2000, 1166 nota di LEONE.

China Time Ltd causa C-126/97 contro Benetton International NV. La vicenda esaminata dalla Corte originava da un contratto di licenza stipulato tra la *Benetton S.p.a.* e la *Eco Swiss*, da un lato, e la *Bulova Watch Company Inc.*, dall'altro, in forza del quale la prima aveva concesso alla altre contraenti il diritto di produrre orologi da polso e orologi in genere recanti la menzione "*Benetton by Bulova*". Il contratto, la cui durata era stata originariamente fissata in otto anni, si risolveva tre anni prima la data della scadenza per volontà della *Benetton* e la vertenza conseguita alla suddetta decisione di risoluzione anticipata dell'accordo, veniva risolta mediante arbitrato, in forza di quanto previsto da una esplicita clausola contrattuale. Poiché le parti non erano state in grado di raggiungere un accordo sull'ammontare dei danni e degli interessi che la *Benetton* doveva risarcire alla *Eco Swiss* e alla *Bulova*, gli arbitri ingiungevano alla *Benetton* di versare una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno subito dalle stesse. La *Benetton*, tuttavia, impugnava tali lodi arbitrali, deducendone la nullità per contrasto con l'articolo 85 del Trattato. Rigettata la domanda in primo grado, la *Benetton* proponeva appello nel corso del quale si decideva di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte di Giustizia due questioni interpretative pregiudiziali: la predicabilità dell'obbligo, per il giudice *a quo*, di accogliere una domanda volta a far dichiarare la nullità di un lodo arbitrale per contrasto con l'articolo 85 del Trattato CE, qualora egli accerti che l'asserito contrasto sussista effettivamente; l'obbligo, per il giudice *a quo*, di disapplicare, in base al diritto comunitario, la norma di diritto processuale nazionale qualora ciò sia necessario per poter esaminare, nell'ambito dell'impugnazione per nullità diretta contro un successivo lodo arbitrale, una pronuncia che ha acquisito autorità di cosa giudicata.

Orbene, quanto al primo profilo problematico, la Corte chiarisce che nei limiti in cui un giudice nazionale deve, in base alle proprie norme di diritto processuale nazionale, accogliere un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda siffatta se ritiene che tale lodo sia contrario all'art. 85 del Trattato (divenuto art. 81 CE e oggi art. 101 TFUE). Infatti, da un lato, questo articolo costituisce una disposizione fondamentale, indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato

interno e, dall'altro, il diritto comunitario esige che questioni relative all'interpretazione del divieto sancito da tale articolo possano essere esaminate dai giudici nazionali chiamati a pronunciarsi sulla validità di un lodo arbitrale e possano essere oggetto, all'occorrenza, di un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte:

“Occorre osservare poi che le esigenze di efficacia del procedimento arbitrale giustificano il fatto che il controllo dei lodi arbitrali rivesta un carattere limitato e che un lodo arbitrale possa essere dichiarato nullo o vedersi negare il riconoscimento solo in casi eccezionali. 36 Tuttavia, l'art. 85 del Trattato costituisce, ai sensi dell'art. 3, lett. g), del Trattato CE [divenuto, in seguito a modifica, art. 3, n. 1, lett. g), CE], una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno. L'importanza di una disposizione siffatta ha indotto gli autori del Trattato a prevedere espressamente al secondo paragrafo del Trattato che gli accordi e le decisioni vietati in virtù di tale articolo sono nulli di pieno diritto. 37 Ne consegue che, nei limiti in cui un giudice nazionale debba, in base alle proprie norme di diritto processuale nazionale, accogliere un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda fondata sulla violazione del divieto sancito dall'art. 85, n. 1, del Trattato”

A ciò, il Collegio aggiunge che il diritto comunitario non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme di diritto processuale nazionale che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad un lodo arbitrale non impugnato nei termini poiché il termine d'impugnazione fissato non rende eccessivamente difficile o praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario:

“43 Nella quarta e nella quinta questione, che occorre esaminare insieme, il giudice di rinvio chiede, in sostanza, se in base al diritto comunitario vadano disapplicate le norme di diritto processuale nazionale, ai sensi delle quali un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva che non ha fatto oggetto di un'impugnazione per nullità entro il termine di legge acquisisce l'autorità della cosa giudicata e non può più essere rimesso in discussione da un lodo arbitrale successivo, anche se ciò è necessario per poter esaminare, nell'ambito dell'impugnazione per nullità diretta contro il lodo arbitrale successivo, se un contratto la cui validità giuridica è stata stabilita dalla decisione arbitrale interlocutoria sia tuttavia nullo poiché in contrasto con l'art. 85 del Trattato.

44 Occorre ricordare che, ai sensi delle norme di procedura nazionali applicabili alla causa a qua, l'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva può essere proposta nel termine di tre mesi e decorre dal deposito di tale lodo presso la cancelleria del giudice competente.

45 Un termine siffatto, che non sembra troppo breve in rapporto a quelli fissati negli ordinamenti giuridici degli altri Stati membri, non è tale da rendere eccessivamente difficile o praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario.

46 Inoltre si deve sottolineare che, allo spirare di tale termine, norme di procedura nazionali che limitano la possibilità di impugnare per nullità un lodo arbitrale successivo che sviluppa un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva per il motivo che quest'ultimo è rivestito dell'autorità di cosa giudicata si giustificano in virtù dei principi che stanno alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali il principio della certezza del diritto e quello del rispetto della cosa giudicata che ne costituisce l'espressione.

47 In tali condizioni, il diritto comunitario non impone a un giudice nazionale di disapplicare siffatte norme, anche se ciò è necessario per poter esaminare, nell'ambito del procedimento d'impugnazione per nullità diretto contro il lodo arbitrale successivo, se un contratto la cui validità giuridica è stata stabilita dal lodo arbitrale interlocutorio sia tuttavia nullo poiché in contrasto con l'art. 85 del

Trattato. 48 Si deve pertanto risolvere la quarta e la quinta questione nel senso che in base al diritto comunitario non si devono disapplicare le norme di diritto processuale nazionale, ai sensi delle quali un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva che non ha fatto oggetto di un'impugnazione per nullità entro il termine di legge acquisisce l'autorità della cosa giudicata e non può più essere rimesso in discussione da un lodo arbitrale successivo, anche se ciò è necessario per poter esaminare, nell'ambito del procedimento d'impugnazione per nullità diretto contro il lodo arbitrale successivo, se un contratto la cui validità giuridica è stata stabilita dal lodo arbitrale interlocutorio sia tuttavia nullo poiché in contrasto con l'art. 85 del Trattato”.

Per quanto rileva ai nostri fini, dunque, nella sentenza sopra riportata, la Corte afferma che in base al diritto comunitario non si devono disapplicare le norme di diritto processuale nazionale che sanciscono la inoppugnabilità di un lodo arbitrale divenuto definitivo perché non impugnato nei termini di legge. Non solo perché il termine di decadenza – nella specie pari a 90 giorni - non viola il principio di effettività della tutela delle situazioni giuridiche soggettive di diritto comunitario, ma anche perché il principio di inoppugnabilità e decadenza dei provvedimenti non impugnati nei termini sta alla base del principio della certezza del diritto e ne costituisce espressione.

Nella medesima direzione della sentenza *Eco Swiss* si colloca anche la **sentenza 12 dicembre 2002, causa C-470/99 *Universale-Bau***⁷⁴, ove la Corte di Giustizia ha riconosciuto la legittimità delle norme processuali nazionali che prevedono termini di decadenza per proporre ricorsi giurisdizionali contro provvedimenti amministrativi illegittimi di aggiudicazione, alla sola condizione che il termine previsto dalle norme nazionali sia ragionevole. La ragionevolezza, infatti, ha

⁷⁴ In dottrina, BONECHI L., *La Corte precisa alcuni principi in tema di organismo di diritto pubblico, di procedure di ricorso e di criteri di prequalifica delle imprese nelle procedure ristrette*, in *Dir.pubbl.comp.eur.*, 2003, 953 ss.

precisato la Corte, garantisce il rispetto del principio di effettività, applicazione del fondamentale principio di certezza del diritto:

“72 Nondimeno, dal momento che si tratta di modalità procedurali di ricorso destinate ad assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto comunitario ai candidati ed offerenti lesi da decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici, tali modalità non devono mettere in pericolo l'effetto utile della direttiva 89/665. 73 È quindi necessario accertare se, alla luce della finalità di tale direttiva, una normativa nazionale come quella della causa principale non attenti ai diritti conferiti ai singoli dall'ordinamento comunitario. 74 Va ricordato in proposito che, come risulta dal primo e dal secondo 'considerando', la direttiva 89/665 è intesa a rafforzare i meccanismi esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire l'effettiva applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette. A tal fine l'art. 1, n. 1, della suddetta direttiva impone agli Stati membri l'obbligo di garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile. 75 Orbene, la completa realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva 89/665 sarebbe compromessa se ai candidati ed offerenti fosse consentito far valere in qualsiasi momento del procedimento di aggiudicazione infrazioni alle regole di aggiudicazione, obbligando quindi l'amministrazione aggiudicatrice a ricominciare l'intero procedimento al fine di correggere tali infrazioni. 76 Occorre poi considerare che la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza risponde, in linea di principio, all'esigenza di effettività derivante dalla direttiva 89/665, in quanto costituisce l'applicazione del fondamentale principio della certezza del diritto (v., per analogia, trattandosi del principio di effettività del diritto comunitario, sentenze 10 luglio 1997, causa C-261/95, Palmisani, Racc. pag. I-4025, punto 28, e 16 maggio 2000, causa C-78/98, Preston e a., Racc. pag. I-3201, punto 33). 77 Date le considerazioni precedenti va constatato, da un lato, che modalità relative al termine

come quelle oggetto della causa principale appaiono ragionevoli alla luce sia degli obiettivi della direttiva 89/665 come quelli descritti al punto 74 della presente sentenza, sia del principio della certezza del diritto. 78 D'altro canto, non sussiste alcun dubbio sul fatto che sanzioni come la decadenza sono idonee a garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici, dal momento in cui sono note agli interessati, vengano denunciate e rettifiche il più presto possibile, anche conformemente sia agli obiettivi perseguiti dalla direttiva 89/665 sia al principio di certezza del diritto. 79 Occorre quindi risolvere la terza questione nel senso che la direttiva 89/665 non osta ad una normativa nazionale la quale prevede che qualsiasi ricorso avverso una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice vada proposto nel termine all'uopo previsto e che qualsiasi irregolarità del procedimento di aggiudicazione invocata a sostegno di tale ricorso vada sollevata nel medesimo termine a pena di decadenza talché, scaduto tale termine, non è più possibile impugnare tale decisione o eccepire la suddetta irregolarità, a condizione che il termine in parola sia ragionevole”.

Tuttavia, la sentenza in cui, più di ogni altra, la Corte di Giustizia si è soffermata sul problema della disapplicabilità del provvedimento amministrativo nazionale contrastante con il diritto comunitario è quella **del 27 febbraio 2003, C-327/2000, Santex**. Il quesito posto dal Tribunale amministrativo alla Corte di Giustizia riguardava proprio la compatibilità con il diritto comunitario dell’orientamento giurisprudenziale prevalente nel Consiglio di Stato, volto a escludere la possibilità per il giudice amministrativo di disapplicare le clausole del bando non tempestivamente impuginate entro l’ordinario termine decadenziale.

Come accennato, il giudice remittente, sulla base delle considerazioni precedentemente formulate dalla Corte di giustizia nella sentenza *Ciola*, aveva suggerito la maggiore aderenza al diritto comunitario della tesi favorevole alla

disapplicabilità in ogni tempo del provvedimento amministrativo contrastante con il diritto dell'Unione⁷⁵.

“25 Il giudice a quo rileva che, fondandosi sull'art. 5 della legge n. 2248/1865, il Consiglio di Stato ha affermato, in via generale, che il giudice amministrativo può — al pari del giudice ordinario — disapplicare la norma regolamentare contrastante con una fonte sovraordinata e incidente su un diritto soggettivo. 26 Tuttavia, risulterebbe dalla giurisprudenza costante del Consiglio di Stato in materia di appalti pubblici che gli atti immediatamente lesivi del diritto di partecipazione alla gara debbono essere impugnati nell'ordinario termine di decadenza di 60 giorni, superato il quale non si configura alcuna ulteriore possibilità di disapplicazione degli stessi bandi o di loro clausole. 27 Orbene, il giudice a quo sostiene che il principio di cui all'art. 5 della legge n. 2248/1865 dovrebbe applicarsi anche alle clausole contenute in un bando di appalto pubblico che sono in contrasto con il diritto comunitario. Il detto giudice afferma che, al fine di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario, esso deve avere la possibilità di disapplicare la clausola controversa, a prescindere dall'osservanza delle norme processuali nazionali...”

A conclusioni solo in parte coincidenti con quelle del giudice remittente perviene, invece, il Supremo Consesso comunitario. Esso, pur riconoscendo che i giudici nazionali hanno l'obbligo di assicurare la tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive fondate su norme di diritto comunitario direttamente applicabili, ha chiarito che, in mancanza (come nella fattispecie considerata) di una puntuale disciplina processuale comunitaria nella materia controversa, **competete all'ordinamento degli Stati membri la regolamentazione delle modalità procedurali relative alla**

⁷⁵ Per un commento dell'ordinanza di rinvio (Tar Lombardia, 8 agosto 2000, n. 234) cfr. LEONE C., *Diritto comunitario e atti amministrativi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 175 ss.; CRISAFULLI A., *Disapplicazione del bando di gara: tra Corte di giustizia e giurisdizione esclusiva*, in *Urb. app.*, 2000, 1243 ss.

proposizione ed alla definizione dei ricorsi giurisdizionali contro atti amministrativi nazionali asseritamente lesivi di posizioni di matrice comunitaria.

Ancor più in dettaglio, richiamando gli approdi delle pronunce pretorie precedenti, la Corte ha rammentato come vada considerato aderente al principio di effettività e certezza del diritto la normativa nazionale che sceglie la modalità procedurale che impone la proposizione del ricorso avverso provvedimenti amministrativi anticomunitari entro un termine di decadenza pari a sessanta giorni, decorso il quale l'atto non impugnato diviene intangibile e definitivo⁷⁶:

“46 Risulta dunque che il giudice a quo chiede che gli sia chiarito se, alla luce di quanto esposto, sia tenuto in forza del diritto comunitario, a disapplicare le norme nazionali di decadenza, al fine di dichiarare ricevibile il motivo relativo a una violazione del diritto comunitario da parte della clausola controversa, addotto a sostegno dell'impugnazione di decisioni successivamente adottate dall'autorità aggiudicatrice sulla scorta di tale clausola ... 48 Alla luce delle considerazioni che precedono, la prima questione va intesa come diretta a stabilire, in sostanza, se la direttiva 89/665 debba essere interpretata nel senso che essa — una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità — impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali

⁷⁶ Rileva la prevedibilità del giudizio della Corte, parte della dottrina. Cfr.: BIAGIONI G., *Norme processuali e principio di effettività: ulteriori sviluppi nella giurisprudenza comunitaria*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, 201 ss. Essa aveva, infatti, già ritenuto ragionevoli termini decadenziali inferiori, di un mese (Corte di Giustizia, 16 dicembre 1976, causa C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz* e Corte di Giustizia, 16 dicembre 1976, causa C-45/76, *Comet*) e di due settimane (Corte di Giustizia, 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau*).

di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità. 49 Per rispondere alla questione così riformulata, occorre rammentare che la Corte ha già avuto occasione di pronunciarsi in via generale sulla compatibilità con la direttiva 89/665 di norme nazionali che prevedono termini di decadenza per le impugnazioni avverso decisioni delle autorità aggiudicatrici di cui alla detta direttiva. 50 Infatti, al punto 79 della sentenza 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a. (Racc. pag. I- 1617), la Corte ha statuito che la direttiva 89/665 non osta ad una normativa nazionale la quale preveda che qualsiasi ricorso avverso una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice vada proposto nel termine all'uopo previsto e che qualsiasi irregolarità del procedimento di aggiudicazione invocata a sostegno di tale ricorso debba essere sollevata nel medesimo termine, a pena di decadenza, di modo che, scaduto tale termine, non è più possibile impugnare tale decisione o eccepire la suddetta irregolarità, a condizione che il termine in parola sia ragionevole. 51 In particolare, la Corte ha constatato che, sebbene spetti all'ordinamento nazionale di ogni Stato membro definire le modalità relative al termine di ricorso destinate ad assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto comunitario ai candidati e agli offerenti lesi da decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici, tali modalità non devono mettere in pericolo l'effetto utile della direttiva 89/665, la quale è intesa a garantire che le decisioni illegittime di tali amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile (sentenza Universale-Bau e a., cit., punti 71, 72 e 74). 52 È in tale contesto che la Corte ha rilevato che la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza risponde, in linea di principio, all'esigenza di effettività derivante dalla direttiva 89/665, in quanto costituisce l'applicazione del principio della certezza del diritto (sentenza Universale-Bau e a., cit., punto 76)''.

La Corte ha, tuttavia, ulteriormente precisato che l'esercizio della potestà normativa in materia di disciplina delle forme di tutela giurisdizionale di posizioni

soggettive costituite dal diritto comunitario deve ritenersi limitato dal rispetto degli inderogabili principi di equivalenza e di effettività⁷⁷.

Tali principi generali, da valersi quali paradigmi di legittimità della normazione nazionale in materia processuale amministrativa, implicano, in particolare, la necessità che le modalità procedurali intese a “...*garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario non possano essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna, né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario*” (cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale presentate il 7 febbraio 2002 nella causa C-327/00).

La norma processuale nazionale che impone la proposizione del ricorso avverso una clausola del bando entro il termine decadenziale di sessanta giorni si pone in perfetta assonanza sia con il principio di uguaglianza (in quanto il termine decadenziale opera sia con riferimento alle situazioni giuridiche soggettive di matrice comunitaria, sia con riferimento alle analoghe situazioni di origine nazionale), che con il principio di effettività in quanto non è idonea, di per sé, a rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti riconosciuti all'interessato dal diritto comunitario.

Il principio di effettività, tuttavia, ha aggiunto la Corte, impone, altresì che la situazione venga esaminata non solo da un punto di vista generale, ma anche sotto una lente che consenta di rilevare e prendere in considerazione le peculiarità del caso concreto. Attraverso tale ottica, la norma processuale nazionale che impone la proposizione del ricorso entro termini decadenziali, a pena di inammissibilità del gravame stesso, seppur conforme al principio di effettività dal punto di vista generale, potrebbe non esserlo considerando il particolare contesto offerto dal caso concreto. Nel caso sottoposto alla Corte, il ricorrente aveva potuto

⁷⁷ Cfr.: GIOVAGNOLI R., *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, in *Gius. amm.*, 2004, 908 ss.; GRECO G., *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario (e recessività nell'ordinamento nazionale?)*, in *Dir. amm.*, 2003, 284 ss.; CHITI M.P., *L'invalidità degli atti amministrativi*, cit., 687 ss.; FERRARI E., *La Corte di giustizia indica al giudice amministrativo una terza via tra perentorietà del termine di impugnazione e disapplicazione dei provvedimenti amministrativi*, in *Foro it.*, 2003, IV, 477 ss.

conoscere l'effettiva interpretazione della clausola del bando di gara da parte della stazione appaltante solo quando era stato informato della sua esclusione e, dunque, una volta scaduto il termine per l'impugnazione della clausola stessa. Si trattava, in altri termini, di un caso in cui la mancata impugnazione nei termini del provvedimento amministrativo anticomunitario non poteva imputarsi a colpa del ricorrente ma al comportamento dell'autorità amministrativa che aveva interpretato in senso preclusivo le clausole del bando solo nel momento dell'emanazione del provvedimento di esclusione.

In questi casi, e solo in questi, ovvero nelle ipotesi in cui la peculiarità di una situazione concreta preclude al giudice nazionale una tutela effettiva delle posizioni soggettive costituite dal diritto comunitario, impedendo, di conseguenza, di assicurarne l'applicazione, la Corte di Giustizia ha affermato che **è necessario ammettere il potere del giudice nazionale di disapplicare la norma nazionale che sancisce la decadenza in caso di mancato rispetto del termine per impugnare e di conoscere d'ufficio la legittimità di un atto amministrativo irritualmente censurato per violazione del diritto comunitario**. L'effetto utile del diritto comunitario impone ai giudici nazionali di disapplicare le norme di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non sarebbe più possibile invocare l'incompatibilità con norme di diritto comunitario.

Lungi dall'affermare in via generale il potere di sindacare d'ufficio, prescindendo dalle regole processuali degli ordinamenti interni, la legittimità degli atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario e di disapplicarli, la Corte di Lussemburgo si è limitata, in definitiva, ad accertare, in alcune peculiari fattispecie, l'inapplicabilità di norme procedurali interne, preclusive della cognizione di vizi ascrivibili all'illegittimità comunitaria, concretamente contrastanti con i ricordati principi di equivalenza e di effettività⁷⁸:

⁷⁸ “Il potere di disapplicazione diviene, così, l'ultimo “baluardo” per il diritto comunitario, lo strumento processuale di salvaguardia del diritto comunitario dinanzi a talune disfunzioni statali; una sorta di “controlimite” all'inverso, a presidio dell'ordinamento comunitario in una zona di primazia del diritto statale”. Tuttavia, si è osservato che: “in questo caso ad essere disapplicate sono le norme processuali sulla decadenza, ossia la disciplina nazionale che secondo il modello della annullabilità esclude la disapplicazione dell'atto amministrativo; in altre parole, l'ultimo baluardo del diritto comunitario, il suo rimedio estremo nei casi di illegittimità comunitaria, dinanzi all'autonomia delle giurisdizioni statali, è rappresentato pur sempre dalla

“53 Si deve pertanto verificare se il termine di decadenza di cui trattasi nella causa principale risponda alle esigenze della direttiva 89/665, come elaborate dalla giurisprudenza ricordata ai punti 50-52 della presente sentenza. 54 A tale proposito occorre rilevare, da un lato, che il termine di decadenza di 60 giorni applicabile in materia di appalti pubblici in forza dell'art. 36, n. 1, del regio decreto n. 1054/1924, come interpretato dal Consiglio di Stato, risulta ragionevole sotto il profilo sia dell'obiettivo della direttiva 89/665 sia del principio della certezza del diritto. 55 Dall'altro, occorre constatare che un tale termine, che decorre dalla data di notifica dell'atto o dalla data in cui risulta che l'interessato ne ha avuto piena conoscenza, è conforme anche al principio d'effettività, in quanto non è idoneo, di per sé, a rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti eventualmente riconosciuti all'interessato dal diritto comunitario. 56 Tuttavia, ai fini dell'applicazione del principio d'effettività, ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'essere esaminato tenendo conto, in particolare, del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, nonché dello svolgimento e delle peculiarità di quest'ultimo (v. sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, Racc. pag. I-4599, punto 14). 57 Pertanto, se un termine di decadenza come quello della causa principale non è, di per sé, contrario al principio di effettività, non si può escludere che, nelle particolari circostanze della causa sottoposta al giudice a quo, l'applicazione di tale termine possa comportare una violazione del detto principio. (...) 60 Si deve pertanto riconoscere che, nella fattispecie principale, l'offerente leso ha potuto conoscere l'effettiva interpretazione della detta clausola del bando di gara da parte dell'autorità aggiudicatrice soltanto quando è stato informato della decisione di esclusione. Orbene, tenuto conto del fatto che, a quel punto, il termine previsto per l'impugnazione del detto bando era già

“non applicazione” di norme. Si tratta, in altre parole, di una disapplicazione “normativa” e non “amministrativa” (PIGNATELLI N., I provvedimenti amministrativi anti-comunitari, profili sostanziali e processuali, in La Rivista Nel diritto, 2009, 6, 885).

scaduto, tale offerente è stato privato, per effetto delle norme di decadenza, di qualsiasi possibilità di far valere in giudizio, nei confronti di successive decisioni arrecantigli pregiudizio, l'incompatibilità di tale interpretazione con il diritto comunitario. 61 Nella fattispecie principale, si può affermare che il comportamento mutevole dell'autorità aggiudicatrice, vista l'esistenza di un termine di decadenza, ha reso eccessivamente difficile per l'offerente leso l'esercizio dei diritti conferitigli dall'ordinamento giuridico comunitario. 62 Poiché solamente il giudice a quo è competente a interpretare e applicare la normativa nazionale, spetta ad esso, in circostanze quali quelle della causa principale, interpretare, per quanto possibile, le norme che prevedono tale termine di decadenza in modo da garantire il rispetto del principio di effettività derivante dalla direttiva 89/665. 63 Come risulta dalla giurisprudenza della Corte, infatti, spetta al giudice nazionale conferire alla legge nazionale che è chiamato ad applicare un'interpretazione per quanto possibile conforme ai precetti del diritto comunitario (v., in particolare, sentenze 5 ottobre 1994, causa C-165/91, *Van Munster*, Racc. pag. I-4661, punto 34, e 26 settembre 2000, causa C-262/97, *Engelbrecht*, Racc. pag. I-7321, punto 39). 64 Se una tale applicazione conforme non è possibile, il giudice nazionale ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, eventualmente disapplicando ogni disposizione nazionale la cui applicazione, date le circostanze della fattispecie, condurrebbe a un risultato contrario al diritto comunitario (v., in particolare, sentenze 5 marzo 1998, causa C-347/96, *Solred*, Racc. pag. I-937, punto 30, e *Engelbrecht*, cit., punto 40). 65 Ne consegue che, in circostanze quali quelle della causa principale, spetta al giudice a quo assicurare il rispetto del principio di effettività derivante dalla direttiva 89/665, applicando il proprio diritto nazionale in modo tale da consentire all'offerente leso da una decisione dell'autorità aggiudicatrice, adottata in violazione del diritto comunitario, di conservare la possibilità di addurre motivi di diritto inerenti a tale violazione a sostegno di impugnazioni avverso altre decisioni dell'autorità aggiudicatrice, ricorrendo, se del caso, alla possibilità, derivante secondo il suddetto giudice dall'art. 5 della legge n. 2248/1865, di disapplicare le norme nazionali di decadenza che disciplinano tali impugnazioni. 66 Sulla scorta delle considerazioni che precedono,

occorre risolvere la prima questione pregiudiziale dichiarando che la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa — una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità — impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità”.

Nella successiva **sentenza CGCE, sez. IV, 7 giugno 2007 in cause riunite C-222-225/05** il Collegio ha ribadito l'indifferenza della giurisprudenza comunitaria rispetto all'organizzazione processuale interna degli Stati membri.

Alla Corte di giustizia era stato chiesto dai giudici olandesi se il giudice nazionale potesse valutare d'ufficio la compatibilità di un atto amministrativo con la direttiva n. 85/511 del Consiglio che impone agli Stati membri di utilizzare tutti i mezzi di indagine ufficiali atti ad accertare un particolare tipo di malattia, l'afta epizootica, e ad adottare tutte le misure idonee ad impedirne la diffusione. In particolare, poiché la norma nazionale olandese precludeva al giudice interno di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione del diritto comunitario non rilevato dalle parti, si chiedeva alla Corte di giustizia se questa norma potesse considerarsi rispettosa del principio di effettività del diritto comunitario.

La Corte, nel ribadire che spetta ai singoli Stati membri designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali, intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario, ha osservato, con specifico riferimento al principio di effettività, come in sede comunitaria fosse già stata affermata la compatibilità di un principio di diritto in forza del quale “*il potere del giudice di sollevare motivi d'ufficio in un procedimento*

interno è limitato dall'obbligo del giudice stesso di limitarsi all'oggetto della controversia e di fondare la propria decisione sui fatti sottoposti al suo esame" (sentenza *Peterbroek* 14 dicembre 1995, causa C-312/1993, Rac. I-4599 e *Van Schijndel e van Veen*, cause riunite C-430/1993 e C-431/1993, in Racc. I-4705). Tale principio, ha precisato la Corte, è naturale corollario del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, garantisce il regolare svolgimento del giudizio e previene ritardi dovuti alla proposizione di motivi nuovi. Sicchè, ha concluso la Corte:

"... il principio di effettività non osta ad una disposizione nazionale che vieti ai giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie, allorché l'esame di tale motivo li obbligherebbe a rinunciare al principio dispositivo alla cui osservanza sono tenuti, esorbitando dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti e basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte che ha interesse all'applicazione di dette disposizioni ha posto a fondamento della propria domanda".

6. Il Consiglio di Stato sposa la tesi dell'annullabilità del provvedimento amministrativo: fondamento teorico ed aspetti critici di un orientamento "miope"

Va osservato, preliminarmente, che il problema della disapplicabilità in sede giurisprudenziale del provvedimento amministrativo anticomunitario si è posto ed è stato variamente valutato e risolto in sede dottrinale.

Invero, sulla controversa questione della disapplicabilità in sede giurisdizionale degli atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario, il Consiglio di Stato (a partire dalla sentenza della V Sez., 10 gennaio 2003, n. 35) si è sempre espresso in senso negativo. Pochissime e alquanto risalenti le pronunce di senso opposto. In tal senso, ad esempio, si è pronunciato il T.a.r. Veneto, sez.I, che

nella sentenza del 10 giugno 1991, n. 432⁷⁹ ha sostenuto la non necessità dell'immediata impugnazione da parte degli interessati degli atti anticomunitari, pur se lesivi di posizioni giuridiche soggettive poiché:

“potendo l'organo amministrativo competente alla sua esecuzione disapplicarlo, la concreta lesione della posizione giuridica dedotta in causa si produce unicamente per effetto del provvedimento applicativo”.

Lo stesso principio è stato ribadito da una sentenza poco successiva del T.a.r. Puglia – Bari, sez. II, 10 maggio 1996, n. 253⁸⁰ in cui il Collegio ha ritenuto l'amministrazione legittimata a disapplicare qualsiasi norma o atto amministrativo avente carattere generale in contrasto con la normativa comunitaria, applicando direttamente quest'ultima:

“L'amministrazione è legittimata a disapplicare qualsiasi norma o atto amministrativo avente carattere generale in contrasto con la normativa comunitaria, applicando direttamente quest'ultima⁸¹”.

Si veda anche Tar Lombardia, 2 aprile 1993, n. 260⁸²:

“Ove l'ordinamento giuridico comunitario integrato configuri un diritto - nella fattispecie un diritto primario costituzionale - comunitario -, ad esso deve essere garantita la tutela che il diritto comunitario prevede per i "diritti" in genere da esso

⁷⁹In Trib. amm. reg., 1991, I, 2944 ss.

⁸⁰In Trib. amm. reg., 1996, 2727 ss

⁸¹Corsivo non testuale tratto da www.dejure.giuffrè.it

⁸²In Trib. amm. reg., 1993, 1747 ss.

attribuiti, anche in disapplicazione eventuale delle norme (nazionali) sui termini di impugnazione degli atti e dei provvedimenti amministrativi”⁸³

Si tratta, tuttavia, di pronunce di merito risalenti ormai superate dall’orientamento maggioritario che pacificamente esclude la possibilità che il provvedimento amministrativo illegittimo per violazione del diritto comunitario venga disapplicato in sede giurisdizionale o amministrativa. La tesi oggi prevalente si fonda, in particolare, sul rilievo, condivisibile, che la violazione della disposizione comunitaria implica un vizio di illegittimità dell'atto interno (e non di nullità dello stesso), il quale comporta, alla stregua degli ordinari canoni di valutazione della patologia dell'atto amministrativo, l'annullabilità di quest’ultimo, che può conseguirsi solo attraverso la sua impugnazione dinanzi al giudice amministrativo ovvero attraverso l’esercizio degli ordinari poteri di autotutela, onde in assenza dell’adozione di tali strumenti, l’atto medesimo non può essere considerato *tamquam non esset* ed esplica, quindi, i suoi effetti.

In particolare, il rifiuto della tesi della disapplicazione in sede giurisdizionale dei provvedimenti amministrativi anticomunitari viene motivato in ragione del principio di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico e del principio di affidamento.

In tal senso:

“Risulta, in definitiva, rispettato il principio di effettività quando l'ordinamento processuale nazionale (come quello italiano) pone il soggetto nelle condizioni di comprendere il pregiudizio provocatogli da un atto amministrativo violativo del diritto comunitario ed appresta contestualmente validi strumenti di reazione, agevolmente azionabili (quali la proposizione di un ricorso giurisdizionale entro il termine di sessanta giorni), di guisa che l'omessa attivazione di tali rimedi va addebitata a negligenza della persona (fisica o giuridica) lesa dal provvedimento

⁸³ Corsivo non testuale tratto da www.dejure.giuffrè.it

rimasto inoppugnato e non a disfunzioni o a carenze del sistema di tutela di riferimento. 6.9- Il regime processuale in esame appare, inoltre, coerente con le esigenze di salvaguardia del diverso, ma altrettanto rilevante, interesse alla certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico (già segnalato da Cons. Stato, Sez. VI, 18 giugno 2002, n.3338 quale principio ostativo al riconoscimento del potere di disapplicazione in capo al giudice amministrativo), che verrebbe certamente pregiudicato, con conseguente stravolgimento della natura impugnatoria del giudizio amministrativo, se si ammettesse la disapplicabilità di provvedimenti amministrativi rimasti inoppugnati. 6.10- Anche tenuto conto del necessario rispetto dei principi generali, connaturati al sistema processuale nazionale, della certezza del diritto e della stabilità degli effetti dei provvedimenti amministrativi non tempestivamente impugnati, deve, quindi, concludersi per la compatibilità comunitaria delle regole processuali esaminate” (Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338)

“... va esclusa, al di fuori delle limitate ipotesi sopra indicate, la disapplicazione di provvedimenti amministrativi non ritualmente impugnati, e, in particolare, di quelli che, ancorché connotati da una valenza generale, risultano privi di natura normativa, posto che, ammettendo il sindacato incidentale di questi ultimi, si finirebbe per sovvertire le regole del giudizio impugnatorio, per snaturarne i caratteri essenziali e, in definitiva, per consentire l'elusione del termine di decadenza stabilito al fine di ottenere dal giudice amministrativo l'eliminazione degli atti lesivi di interessi legittimi” (Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35).

Del resto, si aggiunge, la stessa Corte di Giustizia, nelle diverse pronunce finora intervenute sulla materia, lungi dall'affermare, in via generale, il potere di sindacare d'ufficio la legittimità degli atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario e di disapplicarli, si è limitata ad accertare, in alcune peculiari fattispecie, l'inapplicabilità di norme procedurali interne, preclusive della cognizione di vizi ascrivibili all'illegittimità comunitaria, concretamente contrastanti con i principi di

equivalenza e di effettività, risolvendo le questioni sottoposte al suo esame attraverso la rimozione, se del caso, degli ostacoli al sindacato di annullamento degli atti stessi; annullamento, che sembra costituire, quindi, anche ad avviso della Corte, lo strumento essenziale per assicurare la supremazia del diritto comunitario negli ordinamenti degli Stati membri. In tal senso, Consiglio di Stato, sez VI, 20 maggio 2005, n. 2566:

“ [la Corte] si è limitata ad accertare, in alcune peculiari fattispecie, l’inapplicabilità di norme procedurali interne, preclusive della cognizione di vizi ascrivibili all’illegittimità comunitaria concretamente contrastanti con i principi di equivalenza e di effettività, risolvendo le questioni sottoposte al suo esame attraverso la rimozione, se del caso, degli ostacoli al sindacato di annullamento degli atti stessi; annullamento che sembra costituire, quindi, anche ad avviso della Corte, lo strumento essenziale per assicurare la supremazia del diritto comunitario negli ordinamenti degli Stati membri”.

Diverso è, invece, il fermento dottrinale di fronte alla soluzione del problema in esame.

Parte della dottrina ha, infatti, considerato la disapplicazione amministrativa corollario di quella normativa⁸⁴. Sotto tale profilo si è rilevato come la

⁸⁴ Cfr.: CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999, 355, secondo cui «va richiamato il principio di disapplicabilità anche nel contesto del regime di invalidità degli atti amministrativi nazionali contrastanti con il diritto comunitario. In tal senso, la disapplicabilità risulta un potere/dovere generale esercitabile nei confronti degli atti amministrativi nazionali contrastanti con qualsiasi atto comunitario immediatamente applicabile (.....). Se tali effetti, rapportati ai caratteri degli atti normativi, sono oramai pacificamente accolti per le leggi malgrado lo stravolgimento che ciò comporta per il sistema costituzionale delle fonti ed il relativo processo costituzionale, per coerenza deve riconoscersi che lo stesso regime non può non valere anche per gli atti amministrativi»; ID., *L’invalidità degli atti amministrativi*, cit., 700 ss.; STIGLIANI V., *Atti amministrativi e norme comunitarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 1413, secondo cui «l’atto amministrativo configgente» con il diritto comunitario «non è né nullo né inesistente né annullabile, bensì va disapplicato, in modo da consentire massima espansione ed applicazione della normativa comunitaria (...). L’obbligo per il giudice nazionale di disapplicare le norme di legge interna contrastanti con il diritto comunitario e l’aver precisato che analogo obbligo incombe su tutti gli organi della pubblica amministrazione, non poteva non comportare l’assoggettamento dei provvedimenti amministrativi alle stesse regole previste per la disapplicazione da parte del giudice nazionale della norma di legge interna di cui tali provvedimenti costituiscono applicazione». In senso analogo cfr. GIOVANNELLI M., *La Corte di giustizia si pronuncia sulla disapplicazione dei bandi*, in *Urb. app.*, 2003, 651 ss.; LEONE C., *Disapplicabilità dell’atto amministrativo*, cit., 898 ss.; ANTONIOLI M., *Inoppugnabilità e disapplicabilità*, cit., 1370 ss.; FRAGOLA M., *Riflessioni sull’atto amministrativo e sull’illecito amministrativo nell’ordinamento comunitario*, in *Amm. it.*, 1992, 32 ss.

disapplicazione degli atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario abbia una valenza molto più incisiva della disapplicazione delle norme nazionali anticomunitarie: per queste ultime, la disapplicazione sospende l'efficacia prescrittiva della disposizione soltanto con specifico riferimento al caso esaminato, ma la norma continua, per il resto, a produrre i propri effetti. Nell'ipotesi in cui, invece, la disapplicazione intervenga su un provvedimento amministrativo dotato dei caratteri della concretezza e della particolarità, produce effetti immediati e definitivi. Si osserva, inoltre, che la soggezione del giudice alla legge dovrebbe comportare, tra l'altro, l'obbligo del decidente di trovare sempre gli strumenti adatti a dare tutela ai singoli e a riallacciare le maglie di un sistema normativo eventualmente lacunoso.

A sostegno della disapplicabilità del provvedimento amministrativo anticomunitario si adducono, altresì, le considerazioni formulate dalla Corte di giustizia nella nota sentenza *Ciola* ove la Corte, premessa l'affermata preminenza del diritto comunitario sul diritto nazionale incompatibile, che, come stabilito per la prima volta, nella sentenza *Simmenthal*, comporta la disapplicazione della disposizione nazionale contrastante con il diritto comunitario, ha rilevato come il principio di prevalenza suddetto sia ampio e tale da poter ritenere che il diritto comunitario prevale sia se il contrasto si instaura sul piano normativo, sia se lo stesso deriva dalla discrasia tra una disposizione comunitaria e un provvedimento amministrativo individuale e concreto⁸⁵. In considerazione del peso e dell'estensione che la giurisprudenza comunitaria ha riconosciuto al principio di primazia del diritto nazionale su quello comunitario, non vi è, dunque, motivo per negare la possibilità che un provvedimento amministrativo anticomunitario venga disapplicato al pari di quanto avviene con una disposizione nazionale contraria al diritto nazionale. Peraltro, ha aggiunto la Corte, detta considerazione si impone sol che si consideri che è del tutto irragionevole che la tutela di una posizione soggettiva si faccia dipendere esclusivamente dalla natura

⁸⁵ Nota la dottrina: “in forza dell’ordinamento comunitario il potere di disapplicazione viene a rappresentare una regola generale nell’ordinamento italiano, in base alla quale il giudice nazionale è tenuto a disapplicare le leggi e gli atti aventi forza di legge, quindi anche gli atti di normazione secondaria e amministrativi in genere che risultino incompatibili con la normativa comunitaria, a prescindere dalle situazioni giuridiche soggettive lese” (FABRI A., *Giurisdizione esclusiva: i modelli processuali*, Torino, 2002, 112).

giuridica dell'atto che si pone in contrasto con il diritto comunitario⁸⁶. Orbene, la dottrina favorevole alla tesi della disapplicazione considera i rilievi formulati dalla pronuncia sopra indicata un chiaro ed inequivocabile indice della volontà della Corte di Giustizia di affermare il principio generale della disapplicabilità dei provvedimenti amministrativi nazionali in contrasto con il diritto comunitario, anche decorso il termine di decadenza per l'impugnazione dei medesimi ed in deroga al divieto di disapplicazione posto dall'articolo 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo. La disapplicazione amministrativa è essa stessa, secondo l'orientamento in esame, un principio generale dell'ordinamento comunitario, al pari dei principi del primato e dell'efficacia diretta⁸⁷.

A diverse conclusioni perviene altra parte della dottrina amministrativista⁸⁸ la quale osserva, anzitutto, come la disapplicazione del provvedimento amministrativo anticomunitario si sostanzi in una palese violazione del principio di legalità amministrativa e di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico che implica la consolidazione del provvedimento amministrativo definitivo e l'idoneità del medesimo a produrre effetti diretti nei confronti dei suoi destinatari, salva la proponibilità di apposito gravame entro i termini di decadenza o la sua rimozione da parte della stessa amministrazione in sede di autotutela. La possibilità che il provvedimento amministrativo venga disapplicato in sede giurisdizionale, inoltre, sarebbe idonea a ledere il principio di certezza del diritto e di legittimo affidamento degli amministrati, in quanto renderebbe possibile l'annullamento del provvedimento amministrativo senza limiti di tempo, in spregio alla regola della perentorietà del termine di impugnazione⁸⁹.

La tesi della disapplicabilità del provvedimento amministrativo anticomunitario, si aggiunge, si porrebbe in netto contrasto con l'autonomia

⁸⁶ Cfr.: CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, cit., 469-470 e ROLLI R., *La disapplicazione*, cit., 131.

⁸⁷ Cfr.: CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, cit., 468 ss.; TORIELLO F., *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000, 108.

⁸⁸ Per una ampia disamina degli istituti che risulterebbero compromessi dalla tesi della disapplicabilità cfr.: GATTO A., *I poteri del giudice amministrativo rispetto a provvedimenti individuali e concreti contrastanti con il diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 1429.

⁸⁹ Cfr.: CARINGELLA F., *Corso*, cit., 2003, II, 1707; CARINGELLA F. e GAROFOLI R., *op. cit.*, 143; GATTO A., *op. cit.*, 1443; LAUDANTE F., *Fonti comunitarie*, cit., 244; RAGAZZO M., *L'autotutela amministrativa*, cit., 293; SUSCA A., *op. cit.*, 516; VALAGUZZA S., *Sull'impossibilità di disapplicare*, *op. cit.*, 1147.

processuale e procedurale degli Stati membri, più volte ribadita dalla Corte di Giustizia, che consente agli stessi di scegliere le modalità procedurali ritenute più idonee a regolare la proposizione dei ricorsi giurisdizionali volti alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive di origine comunitaria⁹⁰. Anche in sede comunitaria, peraltro, l'articolo 230 TCE (attuale art. 263 TFUE) prescrive la necessaria impugnazione dei provvedimenti amministrativi comunitari entro un termine decadenziale⁹¹. Un diverso regime di contestazione giurisdizionale degli atti amministrativi nazionali anticomunitari determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra provvedimenti analoghi sotto il profilo della natura giuridica e dei vizi di cui sono inficiati⁹².

A militare per la tesi contraria alla disapplicabilità dei provvedimenti amministrativi nazionali anticomunitari anche il rilievo dell'assenza di qualunque riferimento normativo cui si possa ancorare il potere giurisdizionale disapplicativo: si è sopra rilevato come la disapplicazione provvedimentoale è un potere che l'articolo 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo attribuisce esclusivamente al giudice ordinario. In sede pretoria, il potere di disapplicazione è stato attribuito al giudice amministrativo solo in circoscritte e determinate ipotesi tra le quali, tuttavia, non figura quella della disapplicazione provvedimentoale in ossequio al principio di inoppugnabilità e decadenza processuale⁹³.

Anche in un'ottica processuale più generale, si aggiunge, la disapplicabilità in sede giurisdizionale di un provvedimento amministrativo anticomunitario andrebbe, di certo, a scontrarsi con il principio della domanda, ex articolo 112 c.p.c., e di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e la sentenza conclusiva del giudizio sarebbe affetta dal vizio di ultrapetizione, non potendo il giudice pronunciarsi in senso diverso da quanto richiesto dalle parti. Il principio della

⁹⁰ Cfr.: BARBIERI E. M., *Ancora sulla disapplicazione*, cit., 152; CARINGELLA F., *Corso*, cit., I, 305; CHIOLA G., *Considerazioni sulla legalità comunitaria*, cit., 53; ID., *L'ordinamento comunitario*, cit., 62; GIOVAGNOLI R., *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario*, cit., 908; RAGAZZO M., *L'autotutela amministrativa*, cit., 292; SUSCA A., op. cit., 515.

⁹¹ Cfr.: CARINGELLA F., *Corso*, cit., 2003, II, 1707; FALCON G., *Alcune osservazioni*, cit., 80; MAZZELLA L., op. cit., 226; RAGAZZO M., *L'autotutela amministrativa*, cit., 293; SUSCA A., op. cit., 516; VALAGUZZA S., *Sulla impossibilità di disapplicare*, cit., 1136.

⁹² FALCON G., *Alcune osservazioni*, cit., 79.

⁹³ Cfr.: GIACCHETTI S., *Profili problematici*, cit., 105.

domanda, nel processo amministrativo ha, invero, secondo la dottrina maggioritaria, rilievo centrale e svolge un ruolo di insostituibile portata in quanto coniuga i principi costituzionali di azione e difesa in giudizio, di legalità dell'azione amministrativa e di certezza del diritto.

Infine, si osserva, ammettere la disapplicazione in sede giurisdizionale degli atti amministrativi anticomunitari anche decorso il termine di impugnazione dei medesimi, determinerebbe la creazione di un sistema processuale doppio in cui i provvedimenti amministrativi affetti dal vizio di violazione di legge sarebbero sottoposti ad un regime differente a seconda del tipo di norma violata⁹⁴. E ciò senza che un simile rigore sia formalmente richiesto neanche in sede comunitaria⁹⁵⁻⁹⁶.

⁹⁴ Cfr.: GATTO A., op. cit., 1446; MACCABIANI N., *La primauté del diritto comunitario non “deroga” al regime processuale nazionale: breve nota in merito all’ordinanza del Consiglio di Stato, n. 1053 del 2002*, in *Riv. giur. edil.*, 2002, 1086; CANNADA BARTOLI E., *L’inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 196.

⁹⁵ Cfr.: ANTONIOLI M., *Inoppugnabilità*, cit., 1374; CHIOLA G., *L’ordinamento comunitario*, cit, 57 ss.

⁹⁶ Per completezza espositiva, occorre riportare l’orientamento di una pare, suppur minoritaria, della dottrina che considera la disapplicazione del provvedimento amministrativo illegittimo, un rimedio praticabile, ma solo a determinate condizioni. In particolare, secondo l’impostazione in esame la disapplicazione del provvedimento amministrativo è possibile solo ove lo stesso violi una norma di diritto comunitario direttamente applicabile, si tratti di un provvedimento di carattere generale che l’interessato, pur essendone leso, non può impugnare per mancanza di interesse attuale a ricorrere e il contrasto tra diritto nazionale e diritto comunitario sia stato accertato da una decisione di un organo comunitario giurisdizionale o amministrativo. Quanto al primo requisito la dottrina in esame ha, infatti, rilevato: “*occorre, in altri termini, leggere ... i principi comunitari sulla diretta applicabilità come se l’affermazione del carattere direttamente applicabile fosse accompagnata dalla statuizione dell’obbligo di disapplicare le disposizioni che ostacolano l’efficacia del diritto comunitario*” (CHIOLA G., *L’ordinamento comunitario*, cit. 93 e ROSSOLINI R., *Conflitto tra diritto comunitario e provvedimento amministrativo*, cit., 43 ss.). In tale prospettiva, dunque, la disapplicazione del provvedimento amministrativo è diretta conseguenza del principio di efficacia diretta delle disposizioni comunitarie direttamente applicabili e dell’obbligo di leale collaborazione sancito dall’articolo 10 del Trattato CE. Osserva ancora la dottrina che riconoscere: “*alle norme di qualsiasi grado o ai provvedimenti amministrativi effetti impeditivi delle prescrizioni comunitarie anche se temporanei, equivarrebbe a compromettere l’autonomia dell’ordinamento comunitario, ovvero pregiudicare i fondamenti stessi della Comunità ed ammettere che gli Stati membri possano ignorare gli impegni assunti in via definitiva. Ciò significa che l’ordinamento comunitario non consente che la diretta applicabilità delle sue norme sia paralizzata anche solo in parte e temporaneamente. Lo stesso esige che le sue disposizioni precettive ricevano, da momento della loro entrata in vigore, diretta applicazione da parte di tutte le autorità interne, indipendentemente dall’esistenza di qualsiasi atto o provvedimento a ciò ostativo*” (CHIOLA G., *L’ordinamento comunitario*, cit.). In ordine al tipo di provvedimenti disapplicabili, la dottrina citata osserva come debba trattarsi di provvedimenti generali che incidono sulla sfera giuridica dell’interessato ma di cui questi possa avere diretta conoscenza solo al momento dell’emanazione dell’atto applicativo del medesimo e nei confronti dei quali, dunque, il soggetto danneggiato non possa invocare alcuna tutela giurisdizionale (CHIOLA G., *L’ordinamento comunitario*, cit., 30). Infine, si osserva, in ossequio al principio di certezza del diritto occorre che il contrasto tra il provvedimento amministrativo e il diritto comunitario sia predicabile senza alcun margine di incertezza e, dunque, che sia acclarato da una decisione della Commissione o da una sentenza della Corte di giustizia (CHIOLA G., *L’ordinamento comunitario*, cit., 43 ss.; ROSSOLINI R., *Conflitto*, cit., 46, nt. 91).

Si noti, infatti, che la soluzione della disapplicazione dei provvedimenti amministrativi anticomunitari non è né comunitariamente imposta, né comunitariamente suggerita.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, infatti, costantemente afferma il principio di autonomia degli Stati membri nel fissare le tecniche di tutela delle situazioni giuridiche soggettive di origine comunitaria. Il Giudice comunitario ha più volte ribadito che *“in mancanza di disciplina comunitaria in materia, spetta all’ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi effetto diretto”*⁹⁷. Allo stesso modo, la Corte di giustizia ha affermato che il termine di impugnazione degli atti amministrativi illegittimi previsto negli ordinamenti degli Stati membri a pena di decadenza, non può mai essere censurato in via autonoma e non lo si può ritenere un ostacolo per il diritto comunitario⁹⁸.

Anche le pronunce che sembrano deporre in senso favorevole alla disapplicazione dei provvedimenti amministrativi anticomunitari contengono, in realtà, statuizioni che, ad una più attenta lettura, intendono fornire coordinate interpretative del tutto differenti.

Così è, ad esempio, per la sentenza *Ciola* ove la disapplicabilità dell’atto amministrativo anticomunitario è stata affermata per la sola ipotesi in cui questo rappresenti il presupposto di una sanzione penale, analogamente a quanto può accadere nel nostro ordinamento con un regolamento presupposto di un successivo provvedimento amministrativo. E si è riconosciuto al giudice amministrativo lo stesso potere che ha il giudice penale qualora accerti l’illegittimità dell’ordine o del provvedimento amministrativo *ex art. 650 c.p.*⁹⁹.

⁹⁷ Corte di Giustizia, 14 dicembre 1995, C-312/93, *Peterbroeck*.

⁹⁸ Corte di Giustizia, 12 dicembre 2002, C-470/99, *Universale-Bau*; Id., 14 dicembre 1995, C-312/93, *Peterbroeck*.

⁹⁹ Così BARBIERI E.M., *Ancora sulla disapplicazione di provvedimenti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 153. In senso analogo cfr.: LEONE C., *Disapplicabilità dell’atto amministrativo in contrasto con la disciplina comunitaria? Finalmente una parola chiara dalla Corte*

Allo stesso modo, nella sentenza *Santex* la Corte di giustizia ha riconosciuto l'autonomia degli Stati membri nella determinazione delle modalità dei termini di impugnazione dei provvedimenti lesivi di situazioni giuridiche soggettive di diritto comunitario, ha posto come unico limite il rispetto del principio di equivalenza ed effettività ed ha considerato conforme a detti principi la previsione normativa nazionale che imponga l'impugnazione dei provvedimenti medesimi entro il termine decadenziale di sessanta giorni.

Rilevato, dunque, che la giurisprudenza ormai consolidata e la dottrina maggioritaria concordano con le indicazioni della Corte di giustizia che riconosce piena autonomia procedurale agli Stati membri e considera aderente al principio di uguaglianza e di effettività la regola della inoppugnabilità e della decadenza processuale, preme osservare che il profilo controverso che crea un disallineamento evidente e non ancora risolto tra Corte di giustizia e Corti nazionali riguarda la conseguenze da riconnettere alla tardiva impugnazione del provvedimento amministrativo anticomunitario.

Se, infatti, l'atto ritenuto illegittimo viene impugnato nei termini sarà annullabile, alla stregua di qualunque altro provvedimento amministrativo, in caso di illegittimità comunitaria diretta; sarà nullo o annullabile, a seconda che contrasti con una norma attributiva o meramente regolativa del potere, in caso di illegittimità comunitaria indiretta.

Più controversa l'ipotesi in cui il provvedimento amministrativo venga impugnato in sede giurisdizionale, ma oltre l'ordinario termine di decadenza.

In tal caso, il Consiglio di Stato e i Tribunali amministrativi di primo grado sono concordi e inamovibili nel ritenere il ricorso irricevibile per decorso del termine perentorio. Si ritiene, infatti, che conseguenza immediata e necessitata del carattere annullabile del provvedimento amministrativo sia l'efficacia del medesimo fino alla eventuale sua rimozione in sede di esercizio del potere di autotutela e l'inoppugnabilità definitiva del medesimo, decorso il termine decadenziale:

di giustizia, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 901; COCCO G., *Incompatibilità comunitaria degli atti amministrativi*, *Coordinate tecniche e applicazioni pratiche*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 448.

“Secondo l'orientamento tuttora prevalente nella giurisprudenza amministrativa, la violazione del diritto comunitario implica soltanto un vizio di legittimità, con conseguente annullabilità dell'atto amministrativo, in quanto l'art. 21-septies della legge n. 241 del 1990 ha codificato in numero chiuso le ipotesi di nullità del provvedimento, senza includervi la violazione del diritto comunitario, salva l'ipotesi in cui ad essere in contrasto con il precetto del diritto dell'unione europea sia la norma interna attributiva del potere (cfr., tra molte: Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003 n. 35; Id., sez. IV, 21 febbraio 2005 n. 579; Id., sez. VI, 20 maggio 2005 n. 2566; Id., sez. V, 19 maggio 2009 n. 3072). Da tanto consegue, sul piano processuale, l'onere per l'interessato di impugnare il provvedimento contrastante con il diritto comunitario dinanzi al giudice amministrativo, entro il termine di decadenza previsto dalla legge processuale interna, pena la inoppugnabilità dello stesso” (T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 11 gennaio 2012, n. 102)

Nello stesso senso, il Consiglio di Stato riferisce:

“.... la violazione del diritto comunitario implica solo un vizio di legittimità, con conseguente annullabilità dell'atto amministrativo ... Da tanto consegue: a) (sul piano processuale) l'onere dell'impugnazione del provvedimento contrastante con il diritto comunitario, dinanzi al giudice amministrativo entro il termine di decadenza, pena la inoppugnabilità; b) (sul piano sostanziale) l'obbligo per l'Amministrazione di dar corso all'applicazione dell'atto, salva l'autotutela (Cons. Stato, V, 8 settembre 2008, n. 4263)” (Cons. Stato, sez. VI, 31 marzo 2011 n. 1983)¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Conformi: Consiglio di Stato, sez. V, 19 maggio 2009, n. 3072 *“la violazione del diritto comunitario implica un vizio di illegittimità - annullabilità dell'atto amministrativo con esso contrastante, mentre la nullità (o l'inesistenza) è configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere) incompatibile con il diritto comunitario (e quindi disapplicabile). Logici corollari di tale ricostruzione sono: a) sul piano processuale, l'onere dell'impugnazione del provvedimento contrastante con il diritto comunitario dinanzi al giudice amministrativo entro il prescritto termine di decadenza, pena la sua inoppugnabilità; b) l'obbligo per l'amministrazione di applicare l'atto illegittimo salvo il ricorso ai poteri di autotutela”*; Consiglio di Stato, sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579: *“La applicazione del principio di autonomia degli Stati membri in sede di regole processuali, porta a concludere*

Al contrario, la Corte di Giustizia, nella sentenza *Santex*, si è aperta alla possibilità che, in casi eccezionali, il principio di inoppugnabilità e decadenza processuale receda rispetto a quello di primazia del diritto comunitario. Si è affermato, infatti, che *«ai fini dell'applicazione del principio di effettività, ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario deve essere esaminato tenendo conto, in particolare, del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento nonché dello svolgimento e delle peculiarità di quest'ultimo»*. Dunque, il termine di decadenza di sessanta giorni per l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi anticomunitari, che in generale non lede né il principio di uguaglianza né il principio di effettività, potrebbe essere disapplicato dal giudice amministrativo qualora il decorso del termine medesimo sia dipeso non da incuria o disattenzione del ricorrente, ma da un comportamento dell'amministrazione procedente che ha reso obiettivamente impossibile il rispetto del termine decadenziale. Nel caso esaminato dal giudice comunitario, in particolare, il decorso del termine di sessanta giorni per poter impugnare la clausola del bando preclusiva della partecipazione alla gara era inutilmente decorso a cagione di un intervento tardivo della stazione appaltante nella comunicazione dell'interpretazione da attribuire alla clausola ambigua. L'indicazione della portata della clausola in questione, avvenuta solo al momento della trasmissione del provvedimento di esclusione, aveva creato forti incertezze sulla carica lesiva della stessa e aveva fatto inutilmente decorrere il termine per agire in giudizio. Ciò avrebbe determinato, secondo le coordinate processuali nazionali, una declaratoria di irricevibilità del ricorso proposto. La Corte di Giustizia perviene ad altra soluzione: la prescrizione normativa che considera decadenziale il termine di impugnazione è, in tal caso, lesiva del principio di effettività del diritto comunitario perché rende

che, anche nella ipotesi in cui l'atto presupposto (il bando come atto generale) sia violativo del diritto comunitario, la omessa impugnazione nel termine di decadenza (se immediatamente preclusivo, come nella specie), determini la inammissibilità del ricorso avverso l'atto applicativo»; Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35: *“l'inosservanza di una disposizione comunitaria direttamente applicabile comporta, alla stregua degli ordinari canoni di valutazione della patologia dell'atto amministrativo, l'annullabilità del provvedimento viziato nonché, sul piano processuale, l'onere della sua impugnazione dinanzi al Giudice Amministrativo entro il prescritto termine di decadenza, pena la sua inoppugnabilità”*.

praticamente impossibile l'avvio di un procedimento giurisdizionale.

In tali casi, qualora le peculiarità del caso concreto portino a rinvenire la causa dell'inutile decorrenza del termine di impugnazione nel comportamento colposo dell'amministrazione interessata, il giudice può conoscere della legittimità del provvedimento impugnato disapplicando la norma nazionale che prescrive il rispetto del termine di decadenza.

Anche nell'ipotesi considerata, dunque, la Corte non suggerisce la disapplicazione in sede processuale del provvedimento anticomunitario, ma ritiene sufficiente la disapplicazione della norma nazionale che non consente la conoscibilità del provvedimento amministrativo da parte del giudice competente.

Si tratta, a ben vedere, della stessa soluzione processuale proposta in sede di risoluzione del contrasto tra giudicato nazionale e diritto comunitario. Anche nella sentenza *Lucchini* la Corte di giustizia, al fine di tutelare la primazia del diritto comunitario, ha sancito il principio secondo cui il diritto comunitario osta all'applicazione dell'articolo 2909 c.c. nei limiti in cui l'autorità di cosa giudicata impedisca il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario.

A ben vedere, tuttavia, sebbene i Giudici amministrativi nazionali siano saldamente legati al principio di inoppugnabilità e manchi, in seno alla giurisprudenza amministrativa qualunque apertura alla possibilità prospettata in sede comunitaria, uno strumento processuale validamente utilizzabile per porre in armonia il sistema processuale nazionale con quello comunitario è quello della rimessione in termini per errore scusabile¹⁰¹.

L'articolo 37 del Codice del processo amministrativo prescrive: *“Il giudice può disporre, anche d'ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto”*.

¹⁰¹ Sul punto Cfr.: GILI L., *Sulla rimessione in termini per errore scusabile nel processo amministrativo e sui valori così tutelati*, in *Foro amm., T.a.r.*, 2002, 3216 ss.; GIOVAGNOLI R. e FRATINI M., *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, II, *Invaldità e autotutela*, Milano, 2007, 136 ss.; IEVA L., *Il termine per ricorrere*, in R. GIOVAGNOLI – L. IEVA – G. PESCE (a cura di), *Il processo amministrativo di primo grado*, Milano 2005, 409 ss.

L'istituto dell'errore scusabile, che prima dell'introduzione del Codice del processo amministrativo, trovava disciplina negli articoli 34 e 36 del Testo unico sul Consiglio di Stato, nonché nell'articolo 34 della successiva l.n. 1034 del 1971, costituisce l'unica possibile deroga alla regola della perentorietà del termine di decadenza ed esige la ricorrenza di una situazione, di fatto o di diritto, di oggettiva incertezza che induca palesemente in errore il soggetto interessato circa l'attualità dell'onere di impugnazione. In tal caso, la difficoltà, complessità od equivocità della fattispecie controversa ingenera un affidamento incolpevole circa l'insussistenza del predetto onere e legittima il ricorrente a richiedere la rimessione in termini.

Si tratta di un rimedio che, per la *ratio* che lo sostiene, può essere applicato d'ufficio dal giudice, ma che, in considerazione dell'ampia discrezionalità che riconosce al giudice amministrativo nell'accertamento dei presupposti suddetti, viene considerato dalla giurisprudenza, di stretta interpretazione, a tutela del principio di parità delle parti (articolo 1, comma 2 c.p.a.) e di decadenza processuale. In tal senso:

“L'art. 37 c. proc. amm., nella parte in cui stabilisce che la rimessione in termini per errore scusabile può essere disposta solo in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto, è norma di stretta interpretazione, dal momento che un uso eccessivamente ampio della discrezionalità giudiziaria che essa presuppone, lungi dal rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale, potrebbe alla fine risolversi in un grave vulnus del pariordinato principio di parità delle parti richiamato dall'art. 2, comma 1, dello stesso codice, sul versante del rispetto dei termini perentori stabiliti dalla legge processuale” (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 dicembre 2010, n. 3)¹⁰².

¹⁰² Conformi: Consiglio di Stato, 28 febbraio 2012, n. 1127: *“Il riconoscimento dell'errore scusabile, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, che lo ha fondato su un'ipotetica mancata conoscenza di una parte di provvedimento, per altro verso ampiamente noto alla ricorrente, è esito di un accertamento giurisprudenziale connotato dalla prudenza e dalla cautela imposti dall'eccezionalità del fatto, che ne impone una interpretazione stretta, in quanto, lungi dal rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale, potrebbe risolversi in un grave vulnus del pari ordinato principio di parità delle parti, in tema di rispetto dei termini perentori stabiliti dalla legge processuale. Per tali ragioni, la giurisprudenza non ritiene sufficienti per la sua*

E' stato in seno alla giurisprudenza della Corte dei Conti che l'istituto dell'errore scusabile ha trovato la sua prima applicazione. Nella sentenza 5 giugno 1883 la Corte ritenne di poter ammettere la proposizione dinnanzi al giudice competente di un ricorso proposto avverso un decreto del consiglio di prefettura in materia di conti comunali, nonostante lo stesso fosse divenuto inoppugnabile perché proposto dinnanzi al Tribunale civile, allora incompetente. Anche nelle pronunce immediatamente successive, l'istituto dell'errore scusabile venne invocato ed applicato nella sola ipotesi in cui l'impugnazione era stata proposta dinnanzi ad un giudice non competente. In tal caso, si riteneva che in virtù dell'istituto dell'errore scusabile l'impugnazione, benché irregolare, determinasse la sospensione del decorso del termine di decadenza e, per l'effetto, precludeva il passaggio in giudicato della sentenza.

Successivamente, si introdusse, quale presupposto di operatività dell'istituto dell'errore scusabile, il requisito della buona fede e si ritenne che la

concessione la buona fede e l'esistenza di fattori soggettivi del ricorrente, dovendosi ancorare tale beneficio a oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto, come ora espressamente riconosciuto dall'art. 37 del codice del processo amministrativo (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. IV, 25 marzo 2011, n. 1853)"; Consiglio di Stato, sez. V, 08 ottobre 2011, n. 5496: "L'art. 37 c.p.a., nella parte in cui stabilisce che la remissione in termini per errore scusabile può essere disposta solo in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto, è norma di stretta interpretazione, dal momento che un uso eccessivamente ampio della discrezionalità giudiziaria che essa presuppone, lungi dal rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale, potrebbe alla fine risolversi in un grave vulnus del pari ordinato principio di parità delle parti richiamato dall'art. 2, comma 1, dello stesso Codice, sul versante del rispetto dei termini perentori stabiliti dalla legge processuale (Consiglio Stato ad. plen., 2 dicembre 2010, n. 3)"; Consiglio di Stato, 25 marzo 2011, n. 1853: "il principio della scusabilità dell'errore è applicabile in tutti i casi in cui si verta in una situazione di diritto obiettivamente incerta per instabilità della giurisprudenza, per la novità delle disposizioni normative di dubbia interpretazione o - comunque - per la complessità di situazioni di incerta configurazione (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, Sez. VI, 4 marzo 1980 n. 283). Tale disciplina, laddove pertanto consente la remissione in termini in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto, è di stretta interpretazione, dal momento che un uso eccessivamente ampio della discrezionalità giudiziaria che essa presuppone, lungi dal rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale, potrebbe alla fine risolversi in un grave vulnus del pari ordinato principio di parità delle parti, ora anche espressamente richiamato dall'art. 2, comma 1, cod. proc. amm., sul versante del rispetto dei termini perentori stabiliti dalla legge processuale (Cons. Stato, A.P., 2 dicembre 2010 n. 3)"; T.a.r. Milano, sez. III, 9 marzo 2011, n. 676: "l'art. 37 c.p.a., nella parte in cui stabilisce che la remissione in termini per errore scusabile può essere disposta solo in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto, è norma di stretta interpretazione, dal momento che un uso eccessivamente ampio della discrezionalità giudiziaria che essa presuppone, lungi dal rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale, potrebbe alla fine risolversi in un grave vulnus del pari ordinato principio di parità delle parti richiamato dall'art. 2, comma 1, c.p.a., sul versante del rispetto dei termini perentori stabiliti dalla legge processuale (cfr. Consiglio Stato, a. plen., 2 dicembre 2010 n. 3)".

scusabilità dell'errore potesse essere riconosciuta solo in presenza di un *“errore di diritto compatibile con la buona fede”*¹⁰³.

Con l'istituzione della V sezione del Consiglio di Stato, alla quale venne attribuita una competenza per materia propria e distinta da quella della IV sezione, il ricorso all'istituto dell'errore scusabile divenne sempre più frequente. I ricorsi indirizzati alla sezione incompetente per materia aumentarono sensibilmente e a tutti venne riconosciuto il beneficio dell'errore scusabile purché il ricorso fosse stato proposto entro il termine di legge. In tali casi, dal giorno della notifica del ricorso alla sezione incompetente il decorso del termine decadenziale veniva sospeso fino alla conoscenza legale della decisione di incompetenza notificata al ricorrente, il quale poteva, così, riproporre il gravame dinnanzi alla sezione competente.

La prassi giurisprudenziale di riconnettere alla scusabilità dell'errore la conseguenza della sospensione del termine decadenziale per la proposizione del ricorso cedette il passo alla diversa conseguenza dell'assegnazione di un nuovo termine per la riproposizione del ricorso solo dopo l'introduzione degli articoli 34 e 36 del Testo Unico sul Consiglio di Stato, nonché dell'articolo 34 della successiva l.n. 1034 del 1971.

A tal punto, l'attenzione della giurisprudenza fu tutta concentrata sulla esatta determinazione del concetto di *“errore scusabile”* e sull'individuazione delle ipotesi in presenza delle quali poteva concedersi un nuovo termine per la proposizione del ricorso.

Attualmente, l'articolo 37 c.p.a. lo ammette in due casi: per ragioni di incertezza su questioni di diritto e per gravi impedimenti di fatto.

Sono gravi impedimenti di fatto quelli derivanti dal ritardo nella notifica del ricorso introduttivo, imputabile ai soggetti notificanti. Anche prima dell'introduzione del Codice del processo amministrativo, la giurisprudenza costantemente consentiva la rinnovazione della notificazione allorché la notifica non fosse andata a buon fine per ragioni imputabili al notificante¹⁰⁴.

¹⁰³ In tal senso, Consiglio di Stato, sez. IV, 11 dicembre 1894; Id. 12 marzo 1897.

¹⁰⁴ In tal senso, ad esempio: Consiglio di Stato, sez. VI, 18 agosto 2010, n. 5886 *“la giurisprudenza ha valutato la percorribilità di tale rimedio in ipotesi in cui fossero intervenute lacune nel procedimento notificatorio. Si è pertanto affermato, che “gli errori di rito nella notificazione del ricorso giurisdizionale, ove siano imputabili*

Inoltre, per effetto del rinvio esterno operato dall'articolo 39 c.p.a., si ritengono applicabili al processo amministrativo anche gli artt. 184 bis, 650 e 668 c.p.c. La prima disposizione consente alla parte di chiedere al giudice di essere rimessa in termini qualora dimostri di essere incorsa in decadenza per causa a lei non imputabile; l'articolo 650 c.p.c. consente l'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo cagionata da irregolarità della notificazione o dipesa da caso fortuito o forza maggiore; l'articolo 668 c.p.c. consente l'opposizione tardiva al provvedimento di convalida di sfratto o di intimazione di licenza per finita locazione al soggetto che provi di non "averne avuto tempestiva conoscenza per irregolarità della notificazione o per caso fortuito o forza maggiore".

La giurisprudenza unanimemente riconduce nella categoria delle "incertezze giuridiche" i casi in cui si verifichi un'invalidità o irregolarità nella produzione degli atti processuali a cagione del mutare della disciplina legislativa, di obiettive difficoltà interpretative che essa pone o di mutamenti interpretativi giurisprudenziali:

"... il giudice amministrativo, in virtù del principio generale già affermato nell'art. 34 del T.U. n. 1054 del 1924 e richiamato nell'art. 34 l. n. 1034 del 1971, può temperare il rigore della previsione di un termine di decadenza ove ritenga che

agli organi pubblici dei quali la parte è tenuta ad avvalersi, non possono incidere sul diritto costituzionalmente garantito alla tutela giurisdizionale, e, ove la notificazione irregolare non abbia raggiunto il suo scopo, è ben configurabile un'ipotesi di errore scusabile con conseguente riammissione in termini per la rinnovazione della notificazione."; Consiglio di Stato, sez. VI, 05 aprile 2007, n. 1549: *"Sussistono invece le condizioni il riconoscimento dell'errore scusabile - secondo quanto prospettato dall'odierno appellato dott. Stadler - con conseguente remissione in termini al fine di consentire la rinnovazione della notifica irrualmente effettuata. Al riguardo giova infatti osservare che già l'Adunanza Plenaria (con la decisione 3 luglio 1997, n. 11) ebbe a rilevare che eventuali errori di rito nella notificazione del ricorso giurisdizionale, ove siano imputabili agli organi pubblici dei quali il ricorrente è tenuto ad avvalersi non possono incidere sul diritto costituzionalmente garantito alla tutela giurisdizionale; e pertanto, ove la notificazione irregolare non abbia raggiunto il suo scopo, il giudice, riconosciuto l'errore scusabile, deve riammettere in termini il ricorrente per la rinnovazione della notifica";* Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 03 luglio 1997, n. 11: *"L'inammissibilità o irricevibilità del ricorso giurisdizionale per errori imputabili agli organi pubblici che procedono alla notificazione, non possono essere ritenute a carico del ricorrente: qualora ricorrano tali circostanze, e gli appellati non si siano costituiti in giudizio, il giudice deve rimettere nei termini il ricorrente, affinché egli rinnovi la notificazione irregolare che non ha raggiunto il suo scopo"*.

l'errore in cui sia incorso il ricorrente possa essere ritenuto scusabile; è noto, altresì, che l'istituto dell'errore scusabile deve ritenersi applicabile ad ogni tipo di possibile invalidità o irregolarità degli atti processuali, collegata al mutare della disciplina legislativa, alla difficoltà obiettiva di interpretazione, od alle innovazioni nella giurisprudenza amministrativa” (Consiglio di Stato ad. plen., 31/05/2002, n. 5)¹⁰⁵

A giustificare il ricorso all’istituto dell’errore scusabile può essere, altresì, secondo l’orientamento pretorio, la complessità della fattispecie:

“Quanto alla mancata concessione del beneficio dell'errore scusabile invocato dall'interessata, appare sufficiente il richiamo ai consolidati principi elaborati dalla giurisprudenza relativamente all'applicazione del predetto istituto con i quali si sono precisati i necessari presupposti: difficoltà di interpretazione della norma da applicare nel caso concreto, oscillazioni della giurisprudenza, particolare complessità della fattispecie ed infine comportamento dell'Amministrazione tale da ingenerare equivoci, presupposti ritenuti insussistenti nel caso in esame dove viene in discussione un provvedimento autoritativo della P.A. rispetto al quale la normativa vigente indica chiaramente nel giudice amministrativo l'organo giurisdizionale cui appartiene la cognizione della relativa controversia” (Consiglio di Stato, sez. IV, 23/11/2000, n. 6233)

Anche il carattere atecnico ed equivoco delle espressioni utilizzate dal legislatore possono dar luogo a difficoltà ermeneutiche tali da legittimare il ricorso all’istituto dell’errore scusabile. In tal senso:

¹⁰⁵ Nello stesso senso: T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 10 novembre 2011, n. 5261: *“In ogni caso, va apprezzata la eventuale scusabilità dell'errore, atteso che il gravame è stato notificato il giorno stesso della entrata in vigore del DLgs n. 104/2010”* .

*“... occorre dar atto della tardività del deposito del ricorso da parte dell'ATI ***, ma nel contempo della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento della scusabilità dell'errore, avuto riguardo alla equivocità e atecnicità dell'espressione "salvo quelli per la proposizione del ricorso", contenuta nel co. 2, ed alla composizione del contrasto giurisprudenziale avvenuta - come si è visto - solo di recente, restando evidentemente irrilevante, ai fini del riconoscimento del beneficio in parola, il precedente dibattito svoltosi sull'interpretazione dell'art. 19 del D.L. n. 67 del 1997, il quale poneva altra norma, diversamente formulata, ancorché costituente l'antecedente storico dell'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971” (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 25/03/2003, n. 2578)*

Del pari rilievo è stato riconosciuto all'ipotesi in cui sia intervenuta un'ordinanza di rimessione di una questione interpretativa controversa all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Anche in tal caso, salvo che sia intervenuto un notevole lasso di tempo dalla pronuncia o una legge interpretativa della norma di difficile comprensione, l'eventuale vizio di invalidità o di irregolarità nella proposizione del ricorso introduttivo o nell'adempimento di successive incombenze processuali può dar luogo al riconoscimento, d'ufficio, del beneficio in esame:

“... Tuttavia giova evidenziare che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 5 del 31 maggio 2002, nel chiarire come "la nuova disciplina introdotta con l'articolo 4 della legge n. 205 del 2000, nel sostituire, mettendola a regime, nell'ambito delle nuove disposizioni in materia di giustizia amministrativa, la speciale disciplina a suo tempo dettata limitatamente ai giudizi in materia di opere pubbliche e di pubblica utilità e con riferimento ai provvedimenti dell'autorità delle telecomunicazioni, abbia mantenuto la portata generale della regola del dimezzamento di tutti i termini processuali (riferibili, quindi, anche al termine per il deposito del ricorso in appello), salvo le eccezioni a tale regola generale espressamente indicate", ha dato sostanzialmente atto delle obiettive difficoltà e ambiguità della predetta disposizione, che - del resto - avevano giustificato

l'ordinanza di rimessione della questione alla Adunanza Plenaria. Sulla base di tale autorevole indirizzo giurisprudenziale può essere allora riconosciuto nella fattispecie in esame (perfezionatasi prima della citata decisione) l'errore scusabile, il cui beneficio può essere concesso d'ufficio, prescindendo da qualsiasi istanza di parte (C.d.S., sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1407)” (Consiglio di Stato, sez. IV, 29/07/2003, n. 4352).

Un attento esame delle pronunce giurisprudenziali intervenute in materia mostra, inoltre, come significativo rilievo ai fini del riconoscimento dell'errore scusabile possono assumere anche eventuali comportamenti equivoci o fuorvianti dell'amministrazione che abbiano reso più difficile la formulazione della domanda di giustizia.

In tal senso, T.a.r. Piemonte, sez. II, 27 gennaio 1994, n. 59:

“L'istituto dell'errore scusabile disciplinato dall'art. 34 r.d. 26 giugno 1924 n. 1054 e dall'art. 34 l. 6 dicembre 1971 n. 1034, appare di generale applicazione nel sistema della giustizia amministrativa, suscettibile di utilizzazione in tutti i casi in cui siano ravvisabili situazioni di obiettiva incertezza normativa, connesse a difficoltà interpretative ovvero ad oscillazioni giurisprudenziali o di comportamenti fuorvianti della stessa amministrazione, dai quali possa conseguire difficoltà nella domanda di giustizia ed una effettiva diminuzione della tutela giurisdizionale”.

Orbene, il presupposto per la riconoscibilità del beneficio della rimessione in termini per errore scusabile da ultimo considerato, coincide perfettamente con quello previsto dalla Corte di Giustizia quale condizione di operatività della deroga al principio di inoppugnabilità e di decadenza processuale. Anche il Giudice comunitario, infatti, ha ritenuto necessaria, pena la violazione del principio di effettività, la disapplicazione della norma nazionale che prescrive il rispetto del termine di impugnazione a pena di decadenza nella sola ipotesi in cui l'inutile decorso del termine stesso sia imputabile ad un comportamento dell'amministrazione procedente.

Nulla, dunque, si opporrebbe all'utilizzo, da parte dei giudici nazionali, dello strumento in esame al fine di dare ingresso alla possibilità che il diritto comunitario riceva piena ed effettiva attuazione anche nell'ipotesi di provvedimento amministrativo anticomunitario tardivamente impugnato.

La soluzione prospettata dalla Corte di Giustizia e quella derivante dall'applicazione dell'istituto della rimessione in termini, seppur analoghe sotto il profilo dei presupposti applicativi, non conducono al medesimo risultato pratico: la Corte comunitaria suggerisce la disapplicazione della disposizione nazionale che prescrive la decadenza e l'immediata conoscenza della legittimità del provvedimento impugnato; nel caso della rimessione in termini, invece, il giudice non potrebbe procedere da subito all'accertamento dei vizi di illegittimità denunciati dal ricorrente, ma dovrebbe rinnovare il termine di proposizione del ricorso e spostare in avanti nel tempo la conoscenza dei motivi gravame. L'intervento del giudice adito sul provvedimento impugnato, oltre che eventuale, perché pur sempre subordinato alla corretta proposizione successiva del ricorso, interverrebbe in un momento successivo all'accertamento della riconducibilità alla pubblica amministrazione dell'inutile decorso del termine impugnatorio.

Si tratterebbe, tuttavia, di un rimedio che, seppur costretto a scontare le inevitabili conseguenze dell'adattamento del *dictum* comunitario al regime processuale nazionale vigente, consentirebbe, pur sempre, di conformarsi all'orientamento comunitario tramite l'utilizzo di un istituto processuale già contemplato dal Codice del processo amministrativo e, dunque, nel pieno rispetto del principio di legalità e di rafforzare, sotto il profilo dell'effettività, l'attuazione del diritto comunitario sul territorio nazionale.

Ad oggi, tuttavia, mancano, nel panorama pretorio nazionale, pronunce disposte ad aprire un varco verso il riconoscimento di un maggior grado di effettività al diritto comunitario nel senso indicato dalla Corte di Giustizia.

Nonostante siano trascorsi oltre cinquant'anni dalla nascita della Comunità europea i giudici nazionali stentano ancora ad abbandonare il sicuro baluardo del sistema normativo nazionale e consentire che il dogma della supremazia della legge e, soprattutto, di quella legge che sancisce principi giuridici antichi ma

ancora intangibili, possa cedere il passo a meccanismi di tutela nuovi ma proposti da un ordinamento che del nostro fa, ormai, parte integrante.

Neanche la presenza, già codificata, di uno strumento processuale idoneo a raggiungere tale obiettivo sembra sufficiente a distogliere l'attenzione pretoria dal religioso rispetto dei principi della tradizione giuridica nazionale.

Di certo, nessun organo giudiziario può totalmente disattendere ed oltrepassare i limiti operativi postigli da norme nazionali inderogabili. Il principio che assoggetta i giudici nazionali soltanto alla legge, contenuto nell'articolo 101 della Costituzione costituisce un pilastro essenziale della struttura dello Stato di diritto ed è stato ulteriormente ribadito e rafforzato dall'art. 6 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, che l'Italia ha recepito nel proprio ordinamento con l. 4 agosto 1955 n. 848. Il secondo comma dell'art. 101 del Testo costituzionale garantisce l'autonomia e l'indipendenza del giudice, che è reso immune dalle pressioni degli altri organi costituzionali e la cui unica soggezione è soltanto nei confronti della legge, ma, al contempo impone un limite: se è vero che i giudici sono soggetti soltanto alla legge, è altrettanto vero che non possono oltrepassarla e che nella legge essi devono ricercare e trovare il canone di valutazione precostituito dei singoli casi concreti. La rimessione in termini per errore scusabile è, tuttavia, un istituto ormai dotato di chiara consacrazione normativa e definito ambito applicativo. L'uso di esso al fine di attribuire maggiore effettività ad un ordinamento che è, ormai, anche il nostro, sarebbe, dunque, del tutto legittimo oltre che proficuo per una migliore armonia giuridica e una più celere integrazione europea.

CAPITOLO III
POTERE DI AUTOTUTELA E ILLEGITTIMITÀ COMUNITARIA
DELL'ATTO NAZIONALE

1. Il potere di autotutela come regola generale dell'azione amministrativa

Il potere di autotutela si sostanzia nell'emanazione di atti incidenti su precedenti determinazioni amministrative, al fine di assicurare costantemente la legittimità ovvero la rispondenza all'interesse pubblico dell'attività amministrativa.

Particolarmente dibattuto in dottrina è stato il profilo inerente l'esatto inquadramento dogmatico del potere di ritiro.

Secondo alcuni Autori, il potere di autotutela è espressione di una potestà di secondo grado esercitata nell'ambito di un procedimento caratterizzato dall'avere ad oggetto una precedente determinazione amministrativa, una teoria che, secondo alcuni, è poco condivisibile in quanto meramente descrittiva del potere in esame.

Secondo altri Autori, il potere di autotutela non sarebbe altro che una forma di autoimpugnazione, ovvero l'impugnativa operata dalla Pubblica Amministrazione dei propri atti amministrativi di fronte a se stessa con un procedimento che differisce da quello giustiziale solo per il fatto che non è proposto da un privato. A tale tesi si obietta, tuttavia, che è tipica di ogni impugnativa la previsione di termini decadenziali assenti in questo caso e che mentre l'impugnazione in sede giustiziale rende doveroso l'annullamento dell'atto illegittimo, in sede di autotutela l'annullamento del provvedimento illegittimo ha natura discrezionale.

Secondo un altro orientamento, invece, il potere di autotutela rientrerebbe nell'attività di amministrazione attiva, nell'attività provvedimentale, che ricomprende anche il potere di "rivedere" precedenti determinazioni. La principale conseguenza della tesi in esame consiste nell'impossibilità, per l'amministrazione procedente, di esaminare interessi pubblici diversi da quelli fondanti la norma attributiva del potere originario. Il riesame dell'amministrazione, in altri termini, non costituisce esercizio di un autonomo potere, ma del medesimo potere esercitato con l'emanazione del primo provvedimento. Di conseguenza, nella rivalutazione del provvedimento,

l'amministrazione potrà solo riconsiderare l'interesse contemplato nella norma attributiva del potere originario, non anche ulteriori interessi diversi e sopravvenuti.

Secondo altra tesi, il potere di autotutela rientra nella funzione di controllo della legittimità e della convenienza degli atti. Tale ricostruzione, tuttavia, non sembra tener conto del fatto che i controlli amministrativi sono tipizzati dal legislatore, non implicano valutazioni discrezionali e sono affidati ad organi diversi da quelli che hanno emanato l'atto soggetto a controllo.

Attualmente sembra prevalere in dottrina la tesi del Benvenuti che considera il potere di autotutela un potere autonomo da ricondurre nella c.d. autotutela decisoria, intesa quale potere della pubblica Amministrazione di risolvere da sé le controversie ed i conflitti con i privati, anche mediante il sindacato (di legittimità e di merito) dei propri atti e comportamenti, la cui origine storica è da far risalire all'organizzazione propria dello Stato assoluto in cui si assisteva alla concentrazione in capo agli organi amministrativi di funzioni legislative e giurisdizionali.

Tradizionalmente, la dottrina, inoltre, individua due possibili manifestazioni del potere di autotutela e distingue l' "autotutela decisoria" da quella "esecutiva".

L'autotutela esecutiva si estrinseca nel compimento di attività dirette alla materiale e concreta attuazione di precedenti provvedimenti, senza necessità di ricorrere ad un provvedimento di natura giurisdizionale. Trova la sua disciplina negli articoli 21-ter e 21-quater della legge n. 241 del 1990, introdotti dalla legge n. 15/2005, che disciplinano, rispettivamente, gli istituti dell'esecutorietà e dell'esecutività del provvedimento amministrativo.

L'esecutorietà indica l'attitudine del provvedimento ad essere attuato coattivamente e viene tradizionalmente distinta dall'attività di esecuzione che è, invece, il complesso degli atti, giuridici o materiali, volti a realizzare gli effetti giuridici dell'atto.

Rispetto all'art. 21-ter la dottrina costantemente ribadisce che dalla lettera della norma traspare con chiarezza che l'esecuzione coattiva da parte della Pubblica Amministrazione di obblighi imposti da provvedimenti amministrativi, presuppone l'esistenza di una specifica norma di legge attributiva del relativo potere coattivo e

disciplinante le modalità procedurali del suo esercizio. La legge deve, dunque, disciplinare sia l'*an* del potere che il *quomodo* del suo esercizio. L'espressione "legge", inoltre, è da intendersi in senso stretto, come atto avente forza e valore di legge, sia di competenza dello Stato che delle Regioni. Dunque, la disciplina suddetta non può essere contenuta in norme di fonti secondarie.

Le ipotesi principali in cui la legge consente alla Pubblica Amministrazione di portare ad esecuzione i propri provvedimenti amministrativi sono quelle previste: dall'articolo 823, 2° comma c.c. che, a tutela dei beni del demanio pubblico, consente alla Pubblica Amministrazione di scegliere tra il ricorso alle ordinarie azioni a tutela della proprietà e del possesso e l'adozione di un provvedimento amministrativo di polizia demaniale; dall'articolo 40 del D.P.R. n. 380/2001 (Testo Unico in materia edilizia) che consente alla Regione di procedere alla sospensione o demolizione delle opere eseguite "senza un permesso di costruire"; dall'articolo 54, 2° comma del T.U.E.L. che espressamente riconosce al sindaco il potere di adottare "*...con atto motivato e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità' dei cittadini e la sicurezza urbana*" e che prescrive che questi provvedimenti siano tempestivamente comunicati al prefetto" *anche ai fini della predisposizione degli strumenti ritenuti necessari alla loro attuazione*"¹⁰⁶.

¹⁰⁶ La disposizione appena riportata è il risultato della modifica alla stessa apportata dalla sentenza della Corte Costituzionale 4 aprile 2011, n. 115. Il testo precedente della norma recitava: "*Il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana*". Orbene, la Corte Costituzionale, nella sentenza citata ha rilevato come con l'espressione "anche contingibili e urgenti", la norma attribuisse al sindaco il potere di emanare ordinanze amministrative anche non contingibili e urgenti, dunque ordinanze amministrative ordinarie, senza specificare il contenuto normativo delle stesse, ponendo quale unico limite all'emanazione di detti atti il solo scopo finalistico della tutela della incolumità pubblica e della sicurezza urbana: "*...Quest'ultima attribuisce ai sindaci il potere di emanare ordinanze di ordinaria amministrazione, le quali, pur non potendo derogare a norme legislative o regolamentari vigenti, si presentano come esercizio di una discrezionalità praticamente senza alcun limite, se non quello finalistico, genericamente identificato dal legislatore nell'esigenza «di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana»*". Questo sistema è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo perché in contrasto con l'articolo 23 della Costituzione in quanto: "*Le ordinanze sindacali oggetto del presente giudizio incidono, per la natura delle loro finalità (incolumità pubblica e sicurezza urbana) e per i loro destinatari (le persone presenti in un dato territorio), sulla sfera*

L'esecutività ricorre nell'ipotesi in cui nessun impedimento giuridico osta alla materiale attuazione del provvedimento e si distingue dall'eseguibilità che ricorre allorché alla materiale esecuzione del provvedimento non si oppone nessun impedimento di fatto.

L'articolo 21 - *quater* della legge n. 241/1990 stabilisce l'immediata esecutività dei provvedimenti efficaci ad eccezione delle ipotesi in cui la legge disponga diversamente ovvero la non esecutività risulti dal corpo del provvedimento.

A differenza dell'autotutela esecutiva, quella decisoria può sostanziarsi nell'emanazione di una pluralità di atti, tra di loro differenti quanto ai presupposti dell'emanazione e agli effetti che ne derivano. Tradizionalmente, la dottrina ricomprende tra i provvedimenti espressione del potere di autotutela decisoria: gli atti di annullamento (che eliminano con effetto *ex tunc* un precedente provvedimento affetto da un vizio di legittimità); di revoca (aventi efficacia *ex nunc*, presuppongono una valutazione di opportunità relativa al mutamento delle circostanze o dell'interesse pubblico rispetto al momento dell'adozione del provvedimento di primo grado ovvero un mutamento della valutazione soggettiva delle circostanze di adozione senza che queste abbiano subito alcun cambiamento); di decadenza (che rimuovono un precedente provvedimento per l'accertato inadempimento di obblighi da parte del destinatario ovvero per il mancato esercizio di diritti o per il venir meno delle condizioni necessarie per la costituzione e la permanenza del rapporto); di mero ritiro

generale di libertà dei singoli e delle comunità amministrate, ponendo prescrizioni di comportamento, divieti, obblighi di fare e di non fare, che, pur indirizzati alla tutela di beni pubblici importanti, impongono comunque, in maggiore o minore misura, restrizioni ai soggetti considerati. La Costituzione italiana, ispirata ai principi fondamentali della legalità e della democraticità, richiede che nessuna prestazione, personale o patrimoniale, possa essere imposta, se non in base alla legge (art. 23); con l'articolo 97 della Costituzione in quanto "l'imparzialità dell'amministrazione non è garantita ab initio da una legge posta a fondamento, formale e contenutistico, del potere sindacale di ordinanza. L'assenza di limiti, che non siano genericamente finalistici, non consente pertanto che l'imparzialità dell'agire amministrativo trovi, in via generale e preventiva, fondamento effettivo, ancorché non dettagliato, nella legge."; con l'art.3, primo comma, della Costituzione in quanto "lede il principio di eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, giacché gli stessi comportamenti potrebbero essere ritenuti variamente leciti o illeciti, a seconda delle numerose frazioni del territorio nazionale rappresentate dagli ambiti di competenza dei sindaci".

Sicché, la Corte, eliminando dalla norma le parole “, anche” ha ricondotto il potere di ordinanza dei sindaci in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana alle sole ordinanze contingibili ed urgenti.

(con cui l'Amministrazione dichiara un atto già non produttivo di effetti, caducato per illegittimità o inopportunità); di convalida (come rilevato dalla recente sentenza della sez. IV, 14 ottobre 2011, n. 5538, la convalida rientra nel più generale potere di autotutela della Pubblica Amministrazione. Si tratta di un provvedimento avente efficacia *ex tunc*, con il quale l'amministrazione sana il vizio, generalmente di forma, di procedura o di competenza, che inficia un provvedimento amministrativo e vi restituisce efficacia)¹⁰⁷⁻¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Nella sentenza citata, il Consiglio di Stato ha, altresì, rilevato come 1) la convalida possa essere operata dalla pubblica amministrazione anche in pendenza di giudizio, visto che l'articolo 21 nonies, 2° comma prevede questo potere in via generale senza prevedere, come causa preclusiva, la pendenza di un giudizio; 2) che detto provvedimento è un provvedimento del tutto nuovo rispetto al provvedimento convalidato, che non comporta però l'esercizio di una attività discrezionale o di amministrazione attiva, ma di mera conservazione degli effetti dell'atto in precedenza emanato.

¹⁰⁸ La legge 30 dicembre 2004, n. 311, "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*" (c.d. legge finanziaria 2005), ha introdotto nell'ordinamento una nuova ipotesi di annullamento d'ufficio degli atti amministrativi. In particolare, l'art. 1, comma 136 prevede: "*Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento d'ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque, non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante*". Si tratta di una disposizione speciale: essa, infatti, opera solo qualora la Pubblica Amministrazione agisca "*al fine di conseguire vantaggi o minori oneri finanziari*". L'intenzione perseguita dal legislatore nella disposizione in esame è evidente: il potere di annullamento degli atti amministrativi può, tra le molteplici funzioni, consentire il contenimento della spesa pubblica. La norma in esame pone, tuttavia, numerosi dubbi esegetici e di compatibilità con alcuni indirizzi giurisprudenziali consolidatisi in materia di potere di autotutela della Pubblica Amministrazione. Anzitutto, la giurisprudenza ha offerto interpretazioni diverse e tra di loro contrastanti della parte della disposizione secondo cui può "*sempre essere disposto l'annullamento d'ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso*". Secondo una prima lettura, la Pubblica Amministrazione dovrebbe disporre la rimozione *ex tunc* dell'atto per conseguire risparmi o minori oneri finanziari, indipendentemente da ogni valutazione o considerazione dell'affidamento del privato o del consolidamento delle sue posizioni. Tale impostazione finisce, dunque, per attribuire alla norma in commento la funzione di codificazione dell'indirizzo giurisprudenziale che non richiede una specifica motivazione per gli atti di annullamento di ufficio dei provvedimenti che comportano illegittimo esborso di pubblico denaro, ritenendosi l'interesse pubblico alla loro rimozione *in re ipsa*. Un secondo orientamento interpretativo, al contrario, evidenzia che l'esercizio del potere in esame non è doveroso, il quanto il legislatore utilizza il verbo "potere". Per cui, la Pubblica Amministrazione, come in tutti i casi di esercizio del potere di ritiro, è tenuta a valutare e a prendere in considerazione la posizione soggettiva del destinatario dell'atto rimuovendo. Si noti, tuttavia, che se si condivide questa seconda impostazione, si finisce per attribuire alla Pubblica Amministrazione un potere che nessuno mette in discussione. La disposizione in questione, inoltre, appare viziata da un difetto di coordinamento con l'art. 21 nonies: quest'ultimo prevede che il potere di annullamento può essere esercitato solo entro un termine ragionevole; l'art. 1, comma 136 prevede, invece, che il potere in questione può essere esercitato "sempre". Nella seconda parte della disposizione in commento, l'attenzione del legislatore si incentra sulla caducazione degli atti incidenti sui rapporti contrattuali o convenzionali con i privati. Per tali ipotesi il legislatore ha richiesto che: 1) il potere di annullamento venga esercitato non oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia dell'atto da rimuovere; 2) i privati siano tenuti indenni

La distinzione tra revoca d'ufficio di un atto amministrativo ed annullamento d'ufficio, viene spesso trascurata nella pratica amministrativa, per cui il termine "revoca" è frequentemente usato come sinonimo di "ritiro" e cioè di eliminazione dell'atto quali ne siano le ragioni, da parte della stessa autorità emanante. Pertanto, l'esatta portata del provvedimento di eliminazione deve essere accertata caso per caso. Anche l'Adunanza Plenaria, nella decisione 23 gennaio 2003, n. 3 ha statuito: *"l'atto amministrativo va qualificato per il suo effettivo contenuto, per quanto effettivamente dispone, non già per la sola qualificazione che l'autorità, nell'emanarlo, eventualmente ed espressamente gli conferisca"*.

In disparte la frequente confusione dei termini che ricorre nella pratica, la distinzione tra revoca e annullamento d'ufficio è pacifica sia in dottrina che in giurisprudenza.

L'annullamento d'ufficio ricorre nei casi in cui la Pubblica Amministrazione caduca gli atti da essa emanati (autoannullamento; ovvero emanati da altra amministrazione: eteroannullamento) inficiati da vizi di legittimità che ritenga sanabili. Trova disciplina nell'articolo 21-nonies l.n. 241/1990¹⁰⁹.

Il potere di annullamento d'ufficio è, di certo, un potere discrezionale salva l'ipotesi di annullamento prevista dall'articolo 2 della legge 23 agosto 1988, n. 400 che impone *"l'annullamento straordinario a tutela dell'unità dell'ordinamento, degli atti amministrativi illegittimi, previo parere del Consiglio di Stato e, nei soli casi di annullamento di atti amministrativi delle regioni e delle province autonome, anche della Commissione parlamentare per le questioni regionali"*, nonché l'ipotesi prevista

dall'eventuale pregiudizio patrimoniale subito. Orbene, la previsione di un termine triennale per la rimozione degli atti, finisce per determinare che atti anche palesemente illegittimi possano continuare a produrre effetti senza poter essere più eliminati dal mondo giuridico. Inoltre, la disposizione in esame prevede una forma di indennizzo volta a risarcire il privato non per un'ipotesi di revoca dell'atto amministrativo inopportuno, ma per un'ipotesi di annullamento di un atto amministrativo illegittimo. Infine, il legislatore, non tiene conto degli stati soggettivi di buona fede o di dolo del privato. In particolare, la norma non chiarisce se il diritto al ristoro patrimoniale è da escludersi in tutti i casi di illegittimità dell'atto provocata dalla mala fede del soggetto che ha beneficiato del provvedimento invalido.

¹⁰⁹ Nel periodo precedente alla codificazione dei poteri di autotutela avvenuta con la legge n. 15/2005, che ha introdotto nella l.n. 241/1990 gli articoli 21 *quinquies* e 21 *nonies*, gli istituti dell'annullamento e della revoca avevano configurazione esclusivamente dottrinale e giurisprudenziale. In assenza di valido un fondamento normativo che sancisse contenuti e limiti di siffatto potere era dibattuta l'ammissibilità del suo esercizio attesa l'operatività dei principi di legalità e tipicità dei provvedimenti amministrativi.

dall'articolo 112, comma 1 c.p.a. che impone all'Amministrazione di conformarsi al giudicato amministrativo che accerti l'illegittimità del provvedimento amministrativo impugnato.

La dottrina, peraltro, è concorde nel ritenere che detto potere conserva il carattere della discrezionalità anche nell'ipotesi in cui l'invalidità sia rilevata con sentenza dal giudice ordinario, ovvero in sede di procedimento di controllo successivo, ovvero siano stati annullati in sede giurisdizionale o amministrativa uno o più atti presupposti rispetto a quello di cui trattasi.

Inoltre, ad avviso della giurisprudenza, il carattere discrezionale del potere di autotutela comporta che il diniego opposto dalla pubblica amministrazione ad una istanza del privato tendente ad ottenere l'annullamento o la revoca di un atto amministrativo, non è sindacabile dal giudice amministrativo. Invero, qualora il giudice ritenesse il diniego illegittimo, dovrebbe chiedere all'amministrazione di agire in autotutela e ciò determinerebbe un indebito esercizio, da parte del decidente, del potere di merito riservato all'amministrazione.

In tal senso, di recente:

“Il potere di autotutela amministrativa mediante annullamento è un potere di merito dell'amministrazione, incoercibile da parte del giudice amministrativo.

L'art. 21-nonies l. n. 241 del 1990 ha disciplinato i presupposti e le forme dell'annullamento d'ufficio, ma non ha modificato la natura del potere, e non lo ha trasformato da discrezionale in obbligatorio, né ha previsto un interesse legittimo dei privati all'autotutela amministrativa.

Il potere di autotutela resta un potere di merito, che si esercita previa valutazione delle ragioni di pubblico interesse, valutazione riservata alla p.a. e insindacabile da parte del giudice. In secondo luogo il diniego di autotutela si fonda su ragioni di merito amministrativo, che esulano dalla giurisdizione di qualsivoglia giudice. Il giudice non può valutare se il diniego di autotutela è stato bene o male esercitato, perché se ciò facesse la conseguenza sarebbe un ordine, rivolto all'amministrazione, di riesercizio del potere di autotutela secondo parametri fissati dal giudice, ma è

evidente che questo sarebbe uno sconfinamento in un potere di merito riservato esclusivamente all'amministrazione e incoercibile; il diniego espresso di autotutela non è impugnabile per l'assorbente ragione che si tratta di atto espressione di un potere di merito, su cui il giudice amministrativo non ha giurisdizione. Solo nel caso – che nella specie non ricorre – in cui l'amministrazione, sollecitata ad esercitare l'autotutela – riesamina l'originario provvedimento e a seguito di appropriato procedimento amministrativo conferma – con una nuova valutazione degli interessi in gioco e con una motivazione nuova – l'originario provvedimento, si ha un atto di conferma in senso proprio, autonomamente lesivo e pertanto impugnabile” (Consiglio di Stato, 3 maggio 2012, n. 2551).

Qualche dubbio si è posto in ordine al momento in cui detta discrezionalità si palesa. Una parte della dottrina ritiene che tale discrezionalità riguardi l'*an* dell'esercizio del potere, la fase dell'avvio del procedimento di autotutela e serve a stabilire se avviare o meno il procedimento. Una volta avviato l'iter di riesame, la Pubblica Amministrazione ha l'obbligo di annullare l'atto se ritiene sussistenti i presupposti della revoca o dell'annullamento. In tal senso:

“... deve rilevarsi come gli atti di autotutela, oggi disciplinati dall'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 – implicando la valutazione comparativa di interessi pubblici e privati – si connotano per essere, normalmente, espressione di un potere discrezionale che investe non solo il contenuto del provvedimento, ma anche l'an del provvedere. Non è, pertanto, sufficiente una semplice istanza perché sorga l'obbligo dell'amministrazione di adottare un provvedimento di secondo grado. Deve, infatti, essere la stessa amministrazione a riconoscere, a seguito di una verifica interna o anche di una segnalazione documentata da parte del soggetto interessato all'adozione del provvedimento, la sussistenza di un dovere di provvedere. Quando si verifica la descritta evenienza, al riscontro effettuato deve necessariamente seguire l'adozione del provvedimento finale nel termine prescritto dalla legge” (T.a.r.

Altra parte della dottrina ritiene che detta discrezionalità riguardi il *quomodo* di esercizio di tale potere e si riferisca alla possibilità della Pubblica Amministrazione di annullare l'atto solo ed esclusivamente se non vengono ritenute esistenti, da parte dell'Amministrazione stessa, ragioni di interesse pubblico di senso contrario.

Si concorda, tuttavia, nel ritenere che, nell'esercizio di detto potere, la Pubblica Amministrazione debba valutare e motivare l'esistenza di un interesse pubblico specifico all'annullamento dell'atto, seppur con alcune eccezioni che verranno più oltre indicate.

A differenza dell'annullamento, la revoca d'ufficio è il provvedimento che produce la cessazione *ex nunc* dell'efficacia durevole di un provvedimento, a conclusione di un procedimento volto a verificare se i risultati cui si è in precedenza pervenuti meritino di essere conservati. Come anticipato in precedenza, le ipotesi in presenza delle quali si può procedere alla revoca dell'atto sono due: sopravvenuti motivi di interesse pubblico o mutamento della situazione di fatto (revoca per sopravvenienza); nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (revoca per ius poenitendi). L'articolo 21 quinquies della legge n. 241/1990, infatti, dispone: “*1. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato...*”.

La medesima disposizione, tuttavia, aggiunge, anzitutto, che ulteriore presupposto perché si possa procedere alla revoca è che l'atto sia “ad efficacia durevole” (gli atti ad efficacia durevole sono gli atti i cui effetti perdurano finché l'atto è valido); inoltre, che “*se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo*”.

La misura dell'indennizzo è prevista dal comma 1-bis dell'articolo 21-quinquies, dal quale emerge che mentre nell'ipotesi in cui la revoca incida soltanto

sull'efficacia di un provvedimento amministrativo non ci sono limiti legali all'indennizzo, nell'ipotesi in cui detta revoca incida su un rapporto negoziale, sussistono tutti i limiti previsti dalla riportata disposizione: l'indennizzo è parametrato al solo danno emergente e va ridotto nell'ipotesi in cui il contraente o un terzo siano a conoscenza o abbiano concorso a rendere l'atto contrario all'interesse pubblico. La norma, dunque, ha posto molteplici interrogativi. Anzitutto, ci si è chiesti quale sia la ragione per cui il limite da essa previsto sia riferito alla sola ipotesi in cui la revoca incida su un rapporto negoziale e non anche all'ipotesi in cui incida su un normale provvedimento. Inoltre, ci si domanda per quale ragione il contraente debba subire una diminuzione dell'indennizzo che gli spetti anche nell'ipotesi in cui all'illegittimità del provvedimento abbia concorso non una condotta propria, ma quella di un terzo.

Proprio in materia di indennità di revoca, inoltre, la giurisprudenza ha rilevato che nel caso in cui l'atto di revoca non preveda espressamente l'indennizzo, la revoca non va considerata per ciò stesso, illegittima. La mancata previsione dell'indennizzo non determina l'illegittimità dell'atto di revoca, ma consente al privato di agire in giudizio per ottenere l'indennizzo. Da ultimo,

“... la mancata liquidazione dell'indennizzo unitamente alla disposta revoca non costituisce un vizio dell'atto di autotutela, ma consente al privato di agire per ottenere l'indennizzo, come in concreto avvenuto in questo caso” (Consiglio di Stato 10 gennaio 2012, n.39).

Ancor più recente:

“... La mancata previsione dell'indennizzo, in sede di revoca del provvedimento amministrativo, non ha efficacia viziante o invalidante dell'atto di revoca ma legittima solo il privato ad azionare la relativa pretesa patrimoniale, anche davanti al giudice amministrativo” (Consiglio di Stato, 16 febbraio 2012, n. 833)

L'indennità è dovuta al privato solo in assenza totale di colpa sia in capo alla Pubblica Amministrazione che in capo al privato. Sotto il primo profilo, il Giudice amministrativo di seconda istanza ha rilevato come l'indennizzo è dovuto solo in presenza di un atto di autotutela legittimo: il provvedimento di autotutela è legittimo, ma il privato ha confidato sulla persistenza di un atto legittimo, per cui il suo affidamento è considerato ragionevole e, quindi, meritevole di tutela¹¹⁰. Sotto il secondo profilo, ha rilevato il Consiglio di Stato, l'indennizzo in questione, non è dovuto se il danno subito dal privato è dipeso dal colpevole comportamento di quest'ultimo.

Nell'ipotesi in cui la revoca è illegittima perché non sussistevano i presupposti per la sua adozione resta al privato la strada del risarcimento del danno (ferma la possibilità, per il ricorrente, di formulare la domanda di indennizzo in via subordinata)¹¹¹.

Costituisce espressione di autotutela decisoria anche il potere amministrativo di sospensione di provvedimenti precedentemente emanati. Detto potere si differenzia da quello di annullamento e di revoca perché mentre questi ultimi cancellano il provvedimento dal mondo giuridico, la sospensione, al contrario, si limita a sottrarre efficacia al provvedimento amministrativo soltanto per il tempo della

¹¹⁰ Poiché questa è la *ratio* dell'indennizzo, la giurisprudenza esclude che il medesimo sia dovuto nel caso in cui il provvedimento di revoca riguardi un provvedimento non definitivo. In tal caso, infatti, non può dirsi formato alcun legittimo affidamento sull'efficacia dell'atto, trattandosi di un atto avente efficacia provvisoria. In tal senso, Consiglio di Stato, 5 aprile 2012, n. 2007: *"non sussistono ragioni per discostarsi dal consolidato indirizzo ermeneutico secondo cui l'obbligo generale di indennizzo dei pregiudizi arrecati ai soggetti interessati in conseguenza della revoca di atti amministrativi, di cui al più volte citato art. 21 quinquies, sussiste esclusivamente in caso di revoca di provvedimenti definitivi e non anche in caso di revoca di atti ad effetti instabili ed interinali, quale l'aggiudicazione provvisoria"*.

¹¹¹ Opera una chiara distinzione tra presupposti dell'indennizzo e presupposti del risarcimento, Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 9 febbraio 2012, n. 689: *"... costituisce jus receptum nella giurisprudenza di questo Consiglio di Stato il principio per cui a fini classificatori e dogmatici "l'indennizzo, previsto dall'art. 21 quinquies l. n. 241 del 1990 introdotto dalla l. n. 15 del 2005, nel caso di revoca del provvedimento amministrativo "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario" non può confondersi con il risarcimento del danno." (Consiglio Stato, sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4138). I detti titoli di "responsabilità", pertanto, devono essere tenuti nettamente distinti, in quanto "la legittimità della revoca è il presupposto del diritto all'indennizzo, previsto dall'art. 21 quinquies l. n. 241/1990, atteso che il risarcimento del danno da responsabilità civile dell'amministrazione si fonda sul diverso presupposto della illegittimità del provvedimento." (Consiglio Stato, sez. V, 06 ottobre 2010, n. 7334)"*

sospensione.

In ragione dell'efficacia interinale e provvisoria del potere di sospensione, la giurisprudenza e il legislatore nazionale non erano intervenuti a disciplinare o a limitare l'ambito di operatività di detto potere.

Purtuttavia, l'assenza di qualsivoglia parametro di legittimità della potestà in questione aveva indotto le Amministrazioni ad utilizzare detto strumento in modo del tutto improprio e spropositato in quanto si ricorreva allo strumento della sospensione, ed in particolare alla sospensione *sine die*, tutte le volte in cui mancavano i presupposti per procedere all'annullamento o alla revoca del provvedimento in questione. A fronte dell'uso distorto di tale potere, il legislatore, con la l. n. 15/2005 ha inserito nella l.n. 241/1990 l'articolo 21-quater che espressamente dispone *“L'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Il termine della sospensione è esplicitamente indicato nell'atto che la dispone e può essere prorogato o differito per una sola volta, nonché ridotto per sopravvenute esigenze”*.

2. Condizioni e limiti del potere di autotutela. Il principio del legittimo affidamento.

L'autotutela, quale potere della Pubblica Amministrazione di risolvere da sé le controversie ed i conflitti con i privati, anche mediante il sindacato (di legittimità o di merito) dei propri atti, si pone come regola generale dell'azione amministrativa. Esso, inoltre, è un potere irrinunciabile perché trova il proprio fondamento nel principio costituzionale di buon andamento.

Dottrina e giurisprudenza hanno, tuttavia, rilevato come si tratti di un potere amministrativo in senso tecnico che, come tale, non può tradursi in arbitrio ma deve essere esercitato nei modi e alle condizioni previste dalla legge.

Anzitutto, deve essere giustificato dalla necessità di assicurare il soddisfacimento di un interesse di carattere generale, come tale prevalente sulle posizioni individuali, diverso dal mero ripristino della legalità violata.

Inoltre, deve essere accompagnato da un'apposita motivazione che dia contezza dell'interesse pubblico che si vuole perseguire tramite l'annullamento o la revoca dell'atto e della prevalenza di tale interesse sull'eventuale legittimo affidamento ingeneratosi in capo al privato in ordine alla legittimità del provvedimento annullato o revocato. Una motivazione che, dunque, consenta un controllo giurisdizionale sull'atto¹¹²:

“La giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2011 n. 283; 21 aprile 2010 n. 2244; 17 marzo 2010 n. 1554) ha già avuto modo di affermare che il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge, in via alternativa, o per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

Tale provvedimento, assunto in esercizio di potere di autotutela, deve essere adeguatamente motivato, in particolare allorché incide su posizioni in

¹¹² Con particolare riguardo alle procedure di gara la giurisprudenza ammette l'esercizio del potere di autotutela sul provvedimento di aggiudicazione definitiva anche successivamente alla stipula del contratto, ma esige che il provvedimento di annullamento o di revoca degli atti di gara sia accompagnato da una motivazione specifica che renda note le concrete ragioni di pubblico interesse, non riconducibili al mero ripristino della legalità violata, che hanno giustificato il provvedimento di revoca o di annullamento e valuti, al contempo, l'affidamento delle parti private destinatarie del provvedimento oggetto di riesame, tenendo conto del tempo trascorso, sottolineando la prevalenza dell'interesse pubblico sugli interessi privati sacrificati; venga emanato nel rispetto delle regole del contraddittorio procedimentale, ivi compreso l'avviso di avvio del procedimento di ritiro; sia emanato previo esperimento, da parte dell'amministrazione procedente, di un'adeguata istruttoria. Una volta annullati in autotutela gli atti di gara, il contratto diventa inefficace e va dichiarato tale dal giudice amministrativo ai sensi degli articoli 121 e 122 c.p.a. Come, infatti rilevato dal Consiglio di Stato nella recente sentenza 7 settembre 2011, n. 5032, sia che l'aggiudicazione venga annullata in sede giurisdizionale, sia che venga annullata in autotutela visto il collegamento sostanziale tra aggiudicazione e contratto, l'annullamento della prima determina l'inefficacia del secondo; inoltre, ad essere competente a dichiarare il contratto inefficace è sempre il giudice amministrativo, visto che gli articoli 121 e 122 c.p.a. non fanno nessuna distinzione tra annullamento giurisdizionale e annullamento in autotutela.

precedenza acquisite dal privato, non solo con riferimento ai motivi di interesse pubblico che giustificano il ritiro dell'atto, ma anche in considerazione delle posizioni consolidate e all'affidamento ingenerato nel destinatario dell'atto da revocare” (Consiglio di Stato, sez IV, 7 febbraio 2012, n. 662).

Merita di essere osservato, infine, che i predetti presupposti legittimanti l'esercizio del potere di autotutela (accertamento della sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale diverso ed ulteriore rispetto al mero ripristino della legalità violata; valutazione comparativa circa la prevalenza dell'interesse alla revoca dell'atto rispetto agli opposti interessi privati alla sua conservazione; motivazione specifica) non si applicano nel caso di mero ritiro di un atto, ovvero di revoca di un atto non ancora efficace. La giurisprudenza ha, infatti, chiarito che:

“in presenza di un atto di nomina non ancora efficace perché non positivamente controllato dalla Corte dei Conti, l'atto di secondo grado che ha rimosso detto atto non può qualificarsi come vera e propria revoca, andando invece considerato come mero atto di ritiro in quanto è andato ad incidere su una situazione giuridica soggettiva non ancora radicatasi in alcun modo in capo al ricorrente dal superiore rilievo deriva, ulteriormente, l'inapplicabilità al caso di specie di tutti i principi elaborati dalla giurisprudenza circa i presupposti di legittimità dell'atto di revoca in senso proprio”

L'orientamento giurisprudenziale e dottrinale sopra richiamato che richiede la presenza di un pubblico interesse e di una motivazione specifica, consolidatosi già prima della l.n. 15/2005, è stato di recente “codificato” nell'art. 21 nonies della l. n. 241/1990, aggiunto dalla l.n. 15/2005 che, nel disciplinare l'istituto dell'annullamento d'ufficio, dispone: *“Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'art. 21- octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato o da altro organo*

previsto dalla legge”.

Anche l’articolo 21 – nonies prescrive, dunque, quale condizione di esercizio del potere di autotutela, l’accertamento di un interesse pubblico, diverso dal mero ripristino della legalità violata e prevalente sugli opposti interessi dei privati che la norma indica genericamente con l’espressione “*ragioni di interesse pubblico*”. Queste non sono specificate nell’art. 21-nonies. Ciò comporta che, come rilevato dalla giurisprudenza, l’interesse pubblico all’annullamento dell’atto è proprio quello risultante dalla comparazione da parte dell’amministrazione tra l’interesse pubblico e “gli interessi dei destinatari e dei controinteressati”.

A queste due condizioni, e alla necessaria motivazione che deve corredare qualunque provvedimento amministrativo e che, nel caso specifico, dia contezza dei presupposti legittimanti il potere in esame, l’articolo 21-nonies ne aggiunge una terza: il termine ragionevole. Neanche la nozione di “*termine ragionevole*” viene specificata dalla norma. La giurisprudenza ha sottolineato come la ragionevolezza sia un concetto

“...vago e indeterminato ... Quindi, per un verso la p.a. è tenuta a motivare specificamente al riguardo e, per l’altro, occorre procedere caso per caso ad eseguire tale valutazione, esaminando gli elementi che caratterizzano la vicenda” (T.a.r. Na n. 3029/2005; Conforme: Consiglio di Stato, 27 febbraio 2012, n. 1081).

Ad avviso della giurisprudenza, un obbligo specifico di motivazione in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico concreto diverso dal mero ripristino della legalità violata e alla prevalenza dell’interesse alla revoca dell’atto rispetto agli opposti interessi privati alla sua conservazione non sussiste solo allorché non si sia ingenerato nessun legittimo affidamento nel destinatario del provvedimento annullato o revocato o perché l’annullamento d’ufficio è intervenuto a breve distanza di tempo dal rilascio dell’atto o perché l’illegittimità è stata provocata dalla malafede del soggetto che ha beneficiato dell’atto invalido, posto che in tali casi l’interesse pubblico all’annullamento può considerarsi *in re ipsa*.

Invero, l'esercizio del potere di autotutela si scontra e mal si concilia con il principio di necessaria tutela dell'affidamento ingenerato nel privato in ordine alla efficacia del provvedimento emanato e tutta la disciplina normativa del potere in questione è preordinata a trovare il giusto equilibrio tra potere amministrativo e tutela del singolo.

Il legittimo affidamento costituisce un principio fondamentale dell'azione amministrativa, da cui la funzione pubblica non può prescindere. Frutto dell'elaborazione della giurisprudenza e della sistemazione dottrinale, come molti dei principi del diritto amministrativo, il legittimo affidamento rappresenta uno strumento di tutela avverso il comportamento irragionevole e contraddittorio dell'Amministrazione.

Il principio di legittimo affidamento impone al soggetto pubblico che voglia esercitare i suoi poteri nei confronti del soggetto privato, di tenere nel debito conto l'interesse alla conservazione di un vantaggio conseguito in buona fede dal privato grazie ad un previo atto della pubblica amministrazione a ciò diretto. E tanto, specie se detto vantaggio si sia consolidato per effetto del decorso di un significativo lasso temporale.

Il principio in questione figurava espressamente nel progetto di riforma della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra i canoni fondamentali dell'azione amministrativa, insieme al principio di imparzialità, di adeguatezza dell'istruttoria e di efficienza. La versione approvata dalle Camere non presenta più l'esplicito richiamo al principio. La nuova formula dell'art. 1, tuttavia, dopo la riforma operata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, esplicitamente assoggetta l'azione amministrativa ai principi dell'ordinamento comunitario.

Secondo la tesi prevalente, detto rinvio non rappresenta un elemento di novità nel panorama dei principi che regolano l'azione amministrativa, ma solo la presa d'atto, da parte del legislatore nazionale, delle conseguenze che produce il processo di integrazione fra il diritto interno e quello sovranazionale.

Anche prima della l.n. 241/1990, infatti, tali principi potevano ritenersi vincolanti per l'amministrazione, oltre che per il giudice nazionale, a prescindere da un espresso richiamo normativo, semplicemente grazie al c.d. *spill over*, ossia all'effetto

di espansione dei principi comunitari all'interno degli ordinamenti degli Stati membri e anche in relazione a fattispecie non aventi rilevanza comunitaria.

La diretta applicabilità dei principi comunitari è, oggi, confermata dall'articolo 117 della Costituzione che fa espresso richiamo ai “vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario” tra i quali sono pacificamente da annoverare non solo quelli derivanti dai Trattati e dalle altre fonti positive del diritto comunitario, ma altresì quelli derivanti dai principi generali dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea.

Tuttavia, se il richiamo ai principi comunitari contenuto nell'articolo 1 della l.n. 241/1990 risulta pleonastico sotto il profilo della concreta operatività dei medesimi nell'ambito dell'ordinamento nazionale, ha portata normativa sotto il profilo processuale. Invero, la loro violazione rileva non più sotto il profilo dell'eccesso di potere, ma sotto il profilo della legittimità dell'atto per violazione di legge, immediatamente rilevabile dal giudice amministrativo.

Quanto alla fonte produttiva dei principi comunitari applicabili nell'ordinamento nazionale, la Corte di Giustizia ha distinto tali principi in due categorie: principi desumibili dagli ordinamenti dei singoli Stati membri e successivamente recepiti dall'ordinamento comunitario e principi originari del diritto comunitario.

Nella prima categoria rientrano: il principio di legalità, il principio del contraddittorio, la tutela del diritto di difesa, il principio di tutela dell'affidamento e il principio di irretroattività degli atti amministrativi.

Della seconda categoria fanno, invece, parte: il principio di leale collaborazione, di responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario, di sussidiarietà e proporzionalità, di parità di trattamento e non discriminazione, di libera circolazione delle persone e di libero esercizio delle attività professionali, di libertà di concorrenza, di buona amministrazione.

Il principio di proporzionalità, di indubbia ascendenza sovranazionale ed, in particolare germanica, è stato oggetto di una lunga elaborazione da parte della dottrina tedesca che ne ha delineato contenuto e contorni nello Stato di polizia, per poi elevarlo al rango di principio costituzionale. Esso implica che ogni provvedimento, espressione del potere legislativo od esecutivo, specialmente se sfavorevole per il

destinatario, debba configurarsi come idoneo e necessario per il raggiungimento dello scopo perseguito dalla legge. Sicché, ogni qual volta sia possibile operare una scelta tra più misure alternative tutte ugualmente idonee al perseguimento dello scopo, andrebbe sempre preferita quella meno restrittiva, ossia la più rispettosa del giusto equilibrio degli interessi in gioco. Tradizionalmente, inoltre, nel principio di proporzionalità vengono ricondotti anche il principio di idoneità, ovvero di congruità del mezzo allo scopo; il criterio della necessità che serve ad identificare, tra i vari mezzi idonei ed ugualmente efficaci, il meno gravoso per gli interessi sacrificati; la proporzionalità in senso stretto, che postula che il mezzo prescelto non sia eccessivo, ossia intollerabile in raffronto al fine perseguito. Nel trattato di Maastricht, il principio di proporzionalità, relativamente all'aspetto della necessità, è stato inserito all'articolo 5, con una disposizione successivamente reiterata con il Trattato di Amsterdam che vi ha dedicato un apposito protocollo. Il principio è stato, infine, recepito dal Trattato di adozione della Costituzione europea, che lo ha inserito all'art. 1.11 tra i "principi fondamentali", sebbene, come nelle precedenti versioni, nel suo significato minimo di necessità.

La giurisprudenza comunitaria ha fatto ampia applicazione del principio di proporzionalità, dapprima con riguardo ai soli provvedimenti di irrogazioni di sanzioni di qualsivoglia natura, ivi compresi i provvedimenti di intervento correttivo del libero mercato, successivamente con riferimento ad ogni provvedimento restrittivo delle libertà o dei diritti fondamentali. I giudici comunitari, tuttavia, non hanno applicato detto principio secondo la concezione trifasica elaborata dalla dottrina tedesca che imponeva di accertare, in modo graduale, prima l'idoneità, poi la necessità e poi la proporzionalità del mezzo adoperato, ma hanno richiamato, nella maggior parte dei casi, il solo principio di necessità e, in tempi più recenti, quello di idoneità. Secondo attenta dottrina, la diversa applicazione del principio di proporzionalità sarebbe da ricondurre alle differenze esistenti tra il sistema giurisdizionale tedesco e quello comunitario: il sistema giurisdizionale tedesco rappresenta un tipico modello di tutela soggettivamente orientata, che tiene in adeguato conto l'intensità con la quale la misura incide nella sfera giuridica individuale. Il sistema comunitario, invece, fornisce un tipo di tutela oggettivo, basato prevalentemente sulla ponderazione degli interessi in

gioco e tendenzialmente insensibile alla misura del sacrificio patito dal singolo. Di qui la preferenza accordata dalla giurisprudenza comunitaria al criterio della necessità dell'agire pubblico rispetto alla proporzionalità in senso stretto.

Nell'ordinamento italiano, anteriormente alla novella del 2005, il principio di proporzionalità non era previsto normativamente in modo espresso, ma era ritenuto correlato al principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'articolo 97 della Costituzione e, più in generale, al principio di ragionevolezza. Quest'ultimo, noto da tempo alla giurisprudenza costituzionale, rileva quale limite interno alla discrezionalità, esprimendo la correttezza e l'adeguatezza della funzione. Il principio di ragionevolezza, infatti, non consente di affermare se un determinato valore, isolatamente considerato, possa essere sacrificato, ma, piuttosto, contribuisce a valutare se tale sacrificio sia "ragionevole", tenuto conto della pluralità dei valori coinvolti e del loro equo contemperamento. Con riferimento al procedimento, consente di verificare la completezza dell'istruttoria, l'adeguatezza tra la stessa e la decisione finale, la coerenza interna e la non arbitrarietà nella selezione degli interessi. Inoltre, l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa ha determinato una trasformazione concettuale del principio di ragionevolezza che, da figura tipicamente sintomatica dell'eccesso di potere ha iniziato ad essere considerata direttamente un vizio della funzione, cioè una fattispecie autonoma di eccesso di potere, rilevabile autonomamente dal giudice.

Sebbene, inizialmente, il principio di proporzionalità è stato considerato coincidente con il principio di ragionevolezza, successivamente, l'evoluzione dottrina ha tentato di distinguere i due principi, individuando diversi criteri distintivi. Una parte della dottrina¹¹³, ravvisa una differenza di tipo quantitativo per cui il principio di ragionevolezza avrebbe una portata più ampia rispetto a quello di proporzionalità. Quest'ultimo, infatti, troverebbe applicazione essenzialmente in riferimento a provvedimenti di tipo restrittivo, mentre il principio di ragionevolezza dovrebbe informare ogni provvedimento della Pubblica Amministrazione a carattere discrezionale, di contenuto sia restrittivo che ampliativo.

¹¹³ CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010.

Secondo altra opinione, invece, il principio di proporzionalità si caratterizza rispetto alla ragionevolezza per una “forte accentuazione circa il rispetto delle posizioni dei soggetti privati a fronte di esigenze di intervento pubblico”. Secondo questo approccio, infatti, la ragionevolezza sarebbe più orientata ad assicurare la realizzazione dell’interesse pubblico, quale momento fondamentale dell’agire amministrativo, piuttosto che a preservare la sfera soggettiva individuale. Il principio di proporzionalità, nella sua prospettiva comunitaria, invece, valorizza la sfera di intangibilità dell’individuo anche a fronte dell’attività amministrativa.

A differenza del principio di proporzionalità, quello di sussidiarietà, consacrato a livello comunitario nell’art. 5 del trattato istitutivo della Comunità europea (nel testo modificato dal trattato di Amsterdam) è stato introdotto nell’ordinamento italiano dalla legge 15 marzo 1997, n. 59 e dall’art. 3, comma 5, del T.U. degli enti locali e, successivamente, è stato costituzionalizzato nel 2001, nell’ambito dell’intervento di riforma del titolo V della Costituzione.

Il principio ha ascendenze remote, essendosi sviluppato, prima del suo accoglimento nell’attuale diritto positivo, in tre ambiti fondamentali: la dottrina sociale della Chiesa cattolica che ha tradizionalmente fondato il principio di sussidiarietà sul primato etico della persona rispetto allo Stato, il quale deve lasciar sviluppare spontaneamente le articolazioni della società senza pretendere di assorbirle; il pensiero liberale, che, ponendo al centro della sua elaborazione la libertà individuale, intesa essenzialmente come libertà di iniziativa economica, ha inteso, con il principio di sussidiarietà, limitare l’intervento dello Stato nell’economia ai soli casi in cui il mercato sia in grado di operare efficientemente da sé; il federalismo che, partendo dall’assunto che il potere quanto più è accentrato, tanto più è pericoloso, ha interpretato il principio di sussidiarietà come una tecnica di disaggregazione verticale del potere.

A livello europeo, il principio di sussidiarietà comporta, nei settori di competenza “concorrente” tra Stati e Unione, l’intervento di quest’ultimo soltanto nella misura in cui gli obiettivi dell’azione prevista non possono essere realizzati dagli Stati membri e possono, invece, essere meglio realizzati a livello comunitario, in ragione delle dimensioni e degli effetti dell’azione stessa.

In via teorica, dunque, il principio di sussidiarietà implica che l'azione si concretizzi al livello di governo inferiore e più vicino ai cittadini, mentre prevede che il livello superiore di governo possa intervenire soltanto se e nella misura in cui l'azione del primo livello non consenta la cura degli interessi affidati.

Le teorie che tendono a ravvisare nel principio di sussidiarietà un ritorno ad un anacronistico neostatalismo di matrice comunitaria sono alquanto marginali e si scontrano con il tenore letterale dell'articolo 5 del Trattato UE che limita l'intervento comunitario a quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del Trattato e nella misura in cui gli obiettivi previsti non possano essere sufficientemente realizzati dai singoli Stati membri. D'altronde, l'Unione europea, ritenendo che la valorizzazione delle comunità locali costituisca uno dei passaggi fondamentali per la costruzione di una nuova democrazia europea, non potrebbe svilire, svuotandoli di contenuto, i poteri delle medesime comunità.

Del pari rilievo, nella giurisprudenza comunitaria, il principio del contraddittorio e quello di necessaria motivazione dei provvedimenti amministrativi.

Il primo postula il diritto dell'interessato ad essere ascoltato prima dell'adozione, nei suoi confronti, di un provvedimento individuale sfavorevole. Di tale principio ha fatto applicazione la giurisprudenza comunitaria a partire dagli anni '60 in materia di provvedimenti disciplinari nei confronti dei dipendenti e nelle procedure contenziose avviate per il mancato rispetto delle regole comunitarie a tutela della concorrenza. La giurisprudenza comunitaria ha costantemente ritenuto prodromico al pieno esplicarsi del principio in esame, l'obbligo dell'amministrazione di informare i destinatari dell'avvio del procedimento, anche se, nella prospettiva comunitaria, l'apertura del procedimento alla dimensione collaborativa è, per certi aspetti, meno intensa rispetto alla configurazione domestica.

Il secondo è stato elevato a principio di ordine generale da parte della Corte di Giustizia. In forza di esso, gli atti degli organi comunitari e nazionali devono essere motivati al fine di assicurare ai singoli la difesa giurisdizionale dei loro interessi. La motivazione dei provvedimenti e delle decisioni in genere è, infatti, strettamente funzionale alla possibilità di attuare il sindacato giurisdizionale sulla legittimità del provvedimento.

La giurisprudenza ha, peraltro, interpretato rigorosamente il principio in esame affermando la necessità che la motivazione, benchè non richieda l'adozione di formule particolari e predeterminate, ma possa, al contrario, accedere a formule elastiche in grado di adattare il contenuto e la profondità delle argomentazioni a seconda delle esigenze del caso concreto, venga comunicata all'interessato contestualmente al provvedimento che può arrecare pregiudizio, escludendo che il vizio della motivazione possa essere sanato in corso di giudizio ad opera dell'amministrazione resistente.

Tra i principi comunitari, rilievo di prim'ordine è da riconoscere proprio al principio di la tutela dell'affidamento legittimo.

La Corte di Giustizia ripetutamente afferma che *“il principio dell'affidamento fa parte del diritto comunitario”*¹¹⁴.

Da ultimo, nella sentenza Corte di Giustizia, Sez. III, 12 maggio 2011, n. 107:

“... secondo costante giurisprudenza, il principio di tutela del legittimo affidamento dev'essere rispettato dagli Stati membri laddove essi diano attuazione alle normative dell'Unione (v. sentenza 11 luglio 2002, causa C-62/00, Marks & Spencer, Racc. pag. I-6325, punto 44 e la giurisprudenza ivi richiamata)”.

¹¹⁴ In. Corte di Giustizia, sentenza *August Toepfer c. Commissione* (fra i primi riconoscimenti in materia della Commissione), 3 maggio 1978, causa C-112/77, in Racc. I-1019 *“il principio della tutela del legittimo affidamento fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario”*. Nella più risalente pronuncia in materia, *Algera*, 12 luglio 1957, cause riunite n. 7/56 e da 3 a 7/57, in Racc. I-79 (part. 111-113), la Corte già indicava quale limite al potere amministrativo di annullamento in autotutela il rispetto da parte dell'amministrazione di un termine ragionevole, cioè sufficientemente breve da non far insorgere nel privato un affidamento circa la conservazione della situazione acquisita; in sentenze di poco successive, (cfr. *Snupat*, 22 marzo 1961, cause riunite C-42-49/59, part. par. 99; *Hoogovens*, 12 luglio 1962, causa C-14/61), si è posto l'accento sul necessario temperamento degli interessi in gioco, poiché *“il principio della certezza del diritto, per quanto importante, non va applicato in modo assoluto, ma in concomitanza col principio di legittimità; la decisione se l'uno o l'altro di detti principi debba prevalere nel caso singolo dipende dal confronto fra l'interesse pubblico e gli interessi privati in contrasto”*.

Tuttavia, ha precisato il Giudice comunitario, l'affidamento può dirsi legittimo solo in presenza di un provvedimento espresso ed efficace che abbia attribuito in modo chiaro ed inequivoco al privato un bene, un'utilità o un vantaggio che ritenga in buona fede di avere titolo a conseguire e mantenere (per poter risultare rilevante, la situazione giuridica deve essere fondata sul convincimento della legittimità e della coerenza dell'azione amministrativa); occorre, altresì, che il vantaggio sia stato conseguito in un arco di tempo tale da persuadere il beneficiario della sua stabilità. E' proprio quest'ultimo elemento cronologico che distingue il principio di affidamento dal principio di certezza del diritto. Il principio di affidamento è stato, infatti, variamente inquadrato, sotto il profilo dogmatico, dalla dottrina amministrativa¹¹⁵. Una prima impostazione riconduce il principio di legittimo affidamento alla nozione ampia e generale di buona fede. Secondo la ricostruzione in esame, avallata da una parte della dottrina italiana¹¹⁶ e di quella spagnola¹¹⁷, il dovere di buona fede permea ogni ambito dell'ordinamento giuridico e svolge una funzione interpretativa e una funzione integrativa delle norme positive nazionali, colmando eventuali vuoti di tutela nelle medesime presenti. Esso opera sia nel momento precedente l'instaurazione di un rapporto giuridico che durante il suo svolgimento imponendo ad ogni soggetto giuridico, sia esso persona fisica o giuridica, privata o pubblica di non compiere atti i cui effetti giuridici pregiudizievoli potrebbero riverberarsi nell'altrui sfera giuridica e, al contempo, di porre in essere tutti quei comportamenti che possono agevolare l'esercizio degli altrui diritti senza sacrificare in modo significativo la propria posizione di vantaggio. In tale prospettiva, l'obbligo di tutelare il legittimo affidamento altrui, derivante dalla propria condotta, costituisce una delle possibili applicazioni del dovere di buona fede.

Secondo diversa impostazione, il principio di affidamento costituisce corollario del principio generale di certezza del diritto che impone non tanto la

¹¹⁵ Sul tema cfr. MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, 9 ss.; MANGANARO F., *Il principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 113 ss.

¹¹⁶ A favore di tale concezione si pone espressamente MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 9 ss.

¹¹⁷ GONZALES PEREZ J., *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid 1983; MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 9 ss.

prevedibilità legale, ma la sicurezza delle situazioni giuridiche soggettive. La tutela del legittimo affidamento è, secondo detto assunto, strumento di tutela di detta sicurezza giuridica¹¹⁸. Spetta al giudice amministrativo accertare i casi di affidamento tutelabile del cittadino. Si tratta, dunque, di una concezione “restrittiva” perché legata al rispetto di determinati presupposti che spetta al giudice accertare.

Non manca, infine, una terza ricostruzione che riconduce il legittimo alle previsioni della Carta Costituzionale. La Corte costituzionale ha ricondotto il principio di legittimo affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica all’articolo 3 della Costituzione, al principio di uguaglianza dinnanzi alla legge sotto il profilo del rispetto del canone della ragionevolezza di cui all’articolo 3, primo comma della Costituzione¹¹⁹. Accanto a detto orientamento maggioritario, due posizioni dottrinali hanno ipotizzato di poter ricondurre il principio di buon fede nell’articolo 97 o nell’articolo 2 della Costituzione. La dottrina che richiama l’articolo 97 e il principio di imparzialità¹²⁰ osserva che l’Amministrazione svolge un’attività imparziale che deve tenere conto delle posizioni soggettive di coloro che sono interessati all’esercizio della funzione di cui è titolare. Di conseguenza, il rapporto tra Amministrazione e cittadini improntato a reciproca collaborazione e al reciproco rispetto di una condotta leale. Coloro che riconducono il principio di affidamento all’articolo 2 della Costituzione e al dovere di solidarietà considerano detto principio espressione del dovere di esercitare i diritti con modalità tali da non comportare un sacrificio eccessivo nell’altrui sfera giuridica. Dovere gravante su qualunque soggetto dell’ordinamento.

¹¹⁸ *Amplius*: MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’“alternanza”*, cit., 21 ss.; 35 ss. Sul tema della certezza del diritto: CALAMANDREI P., *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1942, 345 ss.; CARNELUTTI F., *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc. Riv.*, I, 1943, 87 ss.; LOPEZ DE OÑATE F., *La certezza del diritto*, a cura di G. Astuti e con appendice di M. Corsale, Milano 1968; G. FRANCHI-F. BERTI ARNOALDI VELI-G. CONSO, *Certezza del diritto e legittimità costituzionale*, in *Giur. it.*, IV, 1970, 3; PIZZORUSSO A., *Certezza del diritto. Profili applicativi*, voce dell’*Enc. giur.*, VI, Roma 1988; CORSALE M., *Certezza del diritto*, voce dell’*Enc. giur.*, VI, Roma 1988; COTTA S., *La certezza del diritto. Una questione da chiarire*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1993, 321 ss.; GIANFORMAGGIO L., *Certezza del diritto*, voce del *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, II, Torino 1988, 275 ss..

¹¹⁹ Corte Cost. 4 novembre 1999, n. 416, in *Giur. cost.*, 1999, 3625 ss. Il ragionamento è fatto proprio e sviluppato dalla Corte di Cassazione, Cass. civ., sez. trib., 10 dicembre 2002, n. 17576, in *Foro it.*, 2003, I, 1104 ss.

¹²⁰ ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, cit., 274 ss. Alla questione fa cenno BENVENUTI F., *L'ordinamento repubblicano*, cit., 248

Con particolare riguardo al rapporto tra principio di legittimo affidamento e potere di autotutela, si noti che la giurisprudenza tende a equilibrare la necessità che il primo potere costituisca regola generale dell'azione amministrativa, con l'esigenza che l'esercizio di esso non leda l'affidamento sorto al privato dall'emanazione del precedente provvedimento attraverso tre distinte modalità.

Anzitutto, il provvedimento di revoca o di annullamento in autotutela di un precedente atto amministrativo, qualora interviene dopo un considerevole lasso di tempo dall'emanazione dell'atto su cui incide, deve essere adeguatamente motivato in ordine alla avvenuta valutazione comparativa dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto con il legittimo affidamento ingeneratosi nel privato in ordine alla stabilità e certezza dei rapporti con l'Amministrazione. In tal senso, di recente:

“La Sezione reputa fondata anche la censura volta a stigmatizzare la violazione delle regole in punto di motivazione del provvedimento di revoca. L'analisi dell'atto di revoca e degli atti connessi evidenzia, infatti, la mancata valutazione comparativa dell'interesse pubblico con l'affidamento ingenerato nel soggetto privato dal notevole lasso di tempo trascorso e dal rilevante stato di avanzamento della procedura” (Consiglio di Stato, sez. V, 13 giugno 2012, n.3470).

Inoltre, nel caso di annullamento d'ufficio, la tutela dell'affidamento del privato passa attraverso la previsione contenuta nell'articolo 21 – nonies secondo la quale *“il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21 – ostie può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole....”*. Si ritiene, infatti, che il decorso del tempo determina in capo al privato un legittimo affidamento in ordine al consolidamento della situazione giuridica soggettiva di vantaggio riconosciutagli dal provvedimento poi annullato. Di conseguenza, l'annullamento in via di autotutela di un atto amministrativo, adottato dopo un certo lasso di tempo, non può fondarsi sulla mera esigenza di ripristino della legalità violata ma deve dare conto, nella motivazione, della sussistenza di un interesse

pubblico concreto ed attuale alla rimozione dell'atto. Gli elementi necessari che devono essere valutati dall'amministrazione nell'adozione del provvedimento di autotutela sono, dunque: l'illegittimità dell'atto, la discrezionalità dell'annullamento, l'esistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale al momento dell'annullamento, il necessario esame sulla prevalenza di questo interesse sulla eventuale situazione di vantaggio consolidatasi a favore del destinatario dell'atto; il fattore tempo come indice della tutelabilità o meno della situazione di vantaggio del destinatario:

“Ai sensi dell'art. 21 nonies, L. 7 agosto 1990, n. 241, che sia pure sopravvenuto recepisce arresti giurisprudenziali già affermatasi, l'esercizio del potere di autotutela, e quindi il concreto provvedimento di ufficio adottato dall'Amministrazione, richiede che quest'ultima, oltre ad accertare entro un termine ragionevole l'illegittimità dell'atto (nella specie di rilascio del permesso di costruire), debba altresì valutare la sussistenza di un interesse pubblico all'annullamento, attuale e prevalente sulle posizioni giuridiche private costituitesi e consolidatesi "medio tempore", dovendosi in particolare escludere che tale interesse pubblico possa consistere nel mero ripristino della legalità violata” (T.A.R. Puglia Lecce Sez. III, 17-05-2012, n. 863)¹²¹.

¹²¹ Nella stessa direzione: T.A.R. Campania - Salerno, sez. II, 24 aprile 2012, n. 803 *“Un provvedimento d'annullamento d'ufficio, con efficacia "ex tunc", di un precedente provvedimento può essere adottato dalla p.a., quando è stato emanato illegittimamente e sussiste un interesse pubblico specifico, diverso dal mero ripristino della legalità violata, che da una comparazione con l'interesse privato confliggente deve risultare prevalente rispetto a quest'ultimo, prendendo in considerazione anche il tempo decorso e la buona fede del privato destinatario dello stesso”*; T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, 12 luglio 2011, n. 3726: *“Presupposti dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio con effetti ex tunc sono, pertanto, l'illegittimità originaria del provvedimento, l'interesse pubblico concreto ed attuale alla sua rimozione diverso dal mero ripristino della legalità, l'assenza di posizioni consolidate in capo ai destinatari, di cui l'Amministrazione deve dare conto (Consiglio Stato, sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8291). L'annullamento di ufficio presuppone, difatti, una congrua motivazione sull'interesse pubblico attuale e concreto a sostegno dell'esercizio discrezionale dei poteri di autotutela, con un'adeguata ponderazione comparativa, che tenga anche conto dell'interesse dei destinatari dell'atto al mantenimento delle posizioni, che su di esso si sono consolidate e del conseguente affidamento del privato (Consiglio Stato, sez. IV, 16 aprile 2010, n. 2178). Ogni qualvolta la posizione del destinatario di un provvedimento amministrativo si sia consolidata, suscitando un affidamento sulla legittimità del titolo stesso, l'esercizio del potere di autotutela rimane subordinato alla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale all'annullamento, diverso da quello al mero ripristino della legalità violata e comunque prevalente sull'interesse del privato alla conservazione del titolo illegittimo tenuto conto della dimensione tipicamente discrezionale dell'annullamento d'ufficio che, rifuggendo da ogni automatismo, deve essere espressione di una*

Nel caso in cui, invece, il potere di autotutela venga esercitato tramite l’emanazione di un provvedimento di revoca, il legittimo affidamento del privato è tutelato tramite la previsione legislativa di un indennizzo in suo favore.

In tal senso:

“In forza di quest'ultimo rilievo deve essere respinta anche la domanda di indennizzo ex art. 21-quinquies L. n. 241 del 1990.

Occorre al riguardo precisare che tale forma di ristoro ha in comune con il diritto al risarcimento del danno ex art. 1337 c.c. la lesione di un interesse meritevole di tutela, distinguendosi i due istituti per il fatto che nel primo caso detta lesione è causata da un atto legittimo. La scelta legislativa di prevedere una forma di compensazione patrimoniale anche in questo secondo caso si fonda su un principio di equità, volto a contemperare le esigenze, di ordine imperativo, di assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico nelle ampie forme in cui per ius receptum è ammesso il potere di autotutela, con l'affidamento dei privati in ordine alla stabilità ed alla certezza dei rapporti con l'amministrazione” (Cons. Stato Sez. V, 05 luglio 2012, n. 3932)

3. Il principio di *primauté* del diritto comunitario quale possibile deroga della natura discrezionale del potere di autotutela

Il problema del rapporto tra autotutela amministrativa e diritto comunitario è stato vagliato dalla giurisprudenza, nazionale e comunitaria, sotto due diversi profili.

Il primo è quello concernente la necessità, per un organo amministrativo,

congrua valutazione comparativa degli interessi in conflitto, dei quali occorre dare adeguatamente conto nella motivazione del provvedimento di ritiro (T.A.R. Puglia Lecce, sez. I, 16 aprile 2010, n. 930).”; T.A.R. Lazio Roma Sez. II Sent., 30 maggio 2008, n. 5368: “i provvedimenti in autotutela sono illegittimi, per difetto di motivazione, nei casi in cui l'Amministrazione non abbia valutato in alcun modo l'esistenza dell'interesse pubblico prevalente e dell'affidamento del destinatario richiesti dagli artt. 21-quinquies e 21-nonies, della legge 7 agosto 1990 n. 241. Infatti, ogniqualvolta la posizione del destinatario di un provvedimento amministrativo si sia consolidata, suscitando un affidamento sulla legittimità del provvedimento stesso, l'esercizio del potere di autotutela è subordinato alla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale all'annullamento, diverso da quello al mero ripristino della legalità violata e comunque prevalente sull'interesse del privato alla conservazione del titolo illegittimo (cfr., da ultimo, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 7 gennaio 2008 n. 23).”.

di riesaminare una propria precedente determinazione allorché essa, benché divenuta inoppugnabile in forza di una sentenza passata in giudicato, risulti in contrasto con il diritto comunitario. Come più in dettaglio rilevato nel cap. I (cui si rimanda per un esame più puntuale delle pronunce comunitarie), l'indicata questione è stata portata più volte all'attenzione della Corte di Giustizia che, nelle sentenze "*Kuhne & Heitz*" e "*Kempter*" ha espresso un orientamento solo in parte favorevole a considerare recessivo il potere discrezionale di autotutela rispetto al principio di prevalenza del diritto comunitario.

La Corte ha stabilito, infatti, che a tutela del principio di certezza del diritto, non può esigersi che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa divenuta definitiva. Tuttavia, in circostanze particolari, un organo amministrativo può essere tenuto a riesaminare un provvedimento amministrativo, definitivo divenuto tale in seguito all'esaurimento dei ricorsi giurisdizionali interni, al fine di tener conto dell'interpretazione di una disposizione comunitaria pertinente nel frattempo accolta dalla Corte. Ciò si verifica, in particolare, allorché la decisione amministrativa in questione sia diventata definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte sia stata adita a titolo pregiudiziale alle condizioni previste dall'art. 234 n. 3, TCE, e l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della summenzionata giurisprudenza.

La seconda delle condizioni elencate è stata specificata dalla Corte di giustizia nella successiva *Kempter* ove il Collegio ha precisato che non occorre che il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno da esso proposto contro la decisione. Allo stesso modo, quanto all'istanza di riesame, nella medesima pronuncia la Corte ha rilevato che il diritto comunitario non impone alcun limite temporale per presentare una domanda diretta al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva. Gli Stati membri rimangono, tuttavia, liberi di fissare termini di ricorso ragionevoli, conformemente ai principi comunitari di effettività e di equivalenza.

Sotto altro profilo, è dibattuto in giurisprudenza e in dottrina se, nell'ipotesi di illegittimità del provvedimento amministrativo per violazione della normativa comunitaria, l'esercizio dello *ius penitendi* da parte della Pubblica Amministrazione debba considerarsi ugualmente discrezionale e informarsi agli stessi principi sopra indicati (sussistenza di un interesse pubblico, valutazione dei contrapposti interessi privati alla conservazione dell'atto e obbligo di motivazione specifica) previsti in caso di illegittimità dell'atto per violazione di norme nazionali, ovvero se la preminenza dell'interesse comunitario imponga necessariamente la rimozione d'ufficio¹²².

Parte della dottrina ha sostenuto che la speciale relazione del diritto comunitario con il diritto domestico imponga la caducazione doverosa dell'atto, non consentendo all'Amministrazione alcun margine di valutazione dell'interesse pubblico. In tal caso, il concreto e attuale interesse pubblico al ritiro dell'atto amministrativo è da considerare *in re ipsa* e sempre prevalente su altri interessi privati militanti in favore della conservazione dell'atto¹²³.

La giurisprudenza non è concorde.

Una parte di essa ritiene che anche in tali casi l'esercizio del potere di autotutela è discrezionale e richiede la contemporanea presenza dell'accertamento di un interesse pubblico concreto ed attuale, diverso dal mero ripristino della legalità violata, la valutazione di eventuali interessi privati contrapposti e il rispetto delle garanzie procedurali che accompagnano l'emanazione di qualunque atto amministrativo. Si tratta dell'orientamento maggioritario nel Consiglio di Stato: l'ordinamento nazionale e quello comunitario non si differenziano per nulla sotto il

¹²² In generale, sull'illegittimità dell'atto amministrativo nazionale anticomunitario e sulle condizioni di esercizio del potere di autotutela della pubblica amministrazione a fronte di un atto amministrativo illegittimo per violazione del diritto comunitario cfr.: GIOVAGNOLI R., *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela*, in *Diritto e formazione*, 2002, 11, 1635 e ss.; GRUNER G., *L'annullamento di ufficio in bilico fra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi della certezza del diritto e dell'autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, 2, 240 ss.; P. DE LUCA, *Sull'obbligo di riesame delle decisioni amministrative contrarie al diritto comunitario*, in *Giustizia amministrativa*, 2009, 2, 177 ss.

¹²³ In dottrina nel senso della obbligatorietà dell'autotutela dinanzi all'illegittimità comunitaria cfr.: TIZZANO A., *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, 13 ss.; CHITI M., *I signori del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 828 ss.

profilo degli strumenti di tutela apprestati alle situazioni giuridiche soggettive contemplate da ciascun ordinamento e la stessa Corte di Giustizia, già nel 2006, ha escluso che, decorsi i termini per l'impugnazione del provvedimento, l'Amministrazione abbia l'obbligo di rivederne il contenuto anche nell'ipotesi in cui il vizio si sostanzi nella violazione del diritto comunitario.

In tal senso:

“La pronuncia appellata, in sintesi, afferma la tesi secondo cui l'amministrazione legittimamente avrebbe disapplicato la predetta convenzione stante il contrasto con la normativa comunitaria dell'affidamento diretto di servizi pubblici a società miste nelle quali l'ente pubblico non rivesta la qualità di socio di maggioranza ovvero non eserciti su tali società un controllo analogo a quello svolto sui propri apparati burocratici.

Il Collegio ritiene invece che un provvedimento amministrativo - nella specie, il provvedimento di affidamento alla Società appellante della gestione del servizio attuato poi con la convenzione del 6.6.2000 - il cui contenuto sia in contrasto con norme o principi comunitari, non possa essere disapplicato dall'amministrazione, sic et simpliciter, ma debba essere rimosso con il ricorso ai poteri di autotutela di cui la stessa amministrazione dispone.

L'esercizio di tali poteri, peraltro, deve ritenersi soggetto, anche in questi casi, ai principi che sono a fondamento della legittimità dei relativi provvedimenti, rappresentati dalla contemporanea presenza di preminenti ragioni di interesse pubblico alla rimozione dell'atto, se si tratta di situazioni consolidate o di atti che abbiano determinato un legittimo affidamento in coloro che ne sono interessati, e dalla osservanza delle garanzie che l'ordinamento appresta per i soggetti incisi dall'atto di autotutela, prima fra tutte quella di consentire ai soggetti interessati di partecipare al relativo procedimento” (Consiglio di Stato, sentenza n. 4263/2008)

Altra parte del Consiglio di Stato ritiene, invece, che in presenza di un'illegittimità derivante dalla violazione di norme comunitarie, l'annullamento del

provvedimento illegittimo sia doveroso¹²⁴.

La riferita impostazione, sostenuta per lo più in passato¹²⁵, si fondava sulla considerazione che l'unico limite all'ingresso del diritto comunitario nel nostro ordinamento fosse rappresentato dai principi fondamentali e dai diritti inviolabili della persona umana. Poiché i principi inerenti l'esercizio del potere di autotutela non avevano rango costituzionale, non potevano prevalere su quelli di origine comunitaria.

L'annullamento in autotutela di un provvedimento amministrativo illegittimo trovava la sua *ratio* non nella ordinaria esigenza di ripristino della legalità violata che sorreggeva, nelle altre ipotesi, l'autotutela amministrativa, ma nella necessità di

*“... adempimento di un preciso obbligo internazionale legittimamente assunto dallo Stato italiano alla stregua dell'art. 11 Cost. rispetto al quale le eventuali implicazioni correlate a situazioni interne di diritto non possono assumere rilevanza”*¹²⁶.

In tal senso, Consiglio di Stato, sez. IV, 18 gennaio 1996, n. 54, secondo

¹²⁴ In tal senso anche una parte della dottrina che sostiene che in capo all'amministrazione sussiste, in questi casi, un vero e proprio obbligo di disapplicazione del provvedimento anticomunitario, conseguente al principio del primato del diritto comunitario. L'obbligo di disapplicazione, ha osservato la dottrina: “*costituisce, altresì, un principio generale dell'organizzazione e dell'attività amministrativa. Pertanto l'amministrazione, quando si trova di fronte ad una materia (organizzativa o funzionale) disciplinata contemporaneamente da atti comunitari e da atti amministrativi nazionali incompatibili con i primi, li deve senz'altro, disapplicare*” (PICOZZA E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, II edizione, 2004, 26; ID., *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2006, 90). Della stessa opinione SQUINTU M., *Il diritto comunitario nella giurisprudenza amministrativa italiana*, in E. Picozza (a cura di), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, seconda edizione, Padova, 2003, 89 ss.. “*il rispetto di tale principio [di primazia], ha come conseguenza che, ove una disposizione nazionale di qualunque livello (primario, secondario, convenzionale, atto non fonte di diritto, e persino la prassi amministrativa) venga a configgere con una disposizione di diritto comunitario originario o derivato, deve essere disapplicata dando la prevalenza all'applicazione del diritto*”. Si tratta, si osserva, di un principio che investe anche la prassi amministrativa e che si impone anche nel caso in cui il provvedimento amministrativo contrasti con principi generali non scritti dell'ordinamento comunitario.

¹²⁵ Quando, peraltro, non mancavano pronunce di senso contrario. In tal senso: Tar Lazio, 7 ottobre 1996, n. 1834, in *Urb. app.*, 1997, 335 ss.; Corte conti, sez. I, 2 aprile 1997, n. 372, in *Riv. Corte conti*, 1997, 166 ss.; Cons. St., sez. I, parere 9 aprile 1997, n. 372, in *Foro it.*, 1999, III, 334.

¹²⁶ BARONE A., *nota* a Cons. di Stato, sez. I, parere 9 aprile 1997, n. 372/97, in *Foro it.*.

cui:

“l’eliminazione del contrasto normativo e le connesse conseguenze amministrative costituiscono quindi adempimento di un obbligo internazionale dello Stato la cui legittimità costituzionale è stata ampiamente riconosciuta e di fronte a quale non può recedere ogni altro interesse pubblico o privato”.

E, in epoca successiva, Consiglio di Stato, sez. V, 5 giugno 1998, n. 918:

“... in presenza di una illegittimità derivante dalla violazione di norme comunitarie, il concreto ed attuale interesse pubblico al ritiro dell’atto amministrativo è da considerare non solo in re ipsa, ma anche sempre prevalente su altri interessi privati, militanti in favore della conservazione dell’atto”.

A sostenere la tesi del carattere vincolato del potere in questione anche la necessità di evitare un procedimento di infrazione a carico dello Stato e di garantire uniforme interpretazione ed attuazione del diritto comunitario.

In particolare, l’articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea attribuisce alla Commissione, cui spetta il compito di assicurare la corretta applicazione del diritto dell’Unione, il potere di ingiungere allo Stato membro di porre fine all’infrazione dal medesimo perpetrata per mancato recepimento delle direttive comunitarie o non corretta applicazione delle disposizioni nazionali e, nel caso di perdurante insolvenza dello Stato membro, di proporre dinanzi alla Corte di giustizia apposito ricorso.

L’inadempimento che può determinare l’intervento della Commissione si perfeziona allorché lo Stato membro, attraverso un organo della sua amministrazione – centrale, regionale o locale – abbia violato un obbligo impostogli dal diritto comunitario.

La fase contenziosa dinanzi alla Corte di Giustizia è generalmente preceduta da un procedimento amministrativo detto "procedimento d'infrazione" con

cui la Commissione tenta di indurre lo Stato membro a mettersi volontariamente in regola con il diritto dell'Unione. Nel suddetto procedimento, la Corte mette lo Stato membro in mora, invitandolo a comunicarle, entro un termine prefissato, le sue osservazioni sul problema di applicazione del diritto dell'Unione riscontrato. In un secondo momento, valutate le osservazioni formulate dallo Stato membro o decorso inutilmente il termine per poterle presentare, formula un parere motivato sulle ragioni dell'infrazione e sui rimedi necessari per porvi fine e chiede allo Stato membro di conformarvisi entro un dato termine.

Il mancato riscontro positivo dell'invito della Commissione, legittima la stessa ad adire la Corte di giustizia per l'accertamento dell'inadempimento dello Stato in sede giurisdizionale. In questa sede, spetta alla Corte accertare l'inadempimento dello Stato membro ed, eventualmente, emettere nei suoi confronti sentenza di condanna all'adozione dei provvedimenti necessari per l'esecuzione della sentenza, la cui mancata ottemperanza può determinare la condanna al pagamento di una somma forfettaria o di una penalità.

A ciò si aggiunga che in sede giurisprudenziale comunitaria è stato da tempo affermato il principio generale in base al quale l'obbligo di risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario riveste un carattere generale e non può dipendere dalla ripartizione meramente interna di competenze tra poteri dello Stato. Come osservato dall'Avvocato Generale nelle conclusioni della sentenza *Brasserie du Pêcheur*, d'altra parte, la responsabilità extracontrattuale degli Stati membri costituisce «un terreno sul quale si misura il corretto funzionamento del sistema giuridico comunitario considerato nel suo insieme»¹²⁷. In altri termini, lo Stato è responsabile nei confronti dei singoli dei fatti illeciti commessi da qualunque sua articolazione interna, derivanti dalla violazione del diritto comunitario. Nel diritto dell'Unione europea – al pari che nel diritto internazionale – lo Stato (e quindi la responsabilità del medesimo) è considerato in modo unitario e indipendentemente dall'organo che si è reso responsabile della violazione del diritto comunitario, essendo

¹²⁷ Avv. Gen. Tesaurò, conclusioni causa *Brasserie du Pêcheur - Factortame*, 28 novembre 1995, cause riunite C-46/93, C-48/93, in *Racc. I-1998*, 34, con nota di CATALANO G., *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, atto secondo*, in *Foro it.*, 1996, IV, 321.

l'organizzazione ed il riparto di competenze mere questioni organizzative interne, che non possono rilevare esternamente ai fini del riconoscimento dell'esistenza di un danno e del conseguente diritto al risarcimento da parte del soggetto che sia stato danneggiato.

Il principio della irrilevanza della provenienza del fatto illecito da una qualunque articolazione dello Stato è il principio comunitario affermato dalla sentenza *Francovich*¹²⁸, con riferimento al potere legislativo, dalla sentenza *Köbler*¹²⁹ in riferimento al potere giudiziario e dalla sentenza *Hedley Lomas*¹³⁰ in riferimento al potere esecutivo.

La sentenza *Francovich*, nel richiamare l'uso dei mezzi di disposizione dei diritti a fronte dell'inadempimento da parte dello Stato degli obblighi comunitari, rappresenta un punto di arrivo nell'elaborazione dei principi già presenti nel sistema comunitario e, al contempo, un atto di impulso alla giurisprudenza comunitaria e a quella degli Stati membri¹³¹. Non si può, infatti, negare come fossero principi già noti all'elaborazione giurisprudenziale comunitaria la supremazia del diritto comunitario sul diritto interno, la diretta applicabilità delle direttive *self-executing* nell'ordinamento degli Stati membri e la garanzia dell'effettività della tutela per tutti i cittadini europei, che la pronuncia in esame si limita a confermare. Invero, la responsabilità degli Stati membri per inadempimento degli obblighi derivanti dal Trattato e, più in generale, per obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea trova il proprio fondamento nell'art. 10 CE, che impone agli Stati di «*adottare tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano*

¹²⁸ Corte di Giustizia, sentenza 19 novembre 1991, cause C-6 e C-9/90, cit. con nota di BARONE A., PARDOLESI R., *Il fatto illecito del legislatore*, in *Foro it.*, 1992, IV, 245; SCODITTI E., «*Francovich*» presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale, in *Il Foro it.*, 2004, parte IV, 4; CARTABIA M., *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (A proposito della sentenza «Francovich» della Corte di Giustizia delle Comunità Europee)*, in *Giur. Cost.*, 1992, 513.

¹²⁹ Corte di Giustizia, sentenza 8 aprile 2003, causa C-224/01 *Köbler*, in *Racc. I*, 10239, pag. 28.

¹³⁰ Corte di Giustizia, sentenza 23 maggio 1996, causa C-5/94, *Hedley Lomas*, in *Racc. I*-2553.

¹³¹ Secondo TASSONE S., *Sulla responsabilità dello Stato membro per omessa attuazione di direttive comunitarie nell'ordinamento interno*, in *Resp. civ. prev.*, 1992, 850, con la sentenza *Francovich* la Corte di Giustizia ha inteso accentuare la tendenza a dettare regole di «mezzi» circa la protezione delle posizioni giuridiche soggettive scaturenti dal diritto comunitario.

quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente Trattato». La sentenza *Francovich*, tuttavia, individua soltanto un nuovo strumento di tutela, quello risarcitorio per responsabilità extracontrattuale dello Stato inadempiente, volto a garantire l'effettività del diritto comunitario, che si aggiunge agli strumenti già esistenti, quali, ad esempio, la suddetta procedura di infrazione, che determina una forma di controllo solo indiretto dei rapporti tra Stati, e l'efficacia diretta degli atti regolamentari e delle direttive *self executing*, rimedio che ha il merito di essere strumento di immediata affermazione della supremazia dell'ordinamento comunitario su quello nazionale. I rimedi citati non si sovrappongono in alcun modo alla responsabilità extracontrattuale dello Stato membro, affermata dalla sentenza *Francovich*, in quanto la procedura di infrazione, pur ponendosi come efficace strumento sanzionatorio previsto dall'ordinamento comunitario, non sarebbe comunque idonea a soddisfare tutte le aspettative dei privati connesse con l'esatto adempimento degli obblighi comunitari da parte degli Stati. L'affermazione di un principio generale di responsabilità degli Stati per violazione del diritto comunitario rappresenta, dunque, uno strumento di completamento delle forme di garanzia dell'osservanza del diritto nel sistema comunitario e della concreta effettività ed uniformità nell'applicazione in tutti gli ordinamenti giuridici nazionali¹³².

Rispetto agli altri rimedi innanzi enunciati (procedura di infrazione e diretta applicabilità), la previsione di un obbligo in capo agli Stati membri di risarcire i soggetti che hanno subito un danno a causa del mancato recepimento della direttiva rappresenta uno strumento diretto ed immediato di tutela, che consente ai privati di rivolgersi dinanzi ad un giudice (nazionale), per far valere la propria posizione

¹³² FUMAGALLI L., *La responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000, 8. L'Autore osserva che la procedura di infrazione e il meccanismo della diretta applicabilità delle disposizioni comunitarie non consentono al privato di essere tutelato in ogni situazione giuridica, in quanto per un verso tali rimedi sono esclusi quando la direttiva non abbia efficacia diretta e per altro verso sono comunque limitati ai rapporti c.d. "verticali" con lo Stato ed esclusi invece in relazione ai rapporti "orizzontali" tra privati.

giuridica soggettiva vantata in forza del diritto comunitario¹³³, nel rispetto delle condizioni di forma e sostanza stabilite dal diritto interno¹³⁴⁻¹³⁵.

La Corte di Giustizia ha, inoltre, più volte affermato la responsabilità dello Stato per i danni arrecati da un organo giurisdizionale di ultimo livello, nell'adottare una decisione contraria ai principi del diritto europeo, oppure nell'omettere di sottoporre una questione controversa alla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE. Nelle citate sentenze *Lucchini* e *Olimpiclub* la giurisprudenza comunitaria ha ben delineato le ipotesi in cui può essere esperita un'autonoma azione aquiliana, finalizzata al risarcimento dei danni imputabili allo Stato per violazione del diritto comunitario, nel caso in cui sia intervenuta una sentenza passata in giudicato. Nondimeno, la circostanza che su di una questione sia

¹³³ Corte di Giustizia, sentenza 10 aprile 1984, *von Colson*, causa 14/83 in Racc. 1984, 1909, secondo la quale l'obbligo degli Stati membri derivante da una direttiva di conseguire un risultato da questa contemplato impone al giudice nazionale di interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva.

¹³⁴ Corte di Giustizia, sentenza del 22 gennaio 1976, *Russo*, in causa 60/75, in Racc. 1976, 55.

¹³⁵ La responsabilità degli Stati membri per violazione degli obblighi che incombono sul legislatore nazionale in forza dei Trattati, nell'attuazione della normativa derivata, è stata poi ulteriormente precisata da pronunce successive della Corte di Giustizia, le quali hanno indicato con maggiore esattezza i contenuti della fattispecie risarcitoria gravante sugli Stati per mancato recepimento di una direttiva comunitaria. Nella sentenza *Brasserie du Pecheur – Factortame* (Corte di Giustizia, sentenza 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93) la Corte di Giustizia ha precisato che il rimedio risarcitorio è configurabile anche in presenza di una norma comunitaria sprovvista del c.d. effetto diretto nei rapporti tra lo Stato e i singoli e non solo nel caso di una direttiva sufficientemente chiara, precisa e suscettibile di immediata applicazione. L'immediata applicabilità di una direttiva non è stata considerata come condizione preclusiva al sorgere di una responsabilità dello Stato-legislatore per mancata attuazione di direttiva comunitaria. Tuttavia, ha precisato la Corte, affinché possa ravvisarsi una responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario è necessario che la violazione sia grave e manifesta. Nella pronuncia citata, la Corte di Giustizia ha, infine, chiarito che la responsabilità dello Stato sussiste anche nel caso in cui la direttiva comunitaria sia dotata di effetto diretto non potendosi nemmeno in questo caso escludere un danno cagionato al privato dalla mancata trasposizione nell'ordinamento di una direttiva, perché anche in tale fattispecie viene compromesso il principio dell'effettività del diritto comunitario rispetto a quello nazionale e la sua supremazia rispetto al diritto interno, che rappresenta il principio guida nella giurisprudenza comunitaria sulla responsabilità degli Stati membri per violazione degli obblighi gravanti sul legislatore nazionale. Nella successiva causa *British Telecommunications* (Corte di Giustizia, sentenza del 26 marzo 1996, *British Telecommunications*, in causa C-392/93, in Racc. 1996, I-1631), la Corte, pronunciandosi sulla richiesta di risarcimento del danno provocato da un'erronea trasposizione di una direttiva comunitaria, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua, di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, ha riconosciuto la responsabilità risarcitoria di uno Stato membro anche nell'ipotesi di trasposizione in modo non corretto della direttiva nel diritto interno, dal quale sia derivato un danno serio e sufficientemente dettagliato.

intervenuto il giudicato consente di affermare la possibilità di riconoscere lo Stato inteso quale apparato giudiziario responsabile per violazione del diritto comunitario, a condizione che il soggetto danneggiato si attivi tempestivamente per ottenere il ristoro del torto subito. Il principio della tutela dei singoli deve trovare, infatti, un giusto contemperamento con il principio della certezza del diritto, pur non esistendo un termine formale stabilito a livello comunitario entro il quale proporre l'azione risarcitoria, stante sul punto l'autonomia delle legislazioni e degli Stati membri.

Peraltro, nelle conclusioni dell'Avv. Generale *Léger* nella causa *Köbler*, è stato osservato che anche il mancato rinvio pregiudiziale da parte di un organo di ultima istanza potrebbe prefigurare, ai sensi dell'art. 6, par. 1 della CEDU, una violazione dei diritti fondamentali ad un equo processo e ad un giudice precostituito per legge, richiamati anche dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (art. 47, par. 2). Tale soluzione ha suscitato tuttavia molte perplessità da parte della dottrina¹³⁶, poiché il rinvio pregiudiziale non attribuisce alcun diritto soggettivo al singolo, spettando la decisione del rinvio unicamente al giudice *a quo*. Inoltre, la possibilità di configurare una violazione dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU potrebbe determinare delle concrete difficoltà nell'individuazione del nesso causale tra il mancato rinvio e il determinarsi del danno per il singolo.

Infine, la possibilità di considerare lo Stato responsabile nel caso di danni ai singoli dal proprio apparato amministrativo è stata esaminata dalla Corte di Giustizia nel caso *Hedley Lomas*¹³⁷, nel quale si poneva la domanda di rinvio pregiudiziale circa la possibilità di considerare ammissibile il risarcimento dei danni derivanti dal rifiuto da parte del Ministero dell'Agricoltura, della Pesca e dell'Alimentazione britannico di rilasciare una licenza d'esportazione a un operatore commerciale. La risposta della Corte di Giustizia a tale quesito conferma la validità del principio dell'indifferenza dell'organo che ha perpetrato la violazione del diritto comunitario ai fini dell'insorgere della responsabilità dello Stato nazionale: l'obbligo di risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario non può

¹³⁶ SZYSZCAK E, CYGAN A., *Understanding EU Law*, Londra, 2005, 50.

¹³⁷ Corte di Giustizia, sentenza 23 maggio 1996, *Hedley Lomas*, causa C-5/94 cit.

dipendere – come statuito dalla Corte – dalle ripartizioni di competenze esistenti a livello nazionale tra i poteri costituzionali.

Il principio generale, accolto dall'Unione europea e vigente negli Stati membri, dell'obbligo da parte dei pubblici poteri di risarcire il danno illegittimamente cagionato al cittadino si fonda direttamente sull'art. 288 Trattato Ce, il quale prevede al primo comma il meccanismo di operatività della responsabilità contrattuale e al successivo secondo comma le caratteristiche di operatività della responsabilità extracontrattuale¹³⁸.

Sulla questione della responsabilità extracontrattuale dello Stato per i danni arrecati dai singoli funzionari statali, la Corte si è pronunciata anche con la sentenza *A.G.M. – COS.MET*¹³⁹, con la quale il supremo organo di giustizia comunitario è stato interpellato in merito ai danni cagionati da una società italiana da alcune dichiarazioni rese da un funzionario pubblico e circa la possibilità di ricondurre il danno economico cagionato da tale affermazioni alla responsabilità dello Stato. Nel caso esaminato dalla Corte, un funzionario finlandese aveva dichiarato che alcuni ponti elevatori di una società potevano rappresentare un rischio immediato per la sicurezza, perché irregolari e pericolosi. Da tali dichiarazioni era conseguita una forte perdita di fatturato per la società italiana, la quale di conseguenza si rivolgeva alla Corte di Giustizia per sentir condannare lo Stato finlandese per le avventate dichiarazioni del proprio funzionario, le quali si ponevano in contrasto con il principio della libera circolazione delle merci (art. 28 CE e direttiva 98/37/CE).

Nel pronunciarsi sulla questione, la Corte affermò il principio secondo il quale le dichiarazioni di un funzionario, perché possano essere considerate lesive, devono provenire dall'organo di vertice dell'amministrazione e devono dunque avere il potere di impegnare *ufficialmente* l'amministrazione, o quanto meno sembrare dall'esterno essere tali. A tal fine, la Corte rimanda al giudice *a quo* il compito di valutare «*se il funzionario sia in generale competente nel settore interessato; il funzionario diffonda le sue dichiarazioni scritte utilizzando la carta intestata ufficiale*

¹³⁸ SENDMEYER S., FERRANTE E., *La responsabilità dello Stato per mancata o inesatta attuazione delle direttive: un punto di vista italo-tedesco*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2009, 2, 627.

¹³⁹ Corte di Giustizia, sentenza 17 aprile 2007, causa C-470/03, in *Racc. I*, 2749.

del servizio competente; il funzionario conceda interviste presso gli uffici del suo servizio; il funzionario non sottolinei il carattere personale delle sue dichiarazioni e non indichi che esse divergono dalla posizione ufficiale del servizio competente, e i servizi statali competenti non procedano al più presto ad effettuare quanto necessario per dissipare l'impressione suscitata nei destinatari delle dichiarazioni del funzionario che si tratti di posizioni ufficiali dello Stato»¹⁴⁰.

Le statuizioni contenute nelle pronunce sopra esaminate rilevano l'obiettivo comunitario di affermare il principio di primazia del diritto dell'Unione anche attraverso la previsione di una responsabilità di tipo extracontrattuale dello Stato legislatore, amministratore e giudice. Tuttavia, per ormai pacifica giurisprudenza comunitaria, la responsabilità dello Stato rimane comunque subordinata all'accertamento da parte del giudice *a quo* di tre condizioni minime, seppur suscettibili di maggiore ampliamento in sede nazionale, costituite: dall'esistenza di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli, dalla violazione grave e manifesta del diritto comunitario e dal nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi. La sussistenza cumulativa di queste tre condizioni è considerata dalla Corte di Giustizia condizione necessaria e sufficiente a far sorgere il diritto al risarcimento del danno subito dal privato in ragione della violazione perpetrata da un organo statale, ferma la possibilità dello Stato di applicare condizioni meno restrittive qualora esse siano previste dall'ordinamento nazionale per l'accertamento della responsabilità dei propri organi.

Si noti che la tesi del carattere vincolato del potere di riesame è stata di recente ribadita da un interessante pronuncia della giurisprudenza di primo grado (T.a.r. Sicilia-Palermo, sentenza 28 settembre 2007, n. 2049), nella quale, tuttavia il giudice di prime cure, scostandosi dall'orientamento consolidato, ha ritenuto che il carattere "vincolato" dell'annullamento d'ufficio di un atto "anticomunitario" si ricava non tanto dalla supremazia del diritto comunitario sul diritto interno o dell'articolo 11 della Costituzione, quanto dal principio di leale collaborazione di cui all'art. 10 del Trattato CE:

¹⁴⁰ Corte di Giustizia, sentenza 17 aprile 2007, causa C-470/03, *A.G.M. – COS.MET*, cit.

“Considerato ... - che con il ricorso introduttivo è stato impugnato il provvedimento di annullamento in autotutela del precedente decreto 22 dicembre 2004, relativo all'ammissibilità a contributo di progetti di costruzione di nuove navi, nell'ambito dei finanziamenti concessi nel settore della piccola pesca o pesca artigianale (contributo rivolto nella sostanza a coloro che erano rimasti esclusi dalla precedente graduatoria di cui al bando emanato con Decreto del Ministero delle Politiche Agricole e Forestali in data 30 marzo 2003); - che il provvedimento impugnato è motivato in relazione alla circostanza che la Commissione europea - DG Pesca, ha manifestato in proposito - per il tramite del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali - parere negativo all'erogazione dei finanziamenti per cui è causa, contrastando essi con una precedente decisione vincolante della stessa Commissione (con la quale erano state approvate le graduatorie dalle quali erano rimasti esclusi i beneficiari dei contributi successivamente deliberati dalla Regione Siciliana), nonché direttamente con l'art. 9, lett. b) del regolamento CE 2369/02, che ha fissato al 31 dicembre 2004 il termine ultimo entro il quale potevano essere finanziate le nuove costruzioni; - che dunque, nella sostanza, la Commissione europea ha rilevato come l'iniziativa della Regione siciliana fosse in realtà preordinata a superare gli effetti di una decisione vincolante della stessa Commissione, nonché ad ottenere un risultato pratico contrastante con il disposto di una norma comunitaria direttamente applicabile; - che sulla base di tali elementi, il provvedimento impugnato, per come risulta motivato, appare non solo legittimo, ma addirittura dovuto, alla stregua dell'obbligo di cooperazione gravante sulle pubbliche amministrazioni nazionali in forza dell'art. 10 del Trattato CE, come specificato dall'art. 1, c. 1213, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (è appena il caso di osservare in proposito che la Corte di Giustizia ha affermato che la portata di tale obbligo si estende fino ad esigere dall'amministrazione l'annullamento in autotutela di provvedimenti amministrativi contrastanti con lo ius superveniens comunitario, ancorché del tutto legittimi al tempo della loro emanazione, come accertato dal giudice nazionale con sentenza passata in giudicato: sentenza 13 gennaio 2004, in causa C-453/00, Kühne & Heitz; il che implica che, a fortiori, l'amministrazione

rimuova in autotutela provvedimenti comunitariamente illegittimi ab origine, ed anzi connotati da un profilo causale orientato al superamento della precettività degli effetti di atti - amministrativi e normativi - comunitari); - che, in punto di peculiarità dell'esercizio del potere di autotutela in presenza della c.d. illegittimità comunitaria del provvedimento, l'interesse pubblico specifico si connota anche in relazione all'esigenza di evitare che l'azione amministrativa anticomunitaria produca effetti economici pregiudizievoli per la collettività territoriale di riferimento, in conseguenza del possibile esercizio dell'azione di rivalsa da parte dello Stato, responsabile sul piano internazionale dell'inadempimento regionale degli obblighi comunitari, ai sensi dell'art. 1, c. 1215, della l. 296/2006”

Ancor più di recente,

“... il provvedimento impugnato, per come risulta motivato, appare non solo legittimo, ma addirittura dovuto, alla stregua dell'obbligo di cooperazione gravante sulle pubbliche amministrazioni nazionali in forza dell'art. 4, comma 3, del Trattato sull'Unione Europea (ex art. 10 del Trattato CE), che nella interpretazione che ne ha dato la Corte di Giustizia si estende fino ad esigere dall'amministrazione l'annullamento in autotutela di provvedimenti amministrativi contrastanti con il diritto europeo anche quando si tratti di atti del tutto legittimi al tempo della loro emanazione, ma divenuti comunitariamente illegittimi per effetto di sentenze della stessa Corte di Giustizia pronunciate successivamente alla inoppugnabilità dell'atto; e anche se nel frattempo si formi la cosa giudicata: sentenza 13 gennaio 2004, in causa C-453/00, Kühne & Heitz in punto di peculiarità dell'esercizio del potere di autotutela in presenza della illegittimità comunitaria del provvedimento, non possono essere accolte le prospettate censure circa la mancata valutazione dell'interesse pubblico concreto, così come le doglianze basate sulla omessa ponderazione dell'interesse della ricorrente, poiché la fattispecie si connota (anche) in relazione all'esigenza di evitare che l'azione amministrativa anticomunitaria produca effetti economici pregiudizievoli per la collettività territoriale di riferimento, in conseguenza del possibile esercizio dell'azione di rivalsa da parte dello Stato, responsabile sul

piano internazionale dell'inadempimento (anche posto in essere dall'ente locale) degli obblighi comunitari, ai sensi dell'art. 16 bis cit” (T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 13/01/2012, n. 27).

Le divergenti posizioni assunte dall’orientamento pretorio prevalente che subordina l’esercizio del potere di autotutela di un provvedimento amministrativo anticomunitario alle ordinarie condizioni previste per qualunque altro provvedimento illegittimo, si fondano sul diverso modo di intendere e risolvere il conflitto tra principi giuridici contrapposti, ma di uguale rilevanza e dotati tutti di piena operatività nell’ordinamento giuridico nazionale.

Coloro che aderiscono alla tesi del doveroso ritiro del provvedimento anticomunitario considerano il principio di leale collaborazione fra Stati membri nei confronti dell’ordinamento comunitario e il principio di preminenza ed effettività del sistema giuridico dell’Unione, principi cardine del sistema di legalità comunitaria. Detti principi, si afferma, risulterebbero totalmente disattesi qualora si consentisse agli organi amministrativi di adottare o di non eliminare provvedimenti in contrasto con il diritto comunitario.

I sostenitori della tesi opposta ritengono, al contrario, che il carattere discrezionale e non vincolato del potere di autotutela dei provvedimenti amministrativi anticomunitari si imponga alla luce dei principi di stabilità della decisione amministrativa e di tutela del legittimo affidamento, nonché dei principi di certezza del diritto e di autonomia procedurale degli Stati membri. A sostegno della tesi oggi maggiormente condivisa in giurisprudenza si adduce il rilievo che il principio di certezza del diritto e di tutela dell’ordinamento sono valori consacrati in qualunque ordinamento e, come tali, validi anche nell’ordinamento comunitario che tende a ricondurre ad unità i valori e le tradizioni giuridiche consacrate nei singoli Paesi membri. Inoltre, si aggiunge, manca qualunque aggancio normativo che possa ritenere possibile un distinguo, nelle condizioni di esercizio del potere di autotutela, in ordine alla fonte dalla cui violazione derivi l’illegittimità dell’atto soggetto a ritiro. Sembra, al contrario, che il legislatore abbia voluto rimettere alla valutazione discrezionale

dell'amministrazione procedente la scelta del modo in cui contemperare gli interessi coinvolti anche in considerazione delle peculiarità del caso concreto sottoposto al suo esame. Infine, si osserva, un'analoga valutazione comparativa è richiesta anche nel sistema legislativo comunitario in cui la mera illegittimità degli atti delle istituzioni comunitarie non determina l'integrale rimozione del provvedimento in sede amministrativa, ma richiede un'attività di attento bilanciamento tra gli interessi in gioco, tra cui quello del destinatario che abbia fatto affidamento sull'atto illegittimo¹⁴¹.

Qualunque sia la tesi ritenuta preferibile, si noti che nessuna indicazione nel senso della doverosità dell'esercizio del potere di autotutela è stata suggerita dalla Corte di Giustizia. Questa, infatti, è ferma nell'affermare che nessuna influenza produce il diritto comunitario sugli istituti nazionali dell'annullamento e della revoca d'ufficio. Solo in casi eccezionali e tassative, sopra puntualmente indicate, la giurisprudenza comunitaria ha considerato obbligatorio il riesame da parte delle amministrazioni interne di provvedimenti contrari al diritto comunitario, inquadrando tale obbligo nel principio di leale collaborazione.

Fuori da queste ipotesi è compito degli Stati membri stabilire limiti e condizioni dell'esercizio del potere di autotutela. Il diritto comunitario non si impone agli Stati membri, ma ne rispetta tradizioni processuali e linee fondamentali.

¹⁴¹ Sui principi dell'amministrazione comunitaria cfr.: WEBER A., *Il diritto amministrativo procedimentale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 393 ss. In particolare, sul legittimo affidamento, MAFFEI P., *Il principio della tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, 1, 498 ss.; LORELLO L., *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, 1998.

Bibliografia

- AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno: atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Giuffrè, 2008.
- ADAM R., TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, 2010.
- AIELLO G., *La nullità del provvedimento amministrativo tra dubbi e incertezze*, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, giugno 2005.
- AMADEO S., *Norme comunitarie, posizioni soggettive e giudizi interni*, Giuffrè, 2002.
- ANDRIOLI V., *Incidenza della pronuncia di incostituzionalità della legge sul giudizio amministrativo pendente*, in *Dem. dir.*, 1962, 105.
- ANELLI C., *Riflessi sul processo amministrativo della dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1967, 358 ss..
- ANTONIOLI M., *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, in *Riv.it.dir. pubbl.com.*, 1999, 1362 ss..
- ARLOTTA A., *Ius superveniens di fonte comunitaria e patologia del provvedimento amministrativo. Rapporti tra ius superveniens e provvedimento amministrativo*, in <http://www.lapraticaforense.it>.
- ASTONE A., *Il processo normativo dell'Unione europea e le procedure nazionali per l'esecuzione degli obblighi comunitari*, Giappichelli, 2008.
- ASTONE F., *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, ESI, Napoli 1999;
- ID., *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo, Profili sostanziali e tutela giurisdizionale*, Rubettino, Catanzaro, 2003
- BALLARINO T., *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, 2010
- BARBIERI E.M., *Ancora sulla disapplicazione di provvedimenti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 153.
- BARONCELLI S., *La partecipazione dell'Italia alla governance dell'Unione europea nella prospettiva del Trattato di Lisbona: un'analisi sulle fonti del diritto nell'ottica della fase ascendente e discendente*, Giappichelli, 2008.

BARONE A., PARDOLESI R., *Il fatto illecito del legislatore*, in *Foro it.*, 1992, IV, 245.

BARONE A., *nota* a Cons. di Stato, sez. I, parere 9 aprile 1997, n. 372/97, in *Foro it.*.

ID., *Questione pregiudiziale di validità e poteri cautelari del giudice nazionale*, in *Foro it.*, 1992, IV, 3 ss.;

ID., *Osservazioni sulla effettività della tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici e comunitari*, in *Foro it.*, 2003, IV, 475;

ID., *A proposito della sentenza Federfarma: fra tutela del consumatore e tutela costituzionale dei diritti fondamentali il Consiglio di Stato smarrisce la retta via?*, in *Dir.un.eur.*, 2006, 201 ss.

BARTOLINI A., *L'interesse legittimo nel diritto europeo e comparato*, in CAVALLO B. (a cura di), *Diritti e interessi nel sistema amministrativo del terzo millennio*, Giappichelli, 2002, 13 ss.

ID., *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2002

BATTINI S., VESPERINI G., *I limiti globali ed europei alla disciplina nazionale dei servizi*, Giuffrè, 2008

BATTINI S., VESPERINI G., *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, 2006

BERNA A., in *Riv. giur. edil.*, 1989, 187 ss.

BIAVATI P., *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2006

BIGNAMI F., CASSESE S., *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Giuffrè, 2005

BIN R. –PITRUZZELLA G., *Diritto pubblico*, Giappichelli, 2002, p. 331

BIN R., CARETTI P., *Profili costituzionali dell'Unione Europea. Cinquant'anni di processo costituente*, Il Mulino, 2005

BUONAURO C., *La disapplicazione degli atti amministrativi tra prassi e dottrina*, Edizioni giuridiche Simone, 2004

CACCIARI A., *La patologia degli atti amministrativi*, in *AA.VV.*, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Roma, 2006, 636 ss., 650-651

CAFAGNO G., *L'invalidità degli atti amministrativi emessi in forza di legge contraria a direttiva CEE immediatamente applicabile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1990, 359 ss.

CALAMANDREI P., *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1942, 345 ss.;

CANNADA BARTOLI E., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Giuffrè, 1950

CANNADA BARTOLI E., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Giuffrè, 1950, 196.

CAPUTI JAMBRENGHI V., *Diritto amministrativo e diritto comunitario: riflessioni sulla tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Cedam, 1998

CARANTA R., *Giustizia amministrativa e diritto comunitario. Studio sull'influsso dell'integrazione giuridica europea sulla tutela giurisdizionale dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 1992, 365-366.

ID., *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, 1990, Giuffrè, 331 ss.;

CARANTA R., *Giustizia amministrativa e diritto comunitario. Studio sull'influsso dell'integrazione giuridica europea sulla tutela giurisdizionale dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli 1992;

ID., *Inesistenza (o nullità) del provvedimento adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario?*, in *Giur. it.*, 1989, III, 149 ss.;

CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, 4° edizione, Milano, 2005, I, 65;

ID., *Il riparto in base al criterio della causa petendi*, in AA. VV. , *Il riparto di giurisdizione*, Giuffrè, 2005, I, 56 ss., 80.

CARNELUTTI F., *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc. Riv.*, I, 1943, 87 ss.

CARTABIA M., GENNUSA M., *Le fonti europee e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2009

CARTABIA M., *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (A proposito della sentenza «Francovich» della Corte di Giustizia delle Comunità Europee)*, in *Giur. Cost.*, 1992, 513.

CASSESE S., SAVINO M., *I caratteri del diritto amministrativo europeo*, in: della Cananea G (ed) *Diritto amministrativo europeo: principi e istituti*, Corso di diritto amministrativo, V, Giuffrè, 2006, 169 ss..

CASTORINA E., *Riflessioni sul processo costituente europeo*, Giappichelli, 2010.

CAVALLO B., *Diritti ed interessi nel sistema amministrativo del terzo millennio*, Giappichelli, 2002

CELOTTO A., *Scritti sul processo costituente europeo*, Editoriale scientifica, 2009

CENTRO L., *Riflessi del processo di ibridazione tra diritto interno e diritto comunitario sul provvedimento amministrativo e sul regime della sua impugnazione*, in *Amm. it.*, 2000, 1409 ss;

CERULLI IRELLI V., *Introduzione*, in AA.VV., (a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Giappichelli, 2005

CERVATI A., *Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità delle leggi sull'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 1963, 1214 ss.

CHIOLA G., *Considerazioni sulla legalità comunitaria dell'atto amministrativo*, Roma, 2003, 7 ss.;

ID., *L'ordinamento comunitario e l'attività della pubblica amministrazione in Italia*, Aracne, 2007, 88 ss

CHITI E., FRANCHINI C., GNES M., SAVINO M., VERONELLI M., *Diritto amministrativo europeo. Casi e materiali*, Giuffrè, 2005

CHITI M.P., GRECO G., *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, 2011

CHITI M.P., *L'invalidità degli atti amministrativi per violazioni di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. amm.*, 2003, 687 ss.

CICIRIELLO M.C., *L'unione europea e i suoi principi giuridici*, Esi, 2010

CINTIOLI F., *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale: disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, 2. Ed, Giappichelli, 2007

CLEMENTE SAN LUCA G., *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Jovene, 2003

COCCO G., *"Incompatibilità comunitaria degli atti amministrativi, coordinate teoriche ed applicazioni pratiche"*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2001, pp. 1037- 1038.

CONDINONZI M., MASTROIANNI R., *Il contenzioso dell'Unione europea*, Giappichelli, 2009

CONFORTI B., *Il problema degli "effetti diretti" delle decisioni e delle direttive comunitarie e il terzo colloquio della Federazione internazionale per il diritto europeo*, in *Annuario di diritto internazionale*, 1965, pp. 363 – 365

CORAPI D., PERNAZZA F., *La società europea: fonti comunitarie e modelli nazionali*, Giappichelli, 2011

COSTANZO P., MEZZETTI L. RUGGERI A., *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Giappichelli, 2010

COTTA S., *La certezza del diritto. Una questione da chiarire*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1993, 321 ss.;

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale, II, L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, CEDAM, 1984

CUGURRA G., *Direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 357 ss.

D'ATENA A., *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Giappichelli, 2007

D'ORSOGNA M., *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Giuffrè, 2004

DANIELE L., *Diritto dell'Unione europea: sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, Giuffrè, 2008

DANIELE L., *L'effettività della giustizia amministrativa nell'applicazione del diritto comunitario europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 1996, 1385 ss.

DE CAROLIS D., L'annullabilità del provvedimento amministrativo in F. Caringella – D. De Carolis – G. De Marzo (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, Giuffrè, 2005, 1033.

DE GIORGI M., *L'atto amministrativo e le fonti comunitarie*, in PASQUINI G. e SANDULLI A. (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 581 ss., 583.

DE LUCIA L., *Introduzione al provvedimento amministrativo transnazionale nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2009

DE PRETIS D., *Illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, nota a Corte di Giustizia, 13 gennaio 2004, causa C-453/2000, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 7, 723 ss.

DEL FEDERICO L., *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea: contributo allo studio della prospettiva italiana*, Giuffrè, Milano, 2010

DELFINO F., *La dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi*, Napoli, 1970, 147 ss..

DELLA CANANEA G., *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Giuffrè, 2008

DEMURO G., *Costituzionalismo europeo e tutela multilivello dei diritti: lezioni*, Giappichelli, 2009

DI SALVATORE E., *L'identità costituzionale dell'Unione europea e degli stati membri: il decentramento politico-istituzionale nel processo di integrazione*, Giappichelli, 2008

DICKMANN R., *Osservazioni sul regime dell'attività amministrativa statale di attuazione ed applicazione delle norme comunitarie alla luce della sentenza della Corte Costituzionale 168 del 1991*, in *Dir. soc.*, 1992, 549 ss.

DREAETTA U., *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale: ordinamento e struttura dell'Unione europea*, Giuffrè, 2009

ESPOSITO C., *Inesistenza o illegittima inesistenza di uffici ed atti amministrativi per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme organizzatorie?*, in *Giur. cost.*, 1960, 330 ss.

FALCON G., *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario: ricerche e tesi in discussione : atti del seminario di Trento, 8-9 giugno 2007*, Padova, CEDAM, 2008

FENUCCI F., *Giudicato implicito ed impliciti effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi sugli atti amministrativi*, in *Giur. cost.*, 1981, 1990 ss.

FERRARI E., *La Corte di giustizia indica al giudice amministrativo una terza via tra perentorietà del termine di impugnazione e disapplicazione dei provvedimenti amministrativi*, in *Foro it.*, 2003, IV, 477 ss.

- FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria degli stati membri per violazione del diritto comunitario*, Giuffrè, 2008
- FOIS P., *Il diritto dei trattati: raccolta di scritti*, Editoriale scientifica, 2009
- FORLATI PICCHIO L., *La neutralizzazione degli effetti di atti amministrativi contrari al diritto comunitario*, in *Dir. com. sc. int.*, 1978, 199 ss.
- FRAGOLA F., *Temi di diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, 2008
- G. FRANCHI-F. BERTI ARNOALDI VELI-G. CONSO, *Certezza del diritto e legittimità costituzionale*, in *Giur. it.*, IV, 1970, 3
- GAJA G., ADINOLFI A., *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Laterza, 2010
- GALETTA U.D., *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Giuffrè, 2003
- GALLETTA D.U., *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, I, 35 ss.
- GAMBINO S., *Diritti fondamentali e Unione Europea: una prospettiva costituzional-comparatistica*, Giuffrè, 2009
- GAROFOLI R., *Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme CE self executing*, in *Urb.app.*, 1997, 335 ss., 337 ss.
- GAROFOLI R., *L'annullamento di atto amministrativo contrastante con norme CE self-executing*, in *Urb. e App.*, 1997, 340
- GATTINARA G., *Il ruolo delle pubbliche amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kunhe e Heitz*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, 2, 489.
- GATTO A., *I poteri del giudice amministrativo rispetto a provvedimenti individuali e concreti contrastanti con il diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 1429.
- GIANFORMAGGIO L., *Certezza del diritto*, voce del *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, II, Giappichelli, 1988, 275 ss..
- GIOVAGNOLI R., *Atto amministrativo e legge incostituzionale: i profili sostanziali e processuali*, in *Urb. app.*, 2002, 226 ss.
- ID., *Il candidato descriva la varie tesi sul regime di invalidità dell'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario, operando un confronto con la problematica*

dell'atto amministrativo emanato in base ad una legge incostituzionale, in R. Chieppa (a cura di), *Temi di diritto amministrativo. Prova scritta concorso uditore giudiziario e referendario T.a.r.*

ID., *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, in *Giust. Amm.*, 2004, 905;

GIOVAGNOLI R., FRATINI M., *Invalidità e autotutela*, Giuffrè, Milano, 2007

G. GRECO, *Fonti comunitarie e atti amministrativi italiani*, in *Riv. Dir. Pubbl., com.*, 1991, 33 ss.

GIOVANNETTI T., *L'Europa dei giudici: la funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Giappichelli, 2009

GONZALES PEREZ J., *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid 1983

GRECO G., *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in CHITI M.P. – GRECO G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, 936 ss; ID., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, 936 ss.

ID., *Problemi di diritto pubblico italo-comunitario*, in AA.VV., *Argomenti di diritto pubblico italo-comunitario*, Giuffrè, Milano, 1999

ID., *Profili di diritto pubblico italiano-comunitario*, in *Argomenti di diritto pubblico italiano-comunitario*, Milano, 1989;

ID., *Fonti comunitarie e atti amministrativi italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 36 ss.;

ID., *Argomenti di diritto pubblico italo-comunitario*, Milano, 1989, 65;

GRILLI A., *Le origini del diritto dell'Unione europea*, Il Mulino, 2009

GUASTINI R., *Le fonti del diritto: fondamenti teorici*, Giuffrè, 2009

LAUDANTE F., *Fonti comunitarie ed attività amministrativa statale tra separazione ed integrazione degli ordinamenti*, in *Rass. Dir. Pubbl. eur.*, 2005, I, 245

LAURICELLA G., *L'incostituzionalità dell'atto amministrativo. Uno sguardo ai modelli stranieri e alla proposta di riforma del sistema delle garanzie*, Giuffrè, 1999

LEONE C., *Disapplicabilità dell'atto amministrativo in contrasto con la disciplina comunitaria? Finalmente una parola chiara da parte della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 898 ss.

ID., *Diritto comunitario e atti amministrativi nazionali*, in *Riv. Dir. Pubbl. com.*, 2000, 1174 e ss, 1185 ss.; ID,

LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico: studio sulla qualificazione giuridica*, Giuffrè, 2000

LOPEZ DE OÑATE F., *La certezza del diritto*, a cura di G. Astuti e con appendice di M. Corsale, Milano 1968

LORELLO L., *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, 1998.

LUCIANI F., *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo: rilevanza ed efficacia*; con prefazione di Antonio Romano Tassone, Giappichelli, 2010

LUCIANI F., *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Giappichelli, 2003

MACCABIANI N., *La primauté del diritto comunitario non "deroga" al regime processuale nazionale: breve nota in merito all'ordinanza del Consiglio di Stato, n. 1053 del 2002*, in *Riv. giur. edil.*, 2002, 1086

MAFFEI P., *Il principio della tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, 1, 498 ss.;

MAGRI M., *La legalità costituzionale dell'Amministrazione*, Milano, 2002, 103 ss., 344 ss.

MALFATTI E., PERTICI A., ROSSI E., *Le istituzioni politiche*, Giappichelli, 2011 in ROMBOLI R., *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*.

MANFRELLOTTI M., *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, Giappichelli, 2004, 227

MANGANARO F., *Il principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 113 ss.

MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo: un'indagine comparata*, Trento, 1996.

MARZONA N., *Pubblica amministrazione e integrazione diritto interno – diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 439 ss.

MARZONA N., *Pubblica amministrazione e integrazione diritto interno – diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 1991, 435

MASSA M., *Problemi e modelli del sindacato sui regolamenti amministrativi*, *Tesi di dottorato in giustizia costituzionale*, Pisa, 2005, 169 ss.

MASSERA A., *I principi generali dell'azione amministrativa*, in CERULLI IRELLI V. (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli 2006, 39 ss.

MASTRODONATO G., *Procedimenti amministrativi composti nel diritto comunitario*, Cacucci, 2008

MATTERELLA B.G., *Il provvedimento* in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, *Diritto amministrativo generale*, seconda edizione, Giuffrè, I, 2003, 797 ss.

MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA G., *Diritto amministrativo*, Giappichelli, 2008.

MAZZELLA L., *La corretta attuazione del diritto comunitario e le sue conseguenze*, in *Cons. Stato*, 2005, I, 225 ss.

MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Giuffrè, 2001, 9 ss.

MODUGNO F., *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del potere esecutivo*, in *Giur. cost.*, 1963, 1724 ss.

MONTINARO D., *Gli atti amministrativi applicativi di norme dichiarate incostituzionali*, in <http://www.filodiritto.com>, 12 giugno 2003

MORBIDELLI G., *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisprudenza amministrativa, (ovvero del conflitto tra il principio di gerarchia delle fonti e il principio dispositivo)* in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, 1045 ss.

MORELLI A., *L'illegittimità consequenziale delle leggi: certezza delle regole ed effettività della tutela*, Rubbettino, 2008

MORI P., *Rapporti tra fonti nel diritto dell'Unione europea: il diritto primario*, Giappichelli, 2010

MORRONE A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Angeli, 2007

MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, X ediz., Padova, 1991, 299

MURRA R., *Contrasto tra norma nazionale e norma comunitaria: nullità degli atti amministrativi di applicazione della normativa comunitaria*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, 281

MUSONE R., *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, 201.

ONIDA V., “*Armonia tra diversi*” e problemi aperti. *La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*”, in *Quad. cost.*, 2002, 549 ss.,

ID., *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, 1967, 209 ss.;

ID., *Conseguenze processuali della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge attributiva di potestà alla Pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 1966, I, 1025 ss.;

PACELLI M., *La nuova tutela nei confronti dell'amministrazione pubblica: illegittimità amministrative e strumenti di autotutela del cittadino : il risarcimento dei danni*, Giuffrè, Il sole 24 ore, 2001.

PAOLANTONIO N., *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, CEDAM, 2000.

PAOLANTONIO N., POLICE A., ZITO A., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Giappichelli, 2005

PATRONO M., voce *Legge*, in *Enc. Dir.* XXIII, Giuffrè, 1973

PERASSI T., *La Costituzione italiana e l'ordinamento internazionale*, Giuffrè, 1952, 23

PEREZ R., *I vizi dell'atto amministrativo conseguenti alla pronuncia di incostituzionalità delle leggi*, in *Foro it.*, 1964, III, 364 ss.;

PERLINGIERI P., *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee: per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2008

PICCARDI L., *Sulla disapplicazione degli atti amministrativi*, in *Studi sulla giustizia amministrativa e altri scritti di diritto processuale*, Giuffrè, 1968

PICOZZA E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, 2° edizione, Giappichelli, 2004, 45

PICOZZA E., PALMA G., FOLLIERI E., *Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, II, Padova, 1999

PICOZZA E., voce *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1997, XV, 2

PIGNATELLI N., *I provvedimenti amministrativi anti-comunitari, profili sostanziali e processuali*, in *La Rivista Nel diritto*, 2009, 6, 885.

PIVA P., *Giudice nazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, Jovene, 2008

PIZZORUSSO A., *Certezza del diritto. Profili applicativi*, voce dell'*Enc. giur.*, VI, Roma 1988;

POCAR F., *Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2010

PONTE D., *Invalidità del provvedimento e riparto di giurisdizione alla luce della legge n. 15/2005*, Milano, 2006, 75 ss.

PONTE D., *La nullità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2006

PROSPERI F., *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, Giappichelli, 2009

RAGAZZO M., *L'autotutela amministrativa. Principi operativi e ambiti applicativi*, Milano, 2006, 268 ss.

RAGAZZO M., CAPUTO O.M., *I principi generali dell'ordinamento comunitario*, in CARINGELLA F. - DE CAROLIS D. -DE MARZO G. (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005, I, 23 ss.

ROLLA G., *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Giuffrè, 2010

ROLLI R., *La disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo: tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, 2. Ed., Aracne, 2005

ROMANO A., *Pronuncia di illegittimità costituzionale di una legge e motivo di ricorso giurisdizionale amministrativo*, in *Foro amm.*, 1964, 139 ss.

RUINA S., *La disciplina comunitaria dei diritti di partecipazione ai procedimenti ambientali*, Giuffrè, 2008

RUSSO A., *E' sempre più "diffuso" il controllo di conformità al diritto comunitario ad opera del giudice nazionale?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 701 ss

SANDULLI A., *Corso di diritto amministrativo*, II, *Diritto amministrativo applicato*, Milano, Giuffrè, 2005

ID., *Illegittimità delle leggi e rapporti giuridici*, in *Stato sociale*, 1966, 107 ss.

ID., *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, 2011

SCIFONI F., *La tutela giurisdizionale nell'ordinamento interno dei diritti soggettivi di origine comunitaria*, in *Doc. giust.*, 1995, 1529

SCOCA G., *La prospettiva amministrativistica*, in AA.VV., *Nuove forme di tutela delle posizioni soggettive nelle esperienze processuali: profili pubblicistici*, Giuffrè, 2004

SCODITTI E., «*Francovich*» presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale, in *Il Foro it.*, 2004, parte IV, 4

SERIO A., *Il principio di buona amministrazione procedurale: contributo allo studio del buon andamento nel contesto europeo*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2009

SORRENTINO F., *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, XXXV, CEDAM, 2004

SPASIANO M.R., *Articolo 21 – septies, Nullità del provvedimento*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Giappichelli, 2005, 551 ss.;

STELLA RICHTER P., *L'inoppugnabilità*, Giuffrè, 1970

STICCHI DAMIANI E., *Evoluzione della giustizia amministrativa. Integrazione europea e prospettive di riforma*, Giuffrè, 1998

ID., *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario. Contributo allo studio della nozione*, Giappichelli, Torino, 2006

STIGLIANI V., *Atti amministrativi nazionali e norme comunitarie*, in *Riv. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, 1413 ss.

SUSCA A., *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Giuffrè, 2005, 484 ss.

TARULLO S., *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Giappichelli, 2004

TASSONE S., *Ancora sui rapporti fra diritto interno e diritto comunitario in materia di appalti pubblici: direttive immediatamente applicabili e obbligo dell'amministrazione di disapplicare le norme nazionali con esse contrastanti*, in *Riv. int. dir. pubbl. com.*, 1992, 554 ss.;

TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, CEDAM, 2010

TORCHIA L., *Il giudice disapplica e il legislatore reitera: variazioni in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Foro It.*, 1990, III, 204 ss.

TORIELLO F., *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000, 108.

VAIANO D., *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Giuffrè, 2002

VALAGUZZA S., *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l'incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 1112 ss., 1149 ss.

VILLATA R., *L'atto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca, II, Bologna, 1998, 767 ss.

VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, 2006

VINTI S., CAPOTORTO D., *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, Giuffrè, 2008

VIPIANA PERPETUA P.M., *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, 448

ID., *Invalidità, annullamento d'ufficio e revoca degli atti amministrativi : alla luce della legge n. 15 del 2005*, Padova, Cedam, 2007

WEBER A., *Il diritto amministrativo procedimentale*, in *Riv. it. dir pubbl.com.*, 1992, 393 ss. In particolare, sul legittimo affidamento,

ZANGHI C., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, 2010