



Unione europea
Fondo sociale europeo



REGIONE AUTONOMA
DELLA SARDEGNA

FSE 2007-2013



obiettivo competitività regionale e occupazione



Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA

Diritto dell'attività amministrativa informatizzata e delle comunicazione

pubblica

Ciclo XXVII

TITOLO TESI:

Giurisprudenza della Corte di Giustizia e Amministrazione nazionale:

poteri, doveri e spunti per un'analisi comparata

Settore/i scientifico disciplinari di afferenza:

IUS 10 – DIRITTO AMMINISTRATIVO

Presentata da Roberta Patrizia Giannotte

Coordinatore Dottorato Prof. Felice Ancora

Tutor Prof. Andrea Pubusa

Esame finale anno accademico 2013 – 2014

La presente tesi è stata prodotta durante la frequenza del corso di dottorato in Diritto dell'attività amministrativa informatizzata e della comunicazione pubblica dell'Università degli Studi di Cagliari, a.a. 20122014 - XXVII ciclo, con il supporto di una borsa di studio finanziata con le risorse del P.O.R. SARDEGNA F.S.E. 2007-2013 - Obiettivo competitività regionale e occupazione, Asse IV Capitale umano, Linea di Attività 1.3.1 "Finanziamento di corsi di dottorato finalizzati alla formazione di capitale umano altamente specializzato, in particolare per i settori dell'ICT, delle nanotecnologie e delle biotecnologie, dell'energia e dello sviluppo sostenibile, dell'agroalimentare e dei materiali tradizionali".

Roberta Patrizia Giannotte gratefully acknowledges Sardinia Regional Government for the financial support of her PhD scholarship (P.O.R. Sardegna F.S.E. Operational Programme of the Autonomous Region of Sardinia, European Social Fund 2007-2013 - Axis IV Human Resources, Objective 1.3, Line of Activity 1.3.1.)".

Giurisprudenza della Corte di Giustizia e Amministrazione nazionale: poteri, doveri e spunti per un'analisi comparata.

Introduzione

1. La Corte di Giustizia europea e gli Stati membri: un'introduzione.p. 10
1.1. Il sistema di raccordo tra Italia e UE.p. 12
1.1.1. La crisi della legge: da problema interno...p. 15
1.1.2. (segue) ... a questione comunitaria: il ruolo no(r)mofilattico della Corte di Giustizia.p. 16

Capitolo 1

L'influenza della Corte di Giustizia sugli ordinamenti interni

1. La giurisdizione della Corte di Giustizia: una panoramica.p. 20
1.1. Le sentenze della Corte di Giustizia e la loro qualificazione.p. 22
1.1.1 (segue) Gli effetti.p. 25
1.2. La sentenza che definisce il ricorso per infrazione.p. 27
1.3. (segue) Il giudizio ex art. 267 T.F.U.E.p. 29
2. L'influenza della Corte di Giustizia sui giudici nazionali.p. 31

2.1.	(segue) L'influenza sul concreto operato. Il caso dell'ordine di esame dei ricorsi incidentale e principale.	p. 32
2.2.	La "dottrina delle corti" ed il giudice soggetto soltanto alla legge.	p. 34
2.3.	Dottrina delle corti (e della Corte di Giustizia) vs. comparazione giuridica.	p. 37
2.3.1.	(segue) La Corte creativa e comparativa: il principio di proporzionalità ed il suo ingresso negli ordinamenti europeo e degli Stati membri.	p. 40
2.3.2.	(segue) <i>Feedback</i> e <i>spill-over</i> : il principio torna cambiato nell'ordinamento di origine e degli altri Stati membri.	p. 44
2.3.3.	<i>Feedback</i> e autotutela decisoria (rinvio).	p. 45
3.	L'influenza della Corte di Giustizia sull'attività amministrativa nazionale.	p. 45
3.1.	Diritto amministrativo comunitario o amministrazioni nazionali che agiscono in modo uniforme?	p. 47

Capitolo 2

Corte di Giustizia e Amministrazione nazionale: poteri, doveri ed autotutela decisoria.

1.	Amministrazione e giurisprudenza comunitaria.	p. 50
1.1.	Autonomia procedurale delle Amministrazioni e influenza giurisprudenziale comunitaria: una voce critica.	p. 50
1.1.1.	Autonomia procedurale e funzioni pubbliche (rinvio).	p. 52

2. L'atto amministrativo contrario alla giurisprudenza comunitaria.	p. 53
2.1. Il regime di invalidità.	p. 55
3. Il potere eliminatorio della P.A. in caso di invalidità di un atto: l'autotutela decisoria.	p. 60
3.1. (segue) L'origine ed il fondamento del potere eliminatorio: dalla sentenza Kühne & Heitz... ..	p. 61
3.1.1. (segue) ... al caso Lucchini (rinvio).	p. 65
3.2. Rapporti con l'autotutela nazionale.	p. 67
3.2.1. (segue) Il superamento del rapporto potere-dovere e l'opinione più recente in tema di qualificazione dell'autotutela decisoria.	p. 69
3.3. Annullamento d'ufficio o revoca?	p. 71
3.4. Il tempo nell'autotutela decisoria.	p. 74
3.5. Il potere eliminatorio nel caso di contrasto tra giudicati.	p. 75
3.5.1. Il nuovo valore del giudicato.	p. 78
4. Il potere (positivo) di adeguamento.	p. 79
4.1. Origine e natura del potere di adeguamento.	p. 79
4.1.1. Standard superiori e normativa nazionale.	p. 82

4.2.	Strumenti telematici di facilitazione e adeguata formazione.	p. 85
4.3.	Il tempo nel potere di adeguamento.	p. 86
4.4.	Stabilizzazione e precariato: potere-dovere dell'Amministrazione e bilanciamento delle situazioni giuridiche. ..	p. 87
4.4.1.	(segue) L'ultimo intervento in tema di stabilizzazione: il principio espresso ed il dovere di adeguamento.	p. 91
4.5.	Quando la normativa è contraria al dettato comunitario: il caso del gratuito patrocinio per le società.	p. 93
5.	Il potere "di riflessione": il principio di precauzione.	p. 95
5.1.	Origini del principio di precauzione.	p. 96
5.2.	L'Amministrazione riflessiva.	p. 97

Capitolo 3

Giurisprudenza comunitaria: funzione interna o esterna?

1.	Le funzioni pubbliche e l'influenza della Corte di Giustizia: funzione interna o influsso esterno?.	p. 100
2.	Nozione di "funzione pubblica".	p. 101
2.1.	Funzioni interne e funzioni esterne	p. 103
3.	Poteri espansivi del Giudice Europeo	p. 105

3.1. La certezza del diritto e l'attività amministrativa: un grimaldello per invadere la sfera interna?	p. 106
4. Lo "Spazio Giuridico Europeo"	p. 107
5. Alla ricerca di una soluzione	p. 109

Capitolo 4

Spunti per un'analisi comparata

Una visione comparata della giurisprudenza della Corte di Giustizia	p. 111
--	---------------

1. Spagna

1.1. L'adesione spagnola all'Unione Europea ed il rapporto tra ordinamenti spagnolo e comunitario.	p. 112
--	---------------

1.1.1. Giudice costituzionale spagnolo e conflitti tra norma spagnola e norma UE	p. 113
---	---------------

1.2. Le conseguenze dell'atteggiamento del Tribunal constitucional sulla giurisprudenza della Corte di giustizia e effetti per gli Stati membri (rinvio)	p. 115
---	---------------

1.2.1. Il caso Iberdrola	p. 115
---------------------------------------	---------------

1.3. Abuso del diritto e abilitazione alla professione forense.	p. 118
---	---------------

2. Gran Bretagna

2.1. L'ordinamento giudiziario britannico ed il ricorso al Giudice Europeo: le dieci guidelines di Lord Denning.	p. 121
--	---------------

**2.2. I cambiamenti derivanti dal ruolo della Corte di Giustizia:
l'incontro tra *common law* e *civil law*.p. 122**

Bibliografiap. 124

Introduzione

1. La Corte di giustizia europea e gli Stati membri: un'introduzione.

Negli ultimi decenni, il diritto nazionale degli Stati membri dell'Unione Europea è stato fortemente influenzato dal diritto comunitario¹. A ben

¹ Sul punto PEPE, *Principi generali dell'ordinamento comunitario ed attività amministrativa*, Roma, 20122, p. 24-25, afferma che non si tratta di una questione riguardante solamente il numero ed il tipo di fonti del diritto ma un generale cambiamento del contesto politico-giuridico, "una vera e propria rivoluzione copernicana, innescata dai principi comunitari del primato e dell'effetto diretto (...) Con l'avvio di un processo di integrazione sempre più stretta tra gli Stati mutano radicalmente gli scenari giuridici degli ordinamenti nazionali. Il diritto europeo inesorabilmente ne scava le strutture portanti, ridisegnandone finalità e caratteri attraverso l'imposizione di regole tese ad avvicinare tradizioni normative un tempo distanti".

Non pare inutile riproporre una sintesi effettuata da CHITI, *Lo spazio giuridico europeo*, in www.astrid.it, in tema di evoluzione del sistema istituzionale comunitario: «Dopo un cinquantennio di storia dell'integrazione europea, la vicenda inizia negli anni cinquanta evidenzia infatti due fasi ben distinte: la prima, che si estende sino al 1992, è caratterizzata dallo sviluppo di tutte le potenzialità insite nel sistema della Comunità europea, ed in particolare dall'a "costituzionalizzazione" fattane dalla Corte di giustizia. Grazie ad una sapiente combinazione del metodo funzionalista, che privilegia le realizzazioni concrete rispetto ad un approccio per principi, e di istituti generali tipici di un ordinamento monista, come l'efficacia diretta ed il primato del diritto comunitario, la Comunità ha raggiunto il principale obiettivo economico (il mercato unico), ed è divenuta un genuino ordinamento generale, a carattere tendenzialmente generale. Il metodo comunitario ha dato una prova eccellente nei primi decenni di esperienza di integrazione, caratterizzato da un nucleo coeso di Stati membri e da alcuni obiettivi precisi, ma inevitabilmente ha esaurito la sua spinta pro pulsiva con l'allargamento della Comunità ad un numero crescente di Stati, e il dilatarsi delle politiche comunitarie che porta ad una continua penetrazione del diritto comunitario nel diritto nazionale. La seconda fase, preannunciata dall'Atto unico europeo del 1986 (cfr. il Preambolo, primo alinea) è segnata dall'istituzione dell'Unione europea nel 1992 come ulteriore sviluppo del processo di integrazione già avviato dalla Comunità e, soprattutto, quale nuova dimensione ordinamentale capace di dare una cornice istituzionale agli ordinamenti degli Stati membri anche nei settori non ancora comunitarizzati. L'UE rappresenta così non soltanto un sistema che opera come "incubatrice" per progressivamente far divenire comunitari le politiche del secondo e del terzo pilastro, ma anche quale ordinamento generale in cui far operare, convergere ed interferire tra loro gli ordinamenti degli Stati membri. Per questa seconda parte non si pone necessariamente un problema di integrazione giuridica, come per la dimensione comunitaria, ma di cooperazione e di reciproco riconoscimento. Le vicende dell'ultimo decennio hanno confermato queste indicazioni. Si sono infatti avuti rilevanti sviluppi differenziati: unificazioni istituzionali di settore, come il Sistema monetario europeo, che privilegiano i principi di uniformità. Inoltre si è rafforzato il dato costituzionale comunitario con il Trattato di Amsterdam, che ha consacrato vari principi generali del diritto comunitario a carattere costituzionale (cfr. il protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità), fino ad allora di elaborazione solo giurisprudenziale, trasferendoli dall'acquis al diritto primario. Si è poi avviato il superamento del metodo intergovernativo anche per questioni non comunitarie: esemplare è il "procedimento per convenzione" utilizzato per la redazione della Carta europea dei diritti fondamentali. Sono stati approvati documenti costituzionali dell'UE, come in particolare la Carta da ultimo citata, ancorché sia ad oggi incerta la sua natura giuridica. Nei Consigli europei degli ultimi anni si sono discussi esplicitamente i temi di fondo della futura Unione, con documenti che confermano la complessità dell'UE come spazio giuridico europeo. Esempio la Dichiarazione di Laeken del dicembre 2001 che giustamente conferisce un mandato aperto alla nuova Convenzione, proprio perché i temi che compongono lo SGE hanno carattere assai diverso e non si prestano ad indicazioni schematiche come invece possibile per la Comunità europea, specificamente intesa. La Dichiarazione di Laeken è stata da molte parti criticata perché apparentemente confusa e

vedere, nel trattare del sistema delle fonti, appare oggi impossibile non tener conto delle fonti del diritto europeo².

Sebbene, però, appaia chiara la relazione intercorrente tra le fonti nazionali e comunitarie³, non altrettanto limpido è il ruolo svolto dalle pronunce della Corte di giustizia⁴.

In particolare, l'ampliarsi della sovranità degli organi internazionali, ha portato alla tutela multilivello dei diritti fondamentali dell'uomo⁵, una tutela, cioè, che, da un lato, viene offerta da più livelli di giudici comuni e, dall'altra, si riflette, a livello internazionale, in un sistema pattizio ed un altro istituzionale europeo⁶.

senza focus; senza però che si sia adeguatamente considerato che le indicazioni ivi contenute riguardano le molte tematiche che qua sono state riassunte con il termine di SGE, e dunque non si prestano ad un mandato preciso, come sarebbe stato possibile per la sola CE».

² Si veda sul punto GAROFOLI, *Le lezioni di diritto amministrativo*, Roma, 2012, p. 33.

³ Questa è una relazione che potremmo definire "politica", secondo la visione espressa da ZAGO, *Attività amministrativa e attività politica del potere esecutivo*, Milano, 1963, pgg. 53 e ss. L'Autore spiega, infatti, la politica come una "volontà di unione", che viene sviluppata dagli uomini nel loro vivere civile, formando una volontà che va al di là dei tre poteri costituzionali e li influenza.

Ecco, dunque, che, secondo questa visione, anche l'Unione europea, nonché gli atti da essa promananti (comprese le sentenze della Corte di Giustizia), sarebbero, probabilmente, da inquadrare come atti politici e non meramente interpretativi.

⁴ Deve già chiarirsi, in ogni caso, che è comunque in atto l'espansione del fenomeno della formazione del diritto extalegislativo o giudiziale, anche nell'ambito del diritto nazionale. Sul punto si veda PUBUSA, *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino, 1988, pp. 271 e ss. L'argomento verrà, in ogni caso, approfondito nel capitolo 3.

⁵ Sulla tutela multilivello dei diritti, in generale, si veda CARDONE, voce *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. Dir.-Annali*, Milano, 2010, IV, p. 335.

⁶ Sul punto è necessario un chiarimento: infatti, il sistema pattizio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è investito anch'esso di tutelare i diritti umani nella forma di funzione di uniforme interpretazione della CEDU. La Corte di Giustizia europea e la Corte EDU svolgono spesso azione concorrente nella protezione dei diritti umani: la differenza, risiede, tuttavia, nella vincolatività delle pronunce rese dalle due Corti. Se, infatti, le sentenze della Corte di giustizia, appaiono vincolanti (nei termini che si vedranno), le pronunce CEDU stabiliscono uno standard di riferimento all'interno del quale gli Stati membri hanno uno spazio di scelta. Sul punto, cfr. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008, p. 14; MAHONEY, *Marvellous richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism? In AA.VV., The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Right: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice*, in *Human Rights Law Journal*, vol. 19, n. 1, p. 1; CALÒ, *Il giudice nazionale dinanzi alla giurisprudenza Cedu. La metafora dei «tre cappelli»*, in *Foro it.*, 2013, I, c. 814.

Inoltre, per una panoramica giurisprudenziale, con particolare riferimento ai diritti umani, si veda, per completezza, FERRARI BRAVO – DI MAJO – RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea commentata con la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e con i documenti rilevanti*, Milano, 2001.

Peraltro, CHITI – GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, p. 334 fa notare come la Corte di Giustizia sia un organo peculiare nell'ambito di un organismo internazionale.

Nell'ambito della descritta peculiarità si veda anche HUNNINGS, *The European Courts*, Londra, 1996, p. 32, il quale afferma che la diversità tra le due Corti, nonché la particolarità della Corte di Giustizia, può essere intravista nel fatto che quest'ultima ha ormai superato il compito, previsto per le alte giurisdizioni internazionali, di risolvere i contrasti tra le varie normative, nonché, per molti aspetti, è più simile ad una giurisdizione domestica.

Questi due sistemi, quello della CEDU e quello della Corte di Giustizia, agiscono in modo concorrente, ponendo nuovi interrogativi sia sul ruolo dei giudici degli Stati membri⁷, sia in merito all'obbligo delle Amministrazioni di conformarsi alle pronunce delle suddette Corti.

Con particolare riferimento a quest'ultimo rapporto, si è notato che i principi non scritti elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea hanno orientato l'apparato amministrativo, oltre che quello giudiziale, pervenendo sempre più ad una tutela diretta delle situazioni giuridiche individuali e ad un cambio di mentalità, che ha visto la Pubblica Amministrazione attestarsi in una posizione di servizio nei confronti dei cittadini⁸.

In altre parole, le pronunce della Corte (ed, in generale, l'*aquis communautaire*) hanno garantito maggiormente gli interessi individuali dei cittadini rispetto alle Amministrazioni degli Stati membri, ampliando notevolmente (come si vedrà) le facoltà all'interno di ognuna delle situazioni giuridiche interessate⁹.

Prima, però, di affrontare gli strumenti ed i poteri e degli obblighi delle Amministrazioni nei confronti dei principi giurisprudenziali, occorre analizzare la fonte degli obblighi di conformazione.

1.1. Il sistema di raccordo tra Italia e UE.

Il fondamento della partecipazione italiana all'Unione europea (ed, in generale, alle organizzazioni internazionali), è stato per lungo tempo l'art. 11 Cost.¹⁰, il quale statuisce che l'Italia, oltre a ripudiare la guerra, *“consente, in condizioni di parità con altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo”*¹¹.

⁷ Sui vincoli interpretativi a carico dei giudici nazionali si vedano BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., p. 15; PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005; SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. com.*, 2005, p. 79-98.

⁸ PEPE, *Principi generali dell'ordinamento comunitario ed attività amministrativa*, cit., p. 26.

⁹ Si veda anche TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004.

¹⁰ La citata norma veniva definita da Calamandrei, in un suo celebre discorso del 1950, come *“la più alta finestra dalla quale si riesce a intravedere, laggiù, quando il cielo non è nuvoloso, qualcosa che potrebb'essere gli Stati uniti d'Europa e del Mondo”*. Si veda PEPE, *Principi generali dell'ordinamento comunitario ed attività amministrativa*, cit., p. 44. L'Autore sottolinea anche che per decenni l'art. 11 Cost. è stata l'unica disposizione in grado di giustificare l'apertura dell'ordinamento italiano all'ordinamento europeo.

¹¹ Deve ricordarsi che quando l'Assemblea Costituente pose mano all'art. 11 Cost., il riferimento era sicuramente la partecipazione dell'Italia all'ONU, giacchè l'ONU era

Molto si è discusso in ordine all'idoneità della citata norma costituzionale a fondare l'ingresso automatico e la prevalenza delle norme comunitarie nell'ordinamento interno. Parte della dottrina ritiene che la posizione dell'art. 11 all'interno della Carta costituzionale sia sintomo della voluta automatica operatività da parte dell'Assemblea¹². Alta parte, al contrario, sostiene che l'art. 11 Cost. non ponga un precetto assoluto e non operi in modo automatico, né sulla base di criteri oggettivi e precisi, ma piuttosto di presupposti politici, soggetti ad apprezzamento non costante ma suscettibile di nuova valutazione, anche in base al "sentimento" diffuso all'interno della società¹³.

Accanto al citato principio, è da ricordare l'art. 117, 1° comma Cost., nella versione novellata dalla l.cost. 3/2001. La disposizione assicura che la funzione legislativa, statale e regionale¹⁴, viene esercitata nel rispetto, tra gli altri, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario¹⁵.

L'art. 117 Cost. parla, in modo generale, di "vincoli", non riferendosi espressamente solo alle disposizione scritte¹⁶. Pertanto, la dottrina ritiene

l'unica organizzazione internazionale presente in quel momento nel mondo. Ciò nonostante, non può essere accolta la tesi assolutistica che ritiene non ascrivibile all'art. 11 il riferimento anche ad alte organizzazioni, tra le quali la Comunità europea. Sul punto si veda ORSELLO, *Il diritto dell'Unione Europea*, in SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo*, Padova, 1999, XXXII, p. 270. Peraltro, l'Autore ricorda anche come nelle discussioni in Assemblea costituente, non solo le organizzazioni europee non venivano escluse ma, al contrario, venivano espressamente considerate. Si vedano, sul punto, CASSESE, *Lo Stato e la Comunità internazionale*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione italiana - artt. 1-12*, Bologna, 1975; CALAMANDREI, *Costituente italiana e federalismo europeo*, in *Scritti e discorsi politici*, Milano, 1965, I, p. 414. Contra, si veda STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea*, 3° ed., Torino, 2005, p. 387.

¹² PEPE, *Principi generali dell'ordinamento comunitario ed attività amministrativa*, cit., p. 44.

¹³ STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 388, il quale aggiunge anche che lo stesso articolo non possa costituire legittimo fondamento a limitazioni sempre più ampie ed incisive di sovranità, citando, quale esempio, i provvedimenti europei in materia economica e monetaria.

¹⁴ PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale ed i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 194, fa notare come "a differenza del testo precedente, Stato e regioni vengono menzionati contestualmente e posti su un piano di parità".

¹⁵ Sul punto BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., p. 16.

¹⁶ NAPOLI, *La Corte dinanzi ai "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario": tra applicazione dell'art. 117, primo comma e rispetto dei poteri interpretativi della Corte di Giustizia*, in *Le reg.*, 2006, p. 485-486, si sofferma sulla disputa che l'art. 117 Cost., a seguito della Riforma del Titolo V, ha generato: «Si sono, infatti, imposte due diverse interpretazioni dell'articolo: l'una, puntando soprattutto sulla terminologia usata ("vincoli") e sull'accostamento di quest'ultima agli "obblighi internazionali, ha fatto del nuovo art. 117, primo comma, una disposizione che, così come scritta e alla luce dell'evoluzione interpretativa dell'art. 11, nulla aggiungerebbe a quest'ultimo; l'altra, invece, valorizzando sempre il dato letterale ("ordinamento comunitario"), ha configurato l'art. 117, primo comma, come una sorta di *Europartikel*, che affincando l'art. 11 ne precisa limitatamente all'ordinamento comunitario, le conseguenze normative». Su quest'ultima tesi si veda, amplius, SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *Dir. pubbl.comp. e eu.*, 2002, p. 1355 e ss.

che il riferimento sia anche alle sentenze delle Corti europee, in particolar modo alla Corte di Giustizia nel suo ruolo di unificatore dell'interpretazione del diritto comunitario¹⁷.

Proprio con riferimento all'attuazione dei vincoli derivanti (anche) dall'ordinamento comunitario, l'art. 120 Cost. disciplina il potere di sostituzione, che lo Stato può esercitare nel caso in cui la regione non adempia¹⁸.

Pertanto, non solo le sentenze della Corte di Giustizia diventano obbligatorie per gli Stati membri, ma detto obbligo è coercibile all'interno dell'Italia, dal momento che lo Stato centrale può sostituirsi agli enti locali nell'adempimento.

Giova anche ricordare il ruolo delle leggi europea e di delegazione europea¹⁹, periodicamente emanate dallo Stato al fine di adeguare la normativa nazionale al diritto europeo, ivi comprese le pronunce della Corte di Giustizia.

Senza qui soffermarci sull'evoluzione del rapporto tra ordinamento europeo e statale²⁰, deve affermarsi il primato delle fonti europee. Primato da attribuire, dunque, non soltanto alle fonti legislative generalmente intese, ma anche ai principi espressi dalla Corte di Giustizia, che, proprio attraverso la legge europea entrano nel nostro ordinamento nella forma di norma interna ordinaria.

Peraltro, come in seguito si preciserà, le pronunce della Corte, anche se non recepite, hanno valore precettivo immediato nell'ordinamento, mettendo a rischio il principio della sottoposizione del giudice soltanto alla legge, espresso nell'art. 101, 2° comma Cost.

1.1.1. La crisi della legge: da problema interno...

L'intersecarsi di due sistemi, quello statale e quello europeo, ma anche la difficoltà per la norma ordinaria di disciplinare una società in continua

¹⁷ ID., p. 16.

¹⁸ PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale ed i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, cit., c. 195 fa notare come questo potere sostitutivo, a dispetto della formulazione costituzionale, si riferisca non solo alle regioni ma, in generale, a tutti gli enti locali.

¹⁹ Hanno sostituito le c.d. "leggi comunitarie", introdotte dalla L. 9 marzo 1989, n. 86 (c.d. legge La Pergola). Le attuali modalità normative di recepimento del diritto comunitario sono state introdotte dalla L. 24 dicembre 2012, n. 234. Nello specifico, la legge di delegazione europea prevede il recepimento delle direttive non *self executing* e degli altri atti dell'Unione; la legge europea, diversamente, prevede nome di diretta attuazione degli altri obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione, tra i quali possiamo annoverare le sentenze della Corte di Giustizia.

²⁰ Su cui si veda GAROFOLI, *Le lezioni di diritto amministrativo*, cit. p. 34.

evoluzione²¹, ha portato una effettiva crisi della legge²², intesa come espressione della volontà generale²³.

Da un lato e, soprattutto, dal punto di vista dell'ordinamento interno, alla suddetta crisi è seguita una modificazione sostanziale sia del sistema delle fonti, sia delle modalità di produzione delle norme²⁴.

Alla nascita dello Stato di diritto, la legge, in senso formale e sostanziale, è al centro dell'ordinamento²⁵, espressione più alta della volontà dello Stato – soggetto legislatore²⁶.

Con la crisi dello Stato borghese, il sistema delle fonti si fa più composito ed, a tratti, caotico. Da un lato, avviene un vero e proprio accerchiamento della legge²⁷ (intesa in senso formale e sostanziale), che perde gran parte del suo valore precettivo e si affianca a norme governative e norme sovraordinate; dall'altro, si aggiunge una volontà, anche a livello internazionale, di semplificazione e riorganizzazione del complesso normativo²⁸.

La crisi della legge (così viene chiamato questo fenomeno) è alimentata principalmente dal fatto che l'evoluzione tecnologica e del mercato è rapidissima ed appare difficilmente regolamentabile con leggi a rischio di rapida obsolescenza²⁹.

Al cambiamento suddetto sono conseguenti, il rafforzamento del potere normativo del Governo ed una conseguente pressione della compagine sociale. Più precisamente, ne deriva un maggiore ricorso alla delega legislativa al potere esecutivo, ritenuto più snello, e, dunque, un rafforzamento del Governo³⁰. Alcuni autori, a questo proposito, hanno parlato di una riviviscenza della politica, che sembrava destinata a perire

²¹ SANTORO, *Diritto e diritti: lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione*, Torino, 2008, p. 23 definisce la legge come “strumento astratto, rigido, uniforme, in ultima analisi, rudimentale, che impone un diritto ideologico, lontano dalla realtà, e quindi inaccettabile”.

²² Sul punto ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. parla di legge scalzata dal “ruolo di padrone” dell'ordinamento statale.

²³ La locuzione è di CARRÉ DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, Parigi, 1984.

²⁴ Sul punto appare interessante la lettura di LAZZARO, *Come legiferare?*, in BASCIU (a cura di), *Legislazione- Profili giuridici e politici*, Milano, 1992, pp. 157 e ss., che parla addirittura di “discredito della legge”.

²⁵ MODUGNO, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in BASCIU (a cura di), *Legislazione- Profili giuridici e politici*, cit., p. 141.

²⁶ DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Roma-Padova, 2001, pp. 33-34.

²⁷ L'espressione è usata da MODUGNO, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, cit., p. 143.

²⁸ Ne è un esempio la conferenza tenutasi recentemente ad Helsinki sul punto. Si veda DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, cit., p. 2.

²⁹ Sul punto si veda, in generale, GAROFOLI-FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ediz., Roma, 2010, p. 272.

³⁰ DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, cit., p. 17.

senza poter più influire sulla vita dello Stato³¹. Al contrario, essa ha trovato nuova linfa vitale grazie al ruolo assunto dall'esecutivo.

Inoltre, l'ulteriore tendenza sviluppata in tema di riforma del sistema delle fonti è la relazione con gli interessi di alcuni gruppi, collettività o formazioni sociali intermedie che entrano con forza nel procedimento di normazione³².

Nel contesto appena descritto, dunque, appare quasi normale che le istanze sociali, incarnanti i problemi ritenuti più rilevanti, rivendichino di modificare il diritto pressando sull'esecutivo, preoccupato anche di mantenere il consenso politico. Ne consegue un'approvazione normativa non più ordinata: al contrario, l'urgenza e l'estremità delle situazioni prendono spesso il sopravvento e modificano l'agenda di Governo ed il calendario delle riforme.

Sempre più spesso, quando il legislatore politico interviene, la contingenza lo porta frequentemente a risultati distonici. Ed allora, è la giurisprudenza, quella costituzionale ed ordinaria, a limare le norme, a togliere le parti dispositive di troppo, ad eliminare le contraddittorietà. Insomma, a far rientrare gli interventi legislativi entro il più ampio sistema del nostro ordinamento³³.

1.1.2. (segue) ...a questione comunitaria: il ruolo no(r)mofilattico della Corte di Giustizia.

Da un lato, dunque, crisi della legge ordinaria, maggiori poteri agli organi governativi nuova vita delle corti giurisdizionali.

Dall'altro, primato dei principi europei, normative interne differenti ed il ruolo no(r)mofilattico della Corte di giustizia europea.

Come autorevole dottrina fa notare, il sistema europeo mirava a garantire l'uniformità dell'ordinamento³⁴, nonché il coordinamento tra ordinamento

³¹ FRACCHIA, *Il pubblico dipendente nella «formazione sociale»-«organizzazione pubblica»*, in *Scritti economico-giuridici in memoria di Franco Ledda*, Torino, 2004, p. 486, il quale specifica che “*come conseguenza di alcune vicende patologiche, la politica ed il suo peso sembravano aver conosciuto una crisi gravissima, addirittura da taluno giudicata irreversibile, nel corso degli anni Novanta; la storia successiva si è però incaricata di chiarire come essa prepotentemente ritorni alla ribalta e continui a manifestare le proprie potenzialità e la propria influenza*”.

³² MODUGNO, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, cit., p. 149. Nello specifico, l'Autore si riferisce a sindacati e confessioni religiose, ma non esclude la pressione svolta anche da altri gruppi sociali.

³³ Si veda PUBUSA, *Procedimento amministrativo ed interessi sociali*, cit. p. 272.

³⁴ Si veda CARBONE, *Il ruolo della giurisprudenza comunitaria nell'integrazione europea*, in SANDULLI – TROTTA (a cura di), *Il Ruolo del giudice. Le magistrature superiori*, all. a *Foro it.*, 2007, p. 3, il quale afferma che le prospettive di sviluppo dell'Unione «sono riconducibili soprattutto al ruolo svolto al riguardo dalla Corte di Giustizia. (...)»

comunitario e Stati membri mediante le direttive, da attuare a cura degli stessi Stati³⁵.

Più precisamente, in un primo momento venne privilegiato il sistema della co-legislazione³⁶, basato sull'integrazione normativa tra i due ordinamenti, mediante l'emanazione di direttive (non self-executing), che gli Stati avrebbero dovuto trasporre nei singoli ordinamenti nazionali secondo le modalità ritenute più opportune anche in base alle peculiarità degli stessi.

Tuttavia, questa modalità rende aleatorio il dovere incombente sullo Stato di recepire le direttive europee³⁷. Non solo: nel corso degli anni è apparsa sempre più evidente la ritrosia degli stessi a conformarsi alle statuizioni dell'Unione³⁸.

È in questo senso, dunque, a parere di chi scrive che può parlarsi di “crisi della norma comunitaria”. In altre parole, la legislazione comunitaria che necessita di recepimento, che, come si è detto, è stato lo strumento privilegiato da parte dell'UE, non ha garantito l'uniformità della disciplina in materie di competenza europea nell'ambito dei diversi Stati membri.

In questo modo la garanzia dell'unità dell'ordinamento si sgancia dal riferimento alla co-legislazione e si affida al contributo della Corte di Giustizia³⁹.

A ben vedere, la Corte ha influito sugli ordinamenti nazionali in due modi. Da un lato, infatti, ha analizzato il rapporto esistente tra normativa comunitaria e nazionale.

Dall'altro lato, mediante l'interpretazione dei Trattati, ha elaborato nuovi principi, posti come direttamente obbligatori nell'ambito degli Stati membri.

È proprio questo il ruolo della Corte che si ritiene maggiormente interessante e sul quale si basa la presente ricerca.

Tralasciando ancora una volta il già battuto terreno della *primauté* del diritto europeo, giova scoprire quali sono le modalità e gli effetti della produzione

È stata, infatti, proprio la giurisprudenza comunitaria a garantire la continuità del processo di integrazione europea che, proprio sul piano giuridico, ha sempre evidenziato segni di costante e particolare vitalità anche nei momenti politici più delicati della storia europea. Ma non soltanto. Essa ha anche contribuito, ancora di recente, soprattutto grazie ad alcune fondamentali sentenze della Corte di Giustizia, a consolidare l'ordinamento comunitario quale reale espressione di una vera e propria comunità, pur dotata di caratteri particolari rispetto alle comunità statali».

³⁵ BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., p. 20.

³⁶ Il termine è utilizzato da PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004, p. 185, il quale spiega anche il significato del termine “co-amministrazione”: «Le relazioni intercorrenti tra amministrazione comunitaria ed amministrazione italoana si articolano in compiti tra loro collegati.

All'amministrazione comunitaria spetta la potestà decisionale mentre all'amministrazione italiana sono attribuiti compiti strumentali allo svolgimento della funzione comunitaria, la quale non è idonea a realizzarsi autonomamente».

³⁷ STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 372.

³⁸ BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., p. 20.

³⁹ ID., p. 21.

della Corte di Giustizia. Attribuire a quest'ultima soltanto una funzione nomofilattica appare riduttivo, se si pensa al suo ruolo di garanzia dell'uniformità della normativa statale e comunitaria ed alla creazione di numerosi principi immediatamente vincolanti.

Capitolo 1
L'influenza della Corte di Giustizia sugli ordinamenti interni

1. La giurisdizione della Corte di Giustizia: una panoramica.

La Corte di Giustizia europea, dal punto di vista istituzionale, è un organo giurisdizionale dell'Unione Europea⁴⁰, l'unico prima dell'introduzione del Tribunale di primo grado presso la Corte⁴¹. L'attribuzione alla Corte di competenze giurisdizionali rende l'Unione Europea una comunità di diritto: infatti, gli Stati membri e le Istituzioni sono assoggettate ad un controllo di legittimità e conformità ai Trattati rispetto agli atti adottati⁴².

La sua giurisdizione⁴³, peraltro molto ampia⁴⁴, si articola in due parti: la giurisdizione contenziosa e quella non contenziosa⁴⁵.

⁴⁰ CAPOTORTI, *Le sentenze della Corte di giustizia delle Comunità Europee*, in BESSONE-GUASTINI (a cura di), *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, Padova, 1994, pp. 457-458 fa notare come la Corte di Giustizia «pur essendo certamente una istituzione di origine internazionale – in quanto la sua esistenza si fonda su trattati internazionali che hanno dato vita alla Comunità – non si può definire un tribunale internazionale. Lo impediscono ragioni d'indole formale e sostanziale. Formalmente, basta rilevare che la Corte opera nell'ambito dell'ordinamento comunitario e, più precisamente, che la sua funzione esclusiva consiste nell'interpretare e applicare norme di tale ordinamento (...). Da un punto di vista sostanziale, poi, si nota che quasi tutte le competenze della Corte somigliano a competenze di Giudici interni (...). Vi sono, dunque, motivi sufficienti per giustificare l'affermazione secondo cui la corte pesenta punti di contatto con i tribunali interni assai più che con quelli internazionali, fermo restando che essa si colloca, in definitiva, fuori da entrambe le categorie».

Si veda anche ANTONUCCI, *La Corte di Giustizia ed il Tribunale di Primo grado delle Comunità Europee nella nuova Costituzione dell'Europa*, in *Cons. St. – Rass. Giur. e dottr.*, 2003, p. 1647, il quale, non senza una vena polemica da lui stesso ammessa, afferma che «nell'affrontare la questione della riforma istituzionale dell'Unione Europea, il dibattito si è focalizzato quasi esclusivamente sulle Istituzioni politiche (...) lasciando i secondo piano le problematiche delle Istituzioni giurisdizionali, e ciò anche se è alla Corte di Giustizia che si deleva concezione del diritto comunitario come ordinamento giuridico, che non si limita semplicemente a a fissare norme per gli Stati ma che, al di là degli Stati stessi, si rivolge direttamente ai cittadini».

Per un approfondimento sui procedimenti della Corte e sulla sua organizzazione pratica si veda HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 2003, pp. 54 e ss.; CRAIG – DE BURCA, *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford, 2003, pp. 86 e ss.

⁴¹ La sua creazione è stata decisa nel 1988 dal Consiglio delle Comunità europee su richiesta della Corte di giustizia. È entrato in funzione nel 1989. È oggi previsto dall'art. 256 TFUE.

Si veda, sulle competenze ripartite tra entrambi gli organi giurisdizionali, HUNNINGS, *The European Courts*, Londra, 1996, p. 33.

⁴² In giurisprudenza sul punto si veda Corte giust., 29 giugno 2010, C-550/09, par. 44; Corte giust., 23 aprile 1986, les Verts c. Parlamento europeo, C-294/83, nella quale la Corte precisa «Quando detta attuazione spetti alle autorità nazionali, esse possono far valere l'invalidità degli atti di portata generale dinanzi ai giudici nazionali e indurre questi ultimi a chiedere alla Corte di giustizia, mediante la proposizione di una domanda pregiudiziale, di pronunciarsi a questo proposito». Entrambe le sentenze sono consultabili in www.curia.europa.eu.

⁴³ In merito alla giurisdizione della Corte di Giustizia si veda ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, 2° ed., Oxford, 2006, p. 26 e ss.; ANTONUCCI, *La Corte di Giustizia ed il Tribunale di Primo grado delle Comunità Europee nella nuova Costituzione dell'Europa*, cit., p. 1647.

Da ricordare anche la definizione di BREBR, *Judicial control of European communities*, New York, 1962, p. 22, il quale, nell'evidenziare la natura mista della sua giurisdizione, afferma che la Corte di Giustizia è essenzialmente un tribunale amministrativo, con forti

La giurisdizione contenziosa si sostanzia principalmente nel controllo diretto sulla legittimità degli atti o dei comportamenti delle Istituzioni europee o degli Stati membri e ricomprende la competenza in merito ai ricorsi giurisdizionale. Essi sono il ricorso per inadempimento (o per infrazione), per annullamento e per carenza.

Il primo, previsto dagli artt. 258 e 259 TFUE, sono esperibili nei confronti di uno Stato membro per contestare la violazione di un obbligo derivante dai trattati.

Il secondo ricorso è previsto dall'art. 263 TFUE ed è volto a far valere l'illegittimità degli atti adottati dalle Istituzioni dell'Unione.

Un ricorso contro le Istituzioni che mira a contestare un particolare tipo di illegittimità dell'atto europeo è previsto dall'art. 265 TFUE, il quale disciplina il rimedio volto a far valere non l'azione, bensì l'omissione illegittima di atti necessari.

Come detto, i ricorsi di cui si è accennato sono soltanto i principali rimedi appartenenti alla giurisdizione contenziosa della Corte, la quale comprende anche il ricorso per il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 268 TFUE ed altre azioni minori di competenza diretta⁴⁶. Vi è, però, anche una competenza non contenziosa della Corte di giustizia, che si esplica sostanzialmente nel c.d. rinvio pregiudiziale.

Il rinvio pregiudiziale è previsto, in via generale, dall'art. 19, par. 3, lett. b TUE, il quale dispone che la Corte di giustizia si pronunci, in via pregiudiziale e su richiesta delle giurisdizioni nazionali, sull'interpretazione del diritto dell'Unione o sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni.

poteri da giudice costituzionale in specifiche materie, così come di tribunale civile, restando sempre una cote internazionale.

⁴⁴ Così la definiscono GREMENTIERI – GOLDEN JR., *The United Kingdom and the European Court of Justice: An Encounter Between Common and Civi law Traditions*, in *Am. Journ. Comp. Law*, 1973, p. 666.

⁴⁵ Secondo altra parte della dottrina, in particolare anglosassone, le funzioni della Corte di giustizia sono divisibili in: azioni con o avverso l'Unione e le sue istituzioni; funzioni interpretative nei confronti degli Stati membri; funzioni interpretative per determinate procedure (ad esempio, l'emanazione del parere di conformità in caso di approvazione di trattati da parte dell'UE). Sul punto si veda JACOB, *Introducing the Court's Paper*, in DASHWOOD – JOHNSTON (edited by), *The future of the judicial system of European Union*, Cambridge, 2001, p. 9. Peraltro, giova ricordare anche che la lettera dell'art. 19, par. 3 TUE distingue la competenza a pronunciarsi su ricorsi presentati da uno Stato membro, un'Istituzione o da una persona fisica o giuridica; in via pregiudiziale; negli altri casi previsti dai trattati, i quali, sul punto, pongono norme tassative.

⁴⁶ Si tratta delle controversie previste agli artt. 270 e ss. TFUE, che possono essere elencate come segue: controversie insorte tra l'Unione ed i suoi agenti (art. 270 TFUE); riguardanti la Banca europea degli investimenti (art. 271 TFUE); controversie aventi ad oggetto contratti con clausola compromissoria (art. 272 TFUE); controversie tra Stati membri devolute alla Corte di Giustizia in virtù di un compromesso tra le parti (art. 273 TFUE).

La sua regolamentazione è, inoltre, contenuta nell'art. 267 TFUE, che, in via preliminare, ribadisce la competenza della Corte, mente nelle successive disposizioni disciplina le modalità di rinvio ad opera del giudice nazionale⁴⁷.

1.1. Le sentenze della Corte di giustizia e la loro qualificazione.

Premessa la breve panoramica sopra esposta in merito alla competenza giurisdizionale della Corte di Giustizia, occorre ora soffermarsi, in generale, sulla sentenza emessa a seguito di giudizio o di procedura non contenziosa⁴⁸.

Utile, ai fini classificatori, è partire dalla tripartizione delle sentenze della Corte di Giustizia tradizionalmente utilizzata⁴⁹: sentenze di condanna⁵⁰, sentenze che definiscono ricorsi per inadempimento, sentenze di interpretazione pregiudiziale.

Le prime definiscono un ricorso per infrazione e hanno un'efficacia dichiarativa dell'illecito dello Stato. Il secondo gruppo può essere qualificato sulla base dello scopo di controllo del rispetto del diritto comunitario da parte delle stesse istituzioni europee. Nel terzo ed ultimo gruppo rientrano le competenze all'interpretazione del diritto comunitario⁵¹. Quanto alla loro efficacia, autorevole dottrina ritiene che, sebbene non vi sia univoca la qualificazione degli effetti delle pronunce in esame⁵², vi è concordia nel ritenere che abbiano efficacia vincolante nei confronti degli Stati membri⁵³.

⁴⁷ Sui presupposti del rinvio pregiudiziale si veda, più approfonditamente SCHEPISI, *Rinvio pregiudiziale obbligatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, Trieste, 2003, pp. 47 e ss.

⁴⁸ Sul differente effetto negli ordinamenti nazionali delle sentenze rese a seguito di procedura contenziosa e non contenziosa si veda SCORRANO, *L'esercizio delle competenze*, in MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo*, vol. II, Milano, 2006, p. 367.

⁴⁹ CAPOTORTI, *Le sentenze della Corte di giustizia delle Comunità Europee*, cit., p. 459.

⁵⁰ In realtà CAPOTORTI, *Le sentenze della Corte di giustizia delle Comunità Europee*, cit., p. 460 fa notare come l'espressione sia impropria, dato che la Corte di Giustizia non ha un vero e proprio potere di condanna.

⁵¹ Nonché dell'accertamento pregiudiziale della validità degli atti delle istituzioni.

⁵² Effetti di cui si parlerà *infra*.

⁵³ Si veda BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008, p. 15, il quale ritiene che la vincolatività derivi direttamente dal dovere di cooperazione nell'esecuzione degli obblighi derivanti dal diritto comunitario, imposto dall'art. 4, par. 3 del TUE (ex art. 10 Trattato CE): *"In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati.*

Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione." L'Autore, a sostegno della propria tesi, cita anche BUTLER –

Con riferimento alla natura della pronuncia, fondamentale appare l'azione della Corte Costituzionale che, a partire dalle sentenze 23 aprile 1985, n. 113 e 11 luglio 1989, n. 389, ha contribuito a delineare le sentenze della Corte europea come "precedenti legislativi"⁵⁴.

Nella prima, ricordando una precedente sentenza⁵⁵, la Corte costituzionale afferma che *"La normativa comunitaria (...) 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"*.

Nella seconda pronuncia, il Giudice delle leggi specifica: *"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"*.

A parere di chi scrive, se è giusto evidenziare che le pronunce citate abbiano avuto il merito di qualificare chiaramente la natura e gli effetti delle sentenze della Corte di Giustizia europea, nonché di unificare le sentenze rese in procedure contenziose da quelle non contenziose, appare anche corretto sottolineare la differente qualificazione che traspare dalla lettura delle stesse. Se, infatti, la prima sostanzialmente afferma l'entrata del

BIEBER – PIPKORN – STREIL – WEILER, *L'Unione Europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 1998, p. 315.

⁵⁴ Si veda BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit. p. 16, il quale svolge una panoramica anche sulle successive sentenze del Giudice delle leggi che abbiano contribuito a definire la natura delle pronunce della Corte di giustizia e sottolinea anche come «*le posizioni della Corte costituzionale italiana, tuttavia, restano pur sempre legate ad una ricostruzione dei rapporti tra ordinamenti interno e comunitario in termini di "autonomia" e "separazione"*».

Tutte le sentenze della Corte Costituzionale sono consultabili su www.giurcost.it.

⁵⁵ Corte cost., n. 170/1984.

common law e del principio del precedente vincolante all'interno dell'ordinamento europeo e degli Stati membri, la seconda adombra l'opinione, in seguito maggioritaria, del precedente avente forza normativa⁵⁶.

In ogni caso, bisognerà attendere fino alla pronuncia n. 284/2007⁵⁷ che chiarirà espressamente la diretta applicabilità dei principi espressi nelle pronunce della Corte europea al pari delle norme di legge⁵⁸.

⁵⁶ Sebbene, come, detto, questa appare l'opinione maggioritaria, non manca dottrina contraria, che afferma che le pronunce della Corte di Giustizia avrebbero il solo valore di precedente giurisprudenziale. Si vedano, al proposito: SCORRANO, *L'esercizio delle competenze*, cit., p. 367: «secondo cauta giurisprudenza della Corte di Giustizia, le sentenze rese in via pregiudiziale costituiscono un precedente vincolante per il Giudice nazionale, che non è costretto a sollevare la questione qualora ne esista una identica precedente. Dal punto di vista sostanziale, questo ha un impatto rilevante: il diritto comunitario consta non solo di norme scritte ma anche di norme e di principi di diritto non scritto, consuetudinario e giurisprudenziale e come tale deve essere applicato»; CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Tavole rotonde di diritto comunitario. Raccolta delle relazioni scritte*, vol. II, 1983, p.164 e ss.; MENGOZZI, *Il diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 2004, il quale sostiene che, con le sentenze della Corte di giustizia, entra nel nostro ordinamento il principio del precedente vincolante, il quale è alla base del sistema del *common law*.

È molto interessante anche l'analisi svolta da CAPOTORTI, *Le sentenze della Corte di giustizia delle Comunità Europee*, cit., pp. 471 e ss., soprattutto per il punto di vista utilizzato. L'Autore, partendo da un'analisi linguistica delle sentenze europee, sviscera la questione della somiglianza, anche strutturale, delle sentenze della Corte con quelle dei sistemi di *common law*, somiglianza che provverebbe anche l'avvicinarsi dei due sistemi: «È noto che le sentenze dei tribunali di *common law* sono marcatamente "personalizzate", non solo in quanto riferiscono le argomentazioni individuali dei singoli giudici ma anche nell'esprimere i dubbi, le esitazioni, i motivi di perplessità che circondano la difficile scelta necessaria per giudicare. Da questo punto di vista si possono rimproverare alla Corte comunitaria il tono di sicurezza delle motivazioni, la valorizzazione dei soli argomenti che sostengono la tesi accolta – restando invece preclusa una adeguata discussione di tesi diverse -, lo stile estremamente oggettivo, ufficiale, che non rifugge da affermazioni apodittiche. Si spiega inoltre la particolare attenzione dei giuristi britannici per l'opera degli Avvocati generali (è significativo che le loro conclusioni siano costantemente pubblicate insieme alle sentenze, da certe riviste inglesi di giurisprudenza comunitaria): - lo stile degli Avvocati generali appare, invero, "personalizzato" quasi come quello di un magistrato britannico».

⁵⁷ SALAZAR, *Il bello dell'essere diversi*, in SALAZAR-SPADARO, *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Milano, 2009, p. 22 afferma che in realtà le sentenze citate nel titolo sono le prime ad aver affermato la diretta applicabilità dei principi espressi dalle sentenze della Corte di Giustizia.

⁵⁸ «Le statuizioni della Corte di Giustizia delle Comunità europee hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni (sentenze n. 389 del 1989 e n. 113 del 1985). Nel caso in cui, in ordine alla portata di dette statuizioni, i giudici nazionali chiamati ad interpretare il diritto comunitario, al fine di verificare la compatibilità delle norme interne, conservino dei dubbi rilevanti, va utilizzato il rinvio pregiudiziale prefigurato dall'art. 234 del Trattato CE quale fondamentale garanzia di uniformità di applicazione del diritto comunitario nell'insieme degli Stati membri». Sul punto si veda anche PARODI, *Le fonti del diritto*, in CICU – MESSINEO – MENGONI – SCHLESINGER (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012, p. 52.

1.1.1. (segue) Gli effetti.

Lo scopo, dunque, delle sentenze della Corte di Giustizia è principalmente nomofilattico e di armonizzazione⁵⁹. Parte della dottrina riassume con una riuscita espressione l'azione della Corte: riverberare l'unicità e l'eterogeneità dell'ordinamento, sì da richiedere per l'esecuzione delle proprie decisioni della forza coattiva degli apparati nazionali⁶⁰.

L'espressione risulta riuscita proprio perché coniuga il pacifico fine nomofilattico con l'effetto necessario di imporre una certa vincolatività.

Come accennato nel paragrafo precedente, l'effetto di uniformazione discende non solo dalla statuizione di principi ma anche dalla vincolatività della pronuncia.

Questa vincolatività appare ben espressa nella pronuncia Köbler⁶¹, la quale, in primo luogo, si riconoscono i due punti deboli nel sistema nomofilattico

⁵⁹ Sul punto PEPE, *Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Roma, 2012, p. 101, sottolinea che «L'elaborazione da parte della Corte di Giustizia di una vasta gamma di principi non scritti ha avuto l'indubbio merito di favorire nel corso dei decenni l'instaurazione di appositi canali di comunicazione tra l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti nazionali, nonché di promuovere plurimi contatti tra i rispettivi plessi giurisdizionali».

Si veda anche *Report of the Court of Justice on Certain Aspects of the application of the Treaty on European Union* (http://www.google.it/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCYQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cvce.eu%2Fcontent%2Fpublication%2F2003%2F4%2F2%2F3644862f2e8f41709616e573a41b61c5%2Fpublishable_en.pdf&ei=Zj0IVcasCc7jaK6CgEA&usg=AFQjCNGY0HWkooVTjJBCNEgyetTPDaW11Q), par. 11 e ss., dove la Corte stessa descrive il proprio rapporto con i giudici nazionali: «*The development of the Community legal order has been to a large extent the fruit of the dialogue which has built up between the national courts and the Court of Justice through the preliminary ruling procedure. It is through such cooperation that the essential characteristics of the Community legal order have been identified, in particular its primacy over the laws of the Member States, the direct effect of a whole series of provisions and the right of individuals to obtain redress when their rights are infringed by a breach of Community law for which a member state is responsible. To limit access to the court would have the effect of jeopardizing the uniform application and interpretation of Community law throughout the Union, and could deprive individuals of effective judicial protection and undermine the unity of the case-law.*

But that is not all. The preliminary ruling system is the veritable cornerstone of the operation of the internal market, since it plays a fundamental role in ensuring that the law established by the treaties retains its Community character with a view to guaranteeing that that law has the same effect in all circumstances in all the member states of the European Union. Any weakening, even if only potential, of the uniform application and interpretation of Community law throughout the Union would be liable to give rise to distortions of competition and discrimination between economic operators, thus jeopardizing equality of opportunity as between those operators and consequently the proper functioning of the internal market.

One of the Court's essential tasks is to ensure just such a uniform interpretation, and it discharges that duty by answering the questions put to it by the national courts and tribunals. The possibility of referring a question to the Court of Justice must therefore remain open to all those courts and tribunals».

⁶⁰ SALAZAR, *Il bello dell'essere diversi*, cit., p. 22.

⁶¹ Corte Giust., 30 settembre 2003, Köbler c. Repubblica Austriaca C-224/01, in www.curia.eu.it. Si deve ricordare che, a proposito della responsabilità dello Stato per

della Corte di Giustizia: la violazione dell'art. 267 T.F.U.E. e la violazione di un precedente caso della stessa⁶².

In quel caso la Corte europea ha implicitamente affermato la vincolatività delle proprie sentenze laddove invia al giudice nazionale una propria precedente pronuncia su un caso simile, al fine di offrire elementi di interpretazione del diritto comunitario necessari e sufficienti a risolvere il caso interno.⁶³ Giova anche precisare che da questa pronuncia deriva la

violazione del diritto comunitario, detta sentenza ha affermato che «*uno Stato membro è tenuto a risarcire i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili, emerge dalla giurisprudenza della Corte che esse sono tre, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione grave e manifesta e che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi*». Sul punto si veda anche CERULLI IRELLI, *Violazioni del diritto europeo e rimedi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 667.

⁶² Sul punto BARONE, *The European «nomofilachia» network*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 355.

⁶³ Nella sentenza, la Corte di Giustizia inviava al giudice nazionale un proprio precedente su una questione pregiudiziale simile, in modo che lo stesso giudice potesse verificare la proponibilità della questione: «*Visto che, da un lato, la Corte aveva già dichiarato che una tale misura poteva violare questa disposizione del Trattato e che, dall'altro, la sola giustificazione fatta valere a tal riguardo dal governo austriaco non era pertinente alla luce dell'ordinanza di rinvio stessa, il cancelliere della Corte, con lettera 11 marzo 1998, ha trasmesso la citata sentenza Schöning-Kougebetopoulou al Verwaltungsgerichtshof al fine di consentirgli di esaminare se disponesse degli elementi d'interpretazione del diritto comunitario necessari per risolvere la controversia dinanzi ad esso pendente e gli ha chiesto se, alla luce di questa sentenza, ritenesse necessario mantenere la sua domanda di pronuncia pregiudiziale. (...)*

Con ordinanza 24 giugno 1998 il Verwaltungsgerichtshof ha ritirato la sua domanda di pronuncia pregiudiziale ritenendo che il mantenimento di questa domanda fosse divenuto inutile per la soluzione della controversia. (...)

In seguito a questa riqualificazione dell'indennità speciale di anzianità di servizio prevista dall'art. 50 bis del GG, il Verwaltungsgerichtshof ha respinto il ricorso del sig. Kobler. Infatti, nella sua sentenza 24 giugno 1998 ha dedotto dalla citata sentenza Schöning-Kougebetopoulou che questa indennità, poiché doveva essere qualificata come premio di fedeltà, poteva essere giustificata anche se era di per sé incompatibile con il divieto di discriminazione sancito dall'art. 48 del Trattato.

Ora, come risulta dai punti 80 e 81 della presente sentenza, la Corte, nella citata sentenza Schöning-Kougebetopoulou, non si è espressa sulla questione se e a quali condizioni potesse essere giustificato l'ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori che un premio di fedeltà comporta. Le considerazioni che il Verwaltungsgerichtshof ha dedotto dalla detta sentenza si basano quindi su un'erronea interpretazione di quest'ultima.

Pertanto, visto che, da un lato, il Verwaltungsgerichtshof ha modificato la sua interpretazione del diritto nazionale qualificando la misura prevista all'art. 50 bis del GG come premio di fedeltà, dopo che la sentenza Schöning-Kougebetopoulou, citata, gli era stata inviata, e visto che, dall'altro, la Corte non aveva ancora avuto l'occasione di pronunciarsi circa la questione se potesse essere giustificato l'ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori che un premio di fedeltà comporta, il Verwaltungsgerichtshof avrebbe dovuto mantenere la sua domanda di pronuncia pregiudiziale.

Infatti, questo giudice non poteva ritenere che la soluzione del punto di diritto in questione risultasse da una giurisprudenza consolidata della Corte o che non lasciasse adito ad alcun ragionevole dubbio (v. sentenza 6 ottobre 1982, causa 283/81, CILFIT e a., Racc. pag. 3415, punti 14 e 16). Pertanto, esso era obbligato, in forza dell'art. 177, terzo comma, del Trattato, a mantenere la sua domanda di pronuncia pregiudiziale.

Inoltre, come risulta dalla soluzione della terza questione, una misura quale l'indennità speciale di anzianità di servizio prevista dall'art. 50 bis del GG, anche se può essere

vincolatività della interpretazione data dalla Corte sulla norma comunitaria e non anche sulla soluzione al caso interno. L'affermazione non è scontata: da un'interpretazione della norma europea la Corte nazionale è libera di definire la vicenda processuale interna⁶⁴.

1.2. (segue) La sentenza che definisce il ricorso per infrazione.

Premesso quanto sopra, è bene soffermarsi sui due istituti maggiormente forieri di sentenze che influenzano (o, meglio, vincolano) l'operato dei giudici e delle amministrazioni nazionali. Si tratta della sentenza che definisce il ricorso per infrazione e della pronuncia interpretativa sul rinvio pregiudiziale.

Con riferimento alle prime, esse hanno effetti obbligatori nei confronti degli Stati contro il quale è stata avviata la procedura di infrazione. In altre parole,

qualificata come premio di fedeltà, comporta un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori incompatibile con il diritto comunitario. Pertanto, il Verwaltungsgerichtshof ha violato il diritto comunitario con la sua sentenza del 24 giugno 1998.

Occorre quindi esaminare se questa violazione del diritto comunitario rivesta un carattere manifesto tenuto conto in particolare degli elementi da prendere in considerazione a tal fine in conformità alle indicazioni che figurano ai punti 55 e 56 della presente sentenza.

A tale riguardo occorre considerare, in primo luogo, che la violazione delle norme comunitarie che costituiscono oggetto della soluzione della terza questione non può di per sé ricevere una tale qualificazione.

Infatti, il diritto comunitario non disciplina esplicitamente il punto se una misura intesa a favorire la fedeltà di un lavoratore verso il suo datore di lavoro, quale un premio di fedeltà, che comporta un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori, possa essere giustificata e quindi essere compatibile con il diritto comunitario. La detta questione non trovava una soluzione nemmeno nella giurisprudenza della Corte. Inoltre, tale soluzione non era ovvia.

In secondo luogo, il fatto che il giudice nazionale di cui trattasi avrebbe dovuto, come è stato constatato al punto 118 della presente sentenza, mantenere la sua domanda di pronuncia pregiudiziale non è tale da inficiare detta conclusione. Infatti, nella fattispecie, il Verwaltungsgerichtshof aveva deciso di ritirare la domanda di pronuncia pregiudiziale ritenendo che la soluzione della questione di diritto comunitario da risolvere nella fattispecie fosse già data dalla citata sentenza Schönig-Kougebetopoulou. È quindi a causa della sua erronea interpretazione di questa sentenza che il Verwaltungsgerichtshof non ha più ritenuto necessario sottoporre alla Corte tale questione d'interpretazione.

In tale contesto e in considerazione delle circostanze del caso di specie, non occorre considerare la violazione constatata al punto 119 della presente sentenza nel senso che ha carattere manifesto e quindi è sufficientemente caratterizzata.

Si deve aggiungere che questa soluzione non pregiudica gli obblighi derivanti, per lo Stato membro interessato, dalla soluzione data dalla Corte alla terza questione pregiudiziale.

Occorre quindi risolvere la quarta e la quinta questione nel senso che una violazione del diritto comunitario quale quella derivante, nelle circostanze della fattispecie di cui alla causa principale, dalla sentenza del Verwaltungsgerichtshof del 24 giugno 1998 non ha il carattere manifesto richiesto affinché sussista, in forza del diritto comunitario, la responsabilità di uno Stato membro a causa di una decisione di uno dei suoi organi giurisdizionali di ultimo grado».

⁶⁴ Tuttavia, come si evince proprio dalla sentenza Köbler, vi è un obbligo di rinvio pregiudiziale laddove il giudice nazionale debba utilizzare una norma dubbia su cui non ci sia un'interpretazione da parte della Corte di giustizia.

la Corte di Giustizia, oltre a comminare una sanzione, condanna lo Stato inadempiente a conformare il proprio ordinamento al dettato normativo comunitario.

Non solo. Bisogna infatti chiedersi se lo Stato, accertata l'inadempienza, sia anche responsabile degli eventi dannosi prodotti dal suo inadempimento e se, pertanto, possa essere chiamato a corrispondere il risarcimento derivatone.

Sul punto giova ricordare che la Corte di Cassazione a Sezioni Unite⁶⁵ ha affermato che il comportamento del legislatore è suscettibile di essere qualificato come anti giuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno, che il trattamento giuridico del caso di specie è attratto (*ratione materiae*) nell'ambito di applicazione del diritto comunitario e che si tratta di indennità per attività non anti giuridica⁶⁶.

⁶⁵ Cass. civ., SS. UU., 17 aprile 2009, n. 9147, in www.altalex.it.

⁶⁶ Sulla suddetta sentenza si veda in dottrina CONTI, *La natura "non illecita" dell'illecito comunitario*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 19 e PASQUINELLI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità dello Stato-legislatore per violazione del diritto comunitario. Un inatteso revirement*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 1012; in giurisprudenza, *contra* Cass. civ., 3 giugno 2009, 1284.

Non mancano le voci critiche in merito alla pronuncia in esame: sul punto CONDINANZI, *La responsabilità dello stato per violazione del diritto dell'unione europea: prime applicazioni dei recenti orientamenti della Corte di Cassazione*, in *Giur. merito*, 2010, p. 3063, il quale, nel sollevare qualche perplessità in merito alla qualificazione effettuata dalla Suprema Corte, rileva che «*probabilmente la sentenza si spiega anche con il fatto che il suo estensore è lo stesso che nel 1995 aveva redatto la prima sentenza che negava la responsabilità dello Stato per fatto del legislatore in virtù della sovranità nazionale: l'impianto è, infatti, il medesimo, quello della separazione degli ordinamenti (autonomi e distinti, seppur coordinati), seppur evidentemente tenendo conto delle evoluzioni che l'ordinamento dell'Unione ha incontrato nel corso degli ultimi quindici anni. E poco consola che da questa giurisprudenza discenda, come visto, l'applicazione del termine di prescrizione ordinario (decennale) - in luogo di quello quinquennale -, per questo forse tale era il risultato concreto che nel caso di specie pareva equo ottenere*» e che «*è, innanzitutto, discutibile l'impostazione dualista da cui prende le mosse la Corte di Cassazione per rifiutare di utilizzare un parametro derivante dall'ordinamento dell'Unione per valutare la legittimità del comportamento del legislatore italiano, in quanto ispirata ad un'ottica di separazione risalente nel tempo (...). In secondo luogo, se può essere condivisibile lo sforzo per evitare la qualificazione di «illecita» per la condotta del legislatore, in assenza della tipizzazione del danno da legislazione anticomunitaria, appare discutibile la ricostruzione di obbligazione ex lege di natura indennitaria, vista l'obbligatorietà della corretta trasposizione delle direttive gravante sul legislatore nazionale.*

*Tale orientamento, in secondo luogo, appare censurabile dal un punto di vista dell'Unione europea. La Corte di giustizia, infatti, nel delineare i presupposti per l'applicazione della responsabilità patrimoniale dello Stato, ha sancito che essi non possono essere diversi, a parità di situazioni, da quelli richiesti per la responsabilità delle istituzioni (...). Vero è, del resto, che la stessa Corte di giustizia, almeno in un passaggio della sentenza *Brasserie du Pecheur*, dove si trattava di violazione attribuibile allo Stato, parla di «responsabilità extracontrattuale delle pubbliche autorità», qualificando pertanto l'illecito come aquiliano. Ma la qualificazione, comunque, di per sé potrebbe anche essere irrilevante, trattandosi, come visto, di questione riconducibile all'autonomia procedurale degli Stati membri».*

Non pare fuori luogo rilevare che il *Tribunal constitucional* spagnolo, nel caso *Iberdrola* (2 luglio 2012, n. 145), sia arrivato ad una conclusione differente, affermando che le sentenze

Non mancano, tuttavia, pronunce di merito che disattendono detta impostazione, qualificando la somma dovuta al danneggiato dall'inadempimento come un indennizzo⁶⁷. Detta somma potrà essere accertata e quantificata da parte del Giudice nazionale, che utilizzerà la sentenza della Corte di Giustizia al pari del materiale probatorio.

Con riferimento, invece, agli effetti della sentenza nei confronti degli altri Stati appartenenti all'Unione (*rectius*: gli Stati non interessati dalla procedura di infrazione), deve tenersi presente il contenuto della sentenza. Infatti, se la Corte di Giustizia pone una statuizione di principio, il suo effetto sarà identico a quello svolto dalle sentenze che risolvono una questione pregiudiziale⁶⁸.

1.3. (segue) Il giudizio ex art. 267 T.F.U.E.

Differente è invece il ruolo e l'efficacia che si deve riconoscere alla sentenza che definisce un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia⁶⁹.

Come già accennato, funzione tipica di tale procedura è assicurare un'interpretazione uniforme delle norme comunitarie. Il rinvio

derivanti da un procedimento di infrazione siano dichiarative e che non dispiegano sempre i propri effetti *ex tunc*. Sul punto, *amplius*, cfr. cap. 4.

⁶⁷ Un recente caso, relativo alla responsabilità dello Stato italiano per non adeguamento dell'ordinamento alla normativa comunitaria, è rinvenibile, in ambito penale, nella non trasposizione della Direttiva 2004/80/CE, che impone agli Stati membri l'obbligo di garantire idonei meccanismi di indennizzo a beneficio delle vittime dei reati violenti intenzionali. In particolare, il Tribunale di Torino, con la sentenza 3 maggio 2010, n. 3145, ha condannato lo Stato italiano a risarcire una donna, stuprata e rapita da due cittadini rumeni, poi latitanti, poiché l'ordinamento non ha consentito di attuare un sistema indennitario soddisfacente, inadempimento già accertato con la sentenza C. Giust. CE 29 novembre 2007, causa C-112/07, Commissione c. Italia.

⁶⁸ Sui quali si veda *infra*.

⁶⁹ Sul punto si veda TESAURO, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di Giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, p. 484, il quale definisce così il rinvio pregiudiziale: «Il meccanismo che più si è rivelato efficace e che meglio ha scandito i passaggi rilevanti dell'evoluzione del sistema giuridico comunitario è sicuramente quello del rinvio pregiudiziale, ispirato al modello di controllo di costituzionalità delle leggi utilizzato anche in Austria, Italia e Germania. Il controllo giurisdizionale fondato sul rinvio pregiudiziale ha segnato la realizzazione degli obiettivi di integrazione fissati nei Trattati più di ogni altra iniziativa o attività, normativa e politica, delle istituzioni o degli stessi Stati membri. È stato il rinvio pregiudiziale ad assecondare in modo decisivo il collegamento e con esso la sintonia tra sistemi giuridici nazionali e sistema giuridico comunitario, fino a realizzare quello spazio senza confini che è l'obiettivo del disegno complessivo e che permette di smentire il luogo comune e del tutto mistificante della dimensione esclusivamente economica del processo di integrazione europea, che ignora il reale modo di essere dell'Unione. Nell'esercizio della sua competenza pregiudiziale, la Corte di giustizia ha avuto la possibilità di dare la sua interpretazione della norma dell'Unione non in astratto, ma in funzione del suo impatto sull'ordinamento del giudice del rinvio, sì che la decisione di quest'ultimo possa incidere effettivamente sulla posizione giuridica soggettiva del singolo in modo uniforme in tutti gli Stati membri».

pregiudiziale, infatti, evita che la trasposizione delle norme comunitarie da parte soltanto degli ordinamenti interni si traduca in una pluralità di prassi, magari imprecise, improprie e disomogenee tra le diverse regioni dell'Unione⁷⁰.

Per questo motivo, i giudici di ultima istanza hanno l'obbligo, e non solo la mera facoltà, di sollevare la questione nanti il Supremo consesso europeo⁷¹. Gli effetti delle suddette sentenze sono obbligatori nel quadro del giudizio entro il quale sono richieste. In particolare, la sentenza comunitaria chiarisce l'interpretazione della norma comunitaria interessata, mentre spetterà al giudice interno applicare la norma, in tal modo interpretata, al caso concreto⁷². Il giudice nazionale del giudizio *a quo* potrà, inoltre, chiedere nuovamente l'intervento della Corte per un nuovo intervento chiarificatore, senza contestare validità e merito della prima pronuncia⁷³.

⁷⁰ REALE – BORRACCETTI, *Da giudice a giudice. Il dialogo tra giudice italiano e Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Milano, 2008, p. 2. Gli Autori precisano che proprio per questo motivo «la Corte si è mostrata generosa – persino troppo, secondo parte della dottrina specialistica – non solo nell'ammettere la ricevibilità delle domande pregiudiziali proposte dai colleghi degli Stati membri, nella piena consapevolezza di quanto l'efficacia del meccanismo dipenda dall'iniziativa e dalla cooperazione di questi ultimi, ma anche guidandoli relativamente ad aspetti più pratici, relativi per esempio alle modalità di formulazione dei quesiti da inoltrare». Si veda anche G.F. MANCINI, *Le sfide costituzionali alla Corte di giustizia europea*, in MANCINI S. (a cura di), *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione Europea*, Bologna, 2004, p. 63.

⁷¹ Si vedano CAPOTORTI, *Le sentenze della Corte di giustizia delle Comunità Europee*, cit., p. 462, il quale ritiene che in questo modo si avvii un dialogo tra giudici nazionali e Corte di Giustizia: «quest'ultima è chiamata caso per caso a concorrere alla formazione delle pronunzie dei primi»; VITALE, *La logica del rinvio pregiudiziale tra l'obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza e responsabilità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, p. 59. In quest'ultimo contributo l'Autrice si interroga sul ruolo di quest'obbligo nel processo amministrativo, nel quale la parte processuale non può costringere, attraverso apposito motivo, il giudice a sollevare la questione: «In verità, è di certo una forzatura ritenere possibile che una delle parti chieda al giudice interno, attraverso un motivo di ricorso, di sollevare una questione pregiudiziale. Anche ammettendo che il giudice di ultimo grado possa sentirsi "obbligato" ad esperire il rinvio a fronte di una specifica sollecitazione di parte, non pare in ogni caso conforme alle regole del processo amministrativo nazionale un meccanismo di impugnazione di una sentenza che contempli una domanda siffatta».

⁷² ID., p. 462, il quale osserva anche che «il grado di generalizzazione al quale pervengono le sentenze interpretative pronunciate dalla Corte (...) consente un diretto innesto sul tronco dell'ordinamento costituito da norme comunitarie: ciò spiega il rilevante contributo che tali sentenze hanno dato alla costruzione, per via giurisprudenziale, del sistema giuridico delle Comunità».

⁷³ REALE – BORRACCETTI, *Da giudice a giudice. Il dialogo tra giudice italiano e Corte di Giustizia delle Comunità europee*, cit., p. 92. Si veda anche l'art. 104, comma 2 del regolamento di procedura della Corte di Giustizia: «Spetta ai giudici nazionali valutare se essi abbiano ricevuto sufficienti chiarimenti mediante una pronuncia pregiudiziale, o se appaia necessario adire nuovamente la Corte».

Gli stessi Autori precisano l'entità del secondo intervento da parte del giudice del rinvio: «Infatti, alla luce della disciplina processuale comunitaria, in particolar modo dell'art. 43 del Protocollo sullo Statuto della Corte di Giustizia, "in caso di difficoltà sul senso e la portata di una sentenza, spetta alla Corte d'interpretarla, a richiesta di una parte o di una istituzione della Comunità che dimostri di avere a ciò interesse".

Sembra così prevedersi una strada alternativa ad un nuovo intervento del giudice di rinvio, nella cui disponibilità vi sarà, diversamente, la possibilità di adire per una seconda volta la

La portata della pronuncia emessa in via pregiudiziale, tuttavia, non si limita a vincolare l'ambito del giudizio entro il quale è stato operato il rinvio. Infatti, in virtù della competenza della Corte di giustizia a statuire sull'interpretazione delle norme comunitarie, la sentenza vincolerà sia le giurisdizioni degli Stati membri, sia le amministrazioni nazionali, finché non si avrà una pronuncia innovativa sullo stesso punto⁷⁴.

In ogni sentenza della Corte possono individuarsi due profili: un primo temporale, secondo il quale, per regola generale, le sentenze comunitarie hanno effetti *ex tunc*⁷⁵; un secondo profilo, di natura soggettiva, già accennato, secondo il quale detta sentenza non farà stato direttamente tra le parti, peculiarità riconosciuta soltanto al giudicato nazionale.

Con riferimento agli effetti che la sentenza interpretativa della Corte di Giustizia ha nei confronti delle Amministrazioni nazionali, si rinvia a quanto si dirà *infra*.

2. L'influenza della Corte di Giustizia sui giudici nazionali.

Studiare l'influenza delle sentenze della Corte di Giustizia sugli Stati membri è, in primo luogo, analizzare l'influenza sugli organi giudicanti interni.

A differenza degli altri ordinamenti, nazionali ed internazionali, una prima peculiarità che colpisce all'interno del rapporto Corte di Giustizia – giudici interni è il fatto che è la stessa Corte a chiarire come si articola detto rapporto e, soprattutto, a delineare la propria supremazia⁷⁶.

Corte di giustizia al fine di vedere spiegata ed illustrata la decisione: così facendo, esprimendosi su di un proprio precedente atto, la Corte sarà posta nella condizione di fornire una sorta di interpretazione autentica di quanto precedentemente deciso».

In merito ai vincoli prodotti dalle proprie decisioni rese in base al detto rinvio, si veda Corte Giust., 9 agosto 1994, Parlamento Europeo c. Meskens, C-412/92 (consultabile in www.curia.eu.it): «*pur se l'art. 40 dello Statuto CEE della Corte di giustizia, applicabile anche al Tribunale, prevede uno specifico procedimento per risolvere le difficoltà sollevate dal senso e dalla portata di una sentenza, il Tribunale resta libero di accertare il senso e la portata di una sentenza precedente, che non sia stata oggetto di tale procedimento, quando questa interpretazione sia necessaria per risolvere la controversia sottopostagli.*

Questo è avvenuto nel caso presente. Il Tribunale era tenuto, nella sentenza impugnata, ad interpretare la sentenza Bataille. Come risulta dal punto 69, il Parlamento, sostenendo dinanzi al Tribunale che "l'adozione di provvedimenti concreti non è necessaria per il motivo che il Tribunale aveva implicitamente respinto, nella citata sentenza (Bataille), la domanda dei ricorrenti volta ad ottenere l'autorizzazione a partecipare al concorso B/164 (...)", ha obbligato giuridicamente il Tribunale a interpretare la detta sentenza».

⁷⁴ REALE – BORRACCETTI, *Da giudice a giudice. Il dialogo tra giudice italiano e Corte di Giustizia delle Comunità europee*, cit., p. 93.

⁷⁵Id., p. 93. Gli Autori sottolineano anche che, non di rado, la Corte tende a limitare l'efficacia retroattiva delle proprie pronunce.

⁷⁶ CAPOTORTI, *Le sentenze della Corte di giustizia delle Comunità Europee*, cit., p. 478.

Una seconda peculiarità è riconducibile alla vincolatività delle pronunce per gli organi giudicanti⁷⁷, che si analizzerà nei paragrafi seguenti.

2.1. (segue) L'influenza sul concreto operato: il caso dell'ordine di esame dei ricorsi incidentale e principale.

È il caso, tuttavia, di ricordare che, sebbene l'effetto delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia sia vincolante, è il Giudice nazionale a decidere come utilizzare il principio all'interno della propria giurisprudenza⁷⁸.

Per spiegare l'operato del giudice nazionale di fronte a sentenze comunitarie che decidono sul suo operato appare utile fornire un esempio. Un recente caso che ha interessato giurisprudenza e dottrina è la fattispecie dell'ordine dell'esame dei ricorsi incidentale e

Lasciando da parte le questioni strettamente relative all'ordine di analisi, già ampiamente trattato in dottrina⁷⁹, ci si soffermerà brevemente sul rapporto esistente sul punto tra le pronunce del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria e Corte di Giustizia.

Come è noto il Consiglio di Stato ha, da ultimo, affermato il principio di diritto secondo il quale il ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale deve sempre essere esaminato per primo⁸⁰.

Il TAR Piemonte solleva questione pregiudiziale comunitaria, richiedendo alla Corte europea di valutare se sia coerente con i principi di effettività della tutela giurisdizionale, di parità delle parti e di libera concorrenza il principio suddetto⁸¹.

⁷⁷ Da questo punto di vista, deve richiamarsi l'opinione di MONTEDORO, *Ruolo de giudice e diritto europeo*, in SANDULLI – TROTTA (a cura di), *Il Ruolo del giudice. Le magistrature superiori*, all. a *Foro amm.*, 2007, p. 9, il quale afferma che, in realtà, sarebbe proprio il ruolo del giudice nazionale ad aver reso effettivo e rinforzato il ruolo del diritto europeo e ad aver garantito la sua effettività.

⁷⁸ Cfr. par. 1.1.1.

Sull'influenza del giudice europeo sugli ordinamenti giurisdizionali nazionali si veda, in generale, RECCHIA, *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Padova, 1996.

⁷⁹ La questione è stata oggetto di numerose sentenze: le più importanti sono Cons. Stato, Ad. Plen, nn. 11/2008, 4/2011 e 9/2014. Per una puntuale disamina degli orientamenti emersi si veda IBBA, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2014 in tema di rapporto tra ricorso principale ed incidentale riuscirà a porre fine all'annoso dibattito sorto a seguito della precedente Adunanza Plenaria n. 4/2011 in materia di ricorso incidentale?*, in *Riv. Giur. Sarda*, 2014, 3, p. 90.

⁸⁰ Cons. Stato, Ad. Plen n. 4/2011.

⁸¹ TAR Piemonte, sez. II, ord. 9 febbraio 2012, n. 208, con nota di PROTTO, *Ordine di esame del ricorso principale e incidentale in materia di appalti pubblici: la parola al giudice comunitario*, in *Urb. e app.*, 2012, p. 437.

Diversamente dal Supremo Consesso, la Corte di Giustizia⁸² ha ritenuto che l'accessibilità alle procedure di ricorso, stabilita dalla direttiva 89/665/CEE, osta ad una pronuncia di inammissibilità del ricorso principale laddove vi sia una allegazione del suo difetto di legittimazione e senza che lo stesso ricorso non venga neppure esaminato⁸³.

⁸² Corte Giust. UE, 4 luglio 2013, *Fastweb c. ASL Alessandria*, causa C-100/12, consultabile in www.curia.europa.eu, oppure, con commento di LAMBERTI, *Per la Corte di Giustizia l'incidentale non è più "escludente"?*, in *Urb. e app.*, 2014, p. 1003.

⁸³ La Corte comunitaria afferma, in particolare, che: *"Va rilevato che dall'articolo 1 della direttiva 89/665 deriva che quest'ultima mira a consentire la proposizione di ricorsi efficaci contro le decisioni delle autorità aggiudicatrici contrarie al diritto dell'Unione. Secondo il paragrafo 3 del suddetto articolo, gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo le modalità che gli Stati membri possono determinare, almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione.*

*A questo proposito, una decisione con cui l'autorità aggiudicatrice esclude un'offerta prima ancora di procedere alla selezione costituisce una decisione contro la quale dev'essere possibile ricorrere, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665, essendo tale disposizione applicabile a tutte le decisioni adottate dalle autorità aggiudicatrici soggette alle norme di diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e non prevedendo essa alcuna limitazione relativa alla natura e al contenuto di dette decisioni (v., in particolare, sentenza del 19 giugno 2003, *Hackermüller*, C-249/01, Racc. pag. I-6319, punto 24, e giurisprudenza citata).*

*In tal senso, al punto 26 della citata sentenza *Hackermüller*, la Corte ha affermato che il fatto che l'autorità dinanzi alla quale si svolge il procedimento di ricorso neghi la partecipazione a tale procedimento, per mancanza della legittimazione a ricorrere, ad un offerente escluso prima ancora di procedere a una selezione, avrebbe l'effetto di privare tale offerente non solo del suo diritto a ricorrere contro la decisione di cui egli afferma l'illegittimità, ma altresì del diritto di contestare la fondatezza del motivo di esclusione allegato da detta autorità per negargli la qualità di persona che sia stata o rischi di essere lesa dall'asserita illegittimità.*

*Certamente, quando, al fine di ovviare a tale situazione, viene riconosciuto all'offerente il diritto di contestare la fondatezza di detto motivo di esclusione nell'ambito del procedimento instaurato a seguito di un ricorso avviato da quest'ultimo per contestare la legittimità della decisione con cui l'autorità aggiudicatrice non ha ritenuto la sua offerta come la migliore, non si può escludere che, al termine di tale procedimento, l'autorità adita pervenga alla conclusione che detta offerta avrebbe dovuto effettivamente essere esclusa in via preliminare e che il ricorso dell'offerente debba essere respinto in quanto, tenuto conto di tale circostanza, egli non è stato o non rischia di essere lesa dalla violazione da lui denunciata (v. sentenza *Hackermüller*, cit., punto 27).*

*In una situazione del genere, all'offerente che ha proposto ricorso contro la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico deve essere riconosciuto il diritto di contestare dinanzi a tale autorità, nell'ambito di tale procedimento, la fondatezza delle ragioni in base alle quali la sua offerta avrebbe dovuto essere esclusa (v., in tal senso, sentenza *Hackermüller*, cit., punti 28 e 29).*

Tale insegnamento è applicabile, in linea di principio, anche qualora l'eccezione di inammissibilità non sia sollevata d'ufficio dall'autorità investita del ricorso, ma in un ricorso incidentale proposto da una parte nel procedimento di ricorso, come l'aggiudicatario regolarmente intervenuto nello stesso. (...)

Orbene, dinanzi ad una simile constatazione, il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare.

Il Consiglio di Stato, sempre in sede di Adunanza Plenaria, interviene nuovamente in merito all'ordine di analisi dei ricorsi.

È curioso notare come il Supremo Consesso riduca ad eccezione la *regula iuris* affermata dalla Corte del Lussemburgo⁸⁴.

In particolare, il Consiglio di Stato non trova necessario rimeditare il proprio orientamento, pur recependo nella propria giurisprudenza quanto statuito dalla Corte europea.

A parere di chi scrive, non si tratta di elusione della vincolatività delle sentenze comunitarie, bensì di un esercizio del potere nomofilattico del Consiglio di Stato. In altre parole, il Supremo Consesso recepisce il *dictum* comunitario ma lo introduce nel proprio sistema adattandolo alla normativa e giurisprudenza già esistenti.

2.2. La “dottrina delle corti” ed il giudice soggetto soltanto alla legge.

Pare, a questo punto, opportuno soffermarsi sulla qualificazione del ruolo svolto sempre più spesso dagli organi giurisdizionali, nazionali ed internazionali.

Infatti, alcuni autori hanno notato come il formante giurisprudenziale abbia assunto tante volte il ruolo non soltanto e non semplicemente decisorio, bensì anche un ruolo dottrinale⁸⁵.

Tenuto conto delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla compatibilità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale”.

Si veda sul punto anche FANTINI, *Ricorso principale e incidentale: alla ricerca dell'interesse strumentale*, in *Urb. e app.*, 2014, p. 1078.

⁸⁴ FANTINI, *Ricorso principale e incidentale: alla ricerca dell'interesse strumentale*, cit., p. 1078.

⁸⁵ L'osservazione è di BERRUTTI, *La dottrina delle corti*, in AA.VV., *La giurisprudenza tra autorità e autorevolezza: la dottrina delle corti*, in *Foro it.*, 2013, V, c. 181-182. L'Autore, peraltro, affronta la questione ricostruendo brevemente l'iter storico del rapporto tra dottrina e giurisprudenza, notando come “Fino alla metà del XIX secolo non si era ancora affermato nel linguaggio degli specialisti l'uso della parola «dottrina» come nome collettivo, inteso a significare, cioè, l'attività dei dottori, ovvero l'insieme delle loro opere. (...) Poi, appunto, l'assunzione del carattere di nome collettivo che significò la conclusione di una evoluzione e la formalizzazione consapevole del trinomio fondamentale dei fattori del diritto: legislazione, giurisprudenza, dottrina.

Nello specifico, questa opinione si fonda sul fatto che il giudice non sia soltanto un applicatore di norme altrì, una mera *bouche de la loi*, bensì un creatore di principi vincolanti, soprattutto nel suo ruolo nomofilattico⁸⁶.

Un aspetto fondamentale, tuttavia, del problema riguarda la libertà di pensiero della letteratura scientifica⁸⁷, che, per parte della dottrina, non sarebbe riconoscibile nella pronuncia giurisdizionale. In altre parole, per sua natura la sentenza è autoritativa e diviene difficile inquadrarla anche come una trattazione scientifica di un tema piuttosto che semplicemente una soluzione professionale ad un problema giuridico⁸⁸. D'altronde, è la stessa dottrina, consapevole dei rischi, a porre freni alla giurisprudenza nomofilattica, affermando che proprio la nomofilachia, per essere effettivamente un valore e non una «gabbia della ragione», deve essere sorretta non da logiche autoreferenziali e dal principio di autorità, ma affidata alle proprie buone ragioni⁸⁹.

Bisogna chiedersi se detta critica possa investire anche le pronunce della Corte di Giustizia.

A parere di chi scrive è utile operare delle distinzioni.

Come detto, infatti, le sentenze della Corte vengono trasfuse nelle leggi europee. A quel punto, esse diventano norme interne, trasformando del tutto la loro natura e non appartenendo più al formante giurisprudenziale. Pertanto, appare logico che non possano essere interessate dal problema della dottrina delle corti.

Tuttavia, molto spesso la Corte espone interpretazioni evolutive di principi oppure, partendo dalle norme dei Trattati, ne elabora di nuovi.

È vero che contemporaneamente l'espressione «giurisprudenza» veniva usata in quanto comprensiva dell'ambito concettuale di tutte le predette espressioni formanti il trionomio, e quindi a significare, in modo sintetico, il diritto vivente". L'Autore sottolinea anche che successivamente la legge scritta assunse sempre maggior valore, ponendo il giudice come applicatore di "legge fatta da altri".

⁸⁶ Si tratta, invero, di una questione dapprima interna (si pensi alle c.d. sentenze trattato, come Cass. civ., n. 500/1999, oppure all'art. 374, 3à comma c.p.c. o all'art. 99, comma 3 c.p.a., che impongono entrambi la rimessione alle Sezioni Unite nella giurisdizione civile o all'Adunanza plenaria nella giurisdizione amministrativa qualora il giudice non condivida il principio di diritto esposto dai massimi collegi nomofilattici sul punto controverso), poi internazionale, con l'avvento della funzione nomofilattica della Corte EDU. Cfr. sul punto BERRUTTI, *La dottrina delle corti*, cit., c. 182; CALÒ, *Il giudice nazionale dinanzi alla giurisprudenza Cedu. La metafora dei «tre cappelli»*, cit., c. 815.

⁸⁷ BERRUTTI, *La dottrina delle corti*, cit., c. 182.

⁸⁸ PARDOLESI – GRANIERI, *Dottrina delle corti e disimpegno dei giuristi*, in AA.VV., *La giurisprudenza tra autorità e autorevolezza: la dottrina delle corti*, cit., c. 188. Gli Autori fanno notare come esitano almeno tre rischi nella giurisprudenza che ambisca ad essere dottrina: a) il rischio che la motivazione della sentenza finisca per offuscare il principio di diritto; b) il rischio è la possibile assenza di critica dell'ordinamento, espletata spesso dalla letteratura scientifica; c) il rischio dell'autoreferenzialità.

⁸⁹ EVANGELISTA, *La professionalità dei magistrati della Corte Suprema di Cassazione*, *Foro it.*, 1999, V, c. 167, che riporta una citazione di TARUFFO, *La Corte di Cassazione e la legge*, in *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991.

Ci si può chiedere, quindi, se si tratti di elaborazione di vere e proprie norme o di precedenti giurisprudenziali, che è pacifico considerare vincolanti.

Nel caso in cui si accogliesse quest'ultima interpretazione, parte della dottrina vede problematico il rapporto tra la vincolatività delle sentenze e l'art. 101, comma 2 Cost., il quale assoggetta il giudice soltanto alla legge⁹⁰.

In realtà, una soluzione all'apparente corto circuito del sistema parte della dottrina la vede nel meccanismo di interpretazione adeguatrice, già in capo alla Corte Costituzionale⁹¹. Più precisamente, l'adeguamento delle norme costituzionali alla società, mediante interpretazione, è un momento imprescindibile del giudizio di legittimità⁹² e lo stesso meccanismo opererebbe anche nell'attività della Corte di giustizia. Per questo motivo, detta dottrina arriva a ritenere che se sul piano formale il giudice è soggetto soltanto alla legge, sul piano sostanziale egli è soggetto al diritto⁹³.

Non bisogna, tuttavia, dimenticare, che le sentenze costituzionali operano un mutamento, anche mediante interpretazione, della norma, ma è quest'ultima a rimanere la fonte della situazione giuridica. Al contrario, la sentenza dalla Corte europea è il mutamento, essendo immediatamente dispositiva e vincolante per gli Stati membri.

Vi è, inoltre, il sentore, a volte, che la Corte di giustizia non operi in forza di una interpretazione, seppur creativa, ma come fonte autonoma del diritto, creando norme nuove, non solo mediante il prelievo dalla norma comunitaria di qualcosa di già esistente, così come Michelangelo faceva con le sue sculture "tolte fuori" dal marmo, ma con vera forza innovatrice.

⁹⁰ BERRUTTI, *La dottrina delle corti*, cit., c. 183, il quale osserva che si tratti di una "norma terribile, per la sua caratura utopistica e per la sua modernità. È certamente utopistico promettere ai cittadini che i giudici che si occuperanno della loro libertà o dei loro beni, saranno sempre tanto «altro da sé» da risultare in ogni caso interpreti, anche creativi, ma tuttavia della legge, cioè di una volontà politica più alta della decisione giudiziaria. Ma è assai moderno promettere che la dipendenza dalla legge funzioni come antidoto all'arbitrio del giudice e mantenga la sovranità del legislatore".

⁹¹ SCODITTI, *Il diritto fra fonte ed interpretazione*, in AA.VV., *La giurisprudenza tra autorità e autorevolezza: la dottrina delle corti*, cit., c.189, il quale avvicina i due meccanismi e li assimila anche al giudizio di conformità delle norme nazionali alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Uomo, svolto dalla CEDU. Peraltro, per una lettura ragionata del giudizio svolto dalla Corte Costituzionale, si vedano, oltre all'istituzionale RUGGERI – SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004, MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 125 e ss.; BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 41.

⁹² Resta, com'è ovvio, il limite dell'interpretazione *contra legem*.

⁹³ SCODITTI, *Il diritto fra fonte ed interpretazione*, cit., c. 190.

2.3. Dottrina delle corti (e della Corte di Giustizia) vs. comparazione giuridica.

In realtà, a ben guardare, la Corte di Giustizia non creerebbe dal nulla nuove regole, ma, proprio per la sua funzione di coordinamento degli ordinamenti appartenenti agli Stati membri, utilizza principalmente il metodo della comparazione giuridica⁹⁴.

La comparazione giuridica, istituto già ben presente ai giuristi comparativisti⁹⁵, nella sua principale accezione è intesa come l'utilizzo di una sentenza straniera in un ordinamento interno⁹⁶.

Dopo un largo uso del metodo nell'ambito dei sistemi interni⁹⁷, si propone di fondare sul detto metodo la funzione armonizzativa della Corte di Giustizia⁹⁸, anche per evitare di ricorrere alle argomentazioni di casi analoghi decisi dalla legge o dai principi generali⁹⁹.

Ma ci si deve chiedere se la comparazione, ed, in particolare, il metodo comparativo utilizzato dalla suprema Corte europea, possa essere anche fonte del diritto.

In realtà, il tema della comparazione come fonte del diritto non è nuovo nell'ambito scientifico¹⁰⁰.

Tuttavia è diverso il significato stesso che si dà al detto fenomeno. Nello specifico, la comparazione è nata con l'abbandono della prospettiva

⁹⁴ SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001, p. 208-209.

In realtà, non si tratta dell'unico metodo utilizzato dalla Corte: ad esso si affiancano anche il metodo teleologico e quello sistematico: sul punto CAPOTORTI, *Le sentenze della Corte di giustizia delle Comunità Europee*, cit., p. 476.

⁹⁵ I comparatisti, in genere, distinguono tra uso del diritto straniero ed uso del diritto comparato: cfr. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, cit., p. 5, il quale sostiene che l'uso del diritto straniero non possa comunque prescindere dal primo per attuare il secondo.

⁹⁶ Si veda SOMMA, *Metodi e scopi della comparazione giuridica nelle decisioni delle Corti*, in www.altalex.it.

⁹⁷ ALPA, *L'uso del diritto straniero da parte del giudice italiano*, in SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, pp. IX e ss., il quale affronta anche il percorso storico dell'utilizzo del metodo in questione nell'ambito del sistema giurisprudenziale italiano. Sul punto si veda anche RUGGIU, voce *Comparazione (dir. cost.)*, in *Dig. Dir. pubbl.*, p. 1058.

⁹⁸ SOMMA, *Metodi e scopi della comparazione giuridica nelle decisioni delle Corti*, cit., p. 2.

⁹⁹ GORLA, *Esperienza scientifica – Diritto comparato*, in AA. VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, p. 503.

¹⁰⁰ RUGGIU, voce *Comparazione (dir. cost.)*, cit., p. 1058, la quale afferma che “i costituzionalisti hanno preso posizione su molte questioni chiave del diritto comparato: se esso sia soltanto metodo o anche scienza; se il metodo per comparare sia uno o più; se gli studi di solo diritto straniero siano qualificabili come comparazioni latenti e implicite o, viceversa, non abbiano alcuna dignità comparativa. Si tratta di tematiche che hanno ancora oggi una certa verve, ma che tutto sommato scoloriscono di fronte a quella che è la profonda trasformazione di significato subita dalla comparazione costituzionale nel contesto dell'integrazione comunitaria”.

statocentrica, al fine di rendere comuni a tutti i cittadini i diritti fondamentali¹⁰¹. È stata, però, relegata ad un ruolo marginale con l'affermarsi degli Stati-nazione¹⁰². Il riproporsi oggi condizioni simili a quelle createsi nell'ambito del sedicesimo secolo, con particolare riferimento alla *lex mercatoria* e alla volontà di uniformare i diritti fondamentali da parte delle Corti internazionali, rendono molto simile il ruolo della comparazione a quello che aveva, appunto, prima dell'emergere degli Stati nazione¹⁰³.

Si tratta di un ruolo che prevede non soltanto una forma di diritto (e di uniformizzazione) a base culturale, ma, piuttosto, un'attività di creazione di diritto positivo¹⁰⁴.

Alcuni autori hanno analizzato il percorso comparativo svolto dalla Corte di Giustizia ai fini armonizzativi, che, come detto, si rivela spesso foriero di nuove norme¹⁰⁵.

In particolare, gli stessi autori affermano che lo sviluppo di nuove norme, o massime comunitarie autonome¹⁰⁶, passerebbe per l'individuazione dei modelli, cioè dell'insieme delle concezioni giuridiche più o meno tecniche che possono ritrovarsi in diversi sistemi ed anche in diverse famiglie giuridiche¹⁰⁷.

All'individuazione dei modelli fa seguito, secondo questa dottrina, una analisi di tipo quantitativo sulla diffusione dei detti modelli all'interno degli ordinamenti degli Stati membri¹⁰⁸.

¹⁰¹ HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993, p. 243.

¹⁰² RUGGIU, voce *Comparazione (dir. cost.)*, cit., p. 1058.

¹⁰³ ID., p. 1058.

¹⁰⁴ Si veda PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1995, p. 170, il quale nota anche che la forma di produzione del diritto a base culturale non sarebbe nulla di nuovo, dal momento che le grandi codificazioni (quale quella del *Code civil*) sono sempre state precedute da una disamina di ciò che accadeva altrove.

¹⁰⁵ SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, cit., p. 208 e ss.

¹⁰⁶ ID., p. 209.

¹⁰⁷ La definizione è di MATTEI – MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Torino, 1997, p.13.

¹⁰⁸ La ricostruzione in SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, cit., p. 208 e ss., è corroborata da significativa giurisprudenza, all'interno della quale si ritiene opportuno segnalare Corte Giust. CE, *Algera et al c. Assemblea comune*, 12 luglio 1957, C-7/56:

«Circa la possibilità di una revoca di tali atti, trattasi di un problema di diritto amministrativo ben noto nella giurisprudenza e nella dottrina di tutti i paesi della Comunità ma per la cui soluzione il trattato non contiene alcuna norma giuridica. La corte, per non denegare giustizia, e pertanto tenuta a risolvere tale problema informandosi alle leggi, alla dottrina ed alla giurisprudenza dei Paesi membri.

Da un esame di diritto comparato risulta che nei sei stati membri un atto amministrativo creatore di diritti soggettivi non può, in linea di principio, venir revocato ove si tratti di atto legittimo; dato che in tal caso l'atto in parola fa sorgere un diritto soggettivo, la necessità di salvaguardare il principio della certezza del diritto deve prevalere sull'interesse che l'amministrazione potrebbe avere a revocare la decisione in parola. Cio' vale in specie per la nomina dei funzionari .

In realtà, non tutti gli autori sono convinti della suesposta ricostruzione. In particolare, vi è chi afferma che la Corte di Lussemburgo prediliga la sola interpretazione autonoma invece che quella ricavata dalla comparazione¹⁰⁹. Il problema resta, in ogni caso, l'ostilità degli Stati membri ad adottare norme di traduzione e ricerca di valori comuni¹¹⁰.

Quando l'atto amministrativo è invece illegale, il diritto oggettivo di tutti gli Stati membri ammette la possibilità della revoca. L'assenza di base legale oggettiva nell'atto amministrativo incide sul diritto soggettivo dell'interessato e giustifica la revoca dell'atto. Va posto in rilievo che se tale principio è generalmente ammesso, le modalità della sua applicazione variano.

In diritto francese si richiede che l'atto illegale sia revocato prima della scadenza del termine previsto per l'impugnazione in sede giurisdizionale e, qualora sia stato presentato ricorso, prima dell'emanazione della sentenza; il diritto belga, quello lussemburghese e quello olandese sembrano seguire, tolte lievi varianti, analoghi criteri.

Il diritto tedesco non prevede invero alcun termine per l'esercizio del diritto di revoca, salvo nei casi in cui esso sia previsto da una speciale norma. Così la legge federale sul pubblico impiego nel suo art. 13 ammette la revoca della nomina solo nel termine di sei mesi. Tuttavia è generalmente ammesso che il principio del rispetto della buona fede (Treu und glauben) s'opponesse ad una revoca indebitamente tardiva, cioè che abbia luogo ad una data di molto posteriore a quella in cui la revoca avrebbe potuto venir fatta. La giurisprudenza e la dottrina si richiamano in proposito anche alla nozione della rinuncia (Verzicht) e della preclusione (Verwirkung) del diritto di revoca.

Il diritto italiano è particolarmente preciso in materia. Ogni atto amministrativo viziato da incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere può venir annullato ex tunc dall'amministrazione che l'ha emanato, senza pregiudizio dei diritti soggettivi che esso può aver fatto sorgere. Tale revoca può essere pronunciata in qualsiasi momento; nessun termine per l'esercizio del diritto di revoca è dunque previsto. Tuttavia, secondo la dottrina e la giurisprudenza, una revoca intervenuta con indebito ritardo può configurare un caso di eccesso di potere; e inopportuno annullare fatti avvenuti da lunga data, anche se contrari alla legge, a meno che gravi ragioni di pubblico interesse esigano la revoca.

La revocabilità di un atto amministrativo illegale è dunque ammessa in tutti gli Stati membri.

la Corte si associa alle conclusioni dell'avvocato generale ed accoglie il principio della revocabilità degli atti amministrativi illegali, almeno entro un limite di tempo ragionevole quale è stato osservato con le decisioni impugnate».

¹⁰⁹ PESCATORE, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, a des normes déduites de la comparaison de droits des États membres*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1980, p. 343, citato da SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, cit., p. 212, il quale ribatte affermando che «osservando le decisioni sul tema ci si avvede di come l'interpretazione del primo tipo sia tributaria di quella del secondo tipo: come in altre parole esse siano due aspetti di una operazione ermeneutica che ruota attorno al menzionato tema della individuazione di modelli». Sul punto anche CRAIG – DE BURCA, *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford, 2003, p. 337.

¹¹⁰ RUGGIU, voce *Comparazione (dir. cost.)*, cit., p. 1058: «In un contesto in cui la comparazione tende a divenire fonte del diritto, il suo futuro si gioca anche su quanto lo «Stato costituzionale cooperativo» è disposto a cedere e quanto a gelosamente custodire della propria identità costituzionale».

2.3.1. (segue) La Corte creativa e comparativa: il principio di proporzionalità ed il suo ingresso negli ordinamenti europeo e degli Stati membri.

L'intero fenomeno della comparazione giuridica e della dottrina della Corte di Giustizia appare molto complesso da analizzare. È noto, infatti, che molti istituti del diritto comunitario siano nati da modelli nazionali e si siano poi resi indipendenti dai propri archetipi¹¹¹.

Per analizzare detto fenomeno appare più semplice ed utile partire da un caso concreto, in cui un principio è entrato da un altro ordinamento all'interno dell'Unione, è stato trasformato e, successivamente, è divenuto vincolante per Stati membri: si tratta del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa¹¹².

Il principio di proporzionalità nasce nell'ordinamento tedesco¹¹³: il primo utilizzo in ambito giuridico si deve a Von Berg, il quale vi fece un espresso riferimento con riguardo alle limitazioni del potere che derivano dalla relazione tra lo scopo dell'intervento statale lesivo e la misura dello stesso¹¹⁴. La prima applicazione giurisprudenziale si deve, invece, oltre un

¹¹¹ SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, cit., p. 209.

Sulla affermazione di nuovi principi per via giurisprudenziale si veda anche CARBONE, *Il ruolo della giurisprudenza comunitaria nell'integrazione europea*, cit., p. 4.

¹¹² Sul principio di proporzionalità, in generale e all'interno della vasta letteratura, si vedano CORSO – MASSERA – SPASIANO – DELLA CANANEA – GALETTA – GIGANTE – MARCHETTI – GOLA – DI PACE – MARZUOLI, sub art.1, l. 241/1990, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, pp. 111 e ss.; COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e analisi sistematica*, Torino, 2011; GALETTA, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, GDA, 2006, p. 1106; ID., *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo nazionale*, in *Foro amm. TAR*, 2007, p. 603; ID., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; SANDULLI, *La proporzionalità amministrativa*, Padova, 1998; VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008.

Sul principio di proporzionalità creato dalla Corte di Giustizia si veda, nello specifico, GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 837 ss.

Bisogna, inoltre, tenere distinti i principi di proporzionalità e di sussidiarietà, anch'esso di matrice (nel senso che si descriverà nel paragrafo) giurisprudenziale. Più precisamente, mentre il principio di sussidiarietà regola il rapporto il riparto di competenze tra Unione e Stati, il principio di proporzionalità funge da regolatore di intensità dell'intervento dei due ordinamenti. Sul punto cfr. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, p. 78.

¹¹³ Per un approfondimento del principio di proporzionalità nel diritto tedesco si veda BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012, pp. 17 e ss. L'Autrice, peraltro, offre un interessante resoconto in merito alla proporzionalità ed agli accordi in ambito comunitario.

¹¹⁴ CORSO – MASSERA – SPASIANO – DELLA CANANEA – GALETTA – GIGANTE – MARCHETTI – GOLA – DI PACE – MARZUOLI, sub art.1, l. 241/1990, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 112.

In dottrina vi è, tuttavia, una corrente che afferma che il principio in questione abbia origini nel nostro ordinamento. Detta corrente è introdotta da FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, Torino, 2012, la quale intravede l'ideazione del principio di

secolo dopo, alla sentenza *Kreuzberg*¹¹⁵, dalla quale le corti tedesche hanno iniziato a delineare il principio ed a elevarlo a elemento fondamentale dell'ordinamento giuridico tedesco¹¹⁶.

Il principio di proporzionalità nell'ordinamento sassone si basa, in estrema sintesi, su tre componenti¹¹⁷: l'idoneità del mezzo a raggiungere un determinato scopo; la necessità del mezzo, sinonimo essenzialmente di unicità o mancanza di altri mezzi per raggiungere il determinato obiettivo; la sua proporzionalità in senso stretto, cioè che non risulti sproporzione tra mezzo e risultato.

L'elaborazione dei tre distinti elementi ha avuto pregnanti riflessi sul sindacato giurisdizionale. Più specificamente, al giudice veniva richiesto di dare una puntuale e ed estensivo sindacato all'organo giudiziario anche sul merito dell'atto amministrativo, al fine di valutare se fosse stato violato il principio di proporzionalità¹¹⁸.

La Corte di Giustizia ha presto accolto nella propria giurisprudenza il principio di proporzionalità¹¹⁹ utilizzando il già spiegato metodo della

proporzionalità in uno scritto del 1814 del giurista Gian Domenico Romagnosi (*Principii di diritto amministrativo onde tesserne e istituzioni*, capo III del libro I), il quale afferma che la "ragion pubblica naturale" si fonda su tre principi: garantire la par condicio tra i privati, il *naeminem laedere* e "far prevalere la cosa pubblica entro i limiti della vera necessità". Proprio in quest'ultima espressione di Romagnosi l'Autrice vede la base per il principio di proporzionalità, che Lei stessa ammette essere poi abbandonato dalla dottrina italiana, fino a Benvenuti.

¹¹⁵ Citata da ID., sub art.1, l. 241/1990, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 112.

¹¹⁶ Sul punto GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., p. 11.

¹¹⁷ *Amplius* CORSO – MASSERA – SPASIANO – DELLA CANANEA – GALETTA – GIGANTE – MARCHETTI – GOLA – DI PACE – MARZUOLI, sub art.1, l. 241/1990, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 112.

¹¹⁸ LEISNER, *Der Abwägungsstaat.: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit*, Berlino, 1997, p. 19, citato da CORSO – MASSERA – SPASIANO – DELLA CANANEA – GALETTA – GIGANTE – MARCHETTI – GOLA – DI PACE – MARZUOLI, sub art.1, l. 241/1990, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 114, descrive più ampiamente l'avvicendamento di due tesi giurisprudenziali su punto. Una prima, più risalente e sviluppatasi prima dell'elaborazione del principio di proporzionalità da parte della Corte di Giustizia europea (su cui si veda *infra*), riteneva, come detto che il giudice dovesse valutare nel merito il provvedimento amministrativo. Una seconda tesi, più recente, considera il principio di proporzionalità come inerente al sindacato (classico) sulla discrezionalità amministrativa, la cui sindacabilità da parte del giudice risulterebbe limitata alle sole ipotesi di palese sproporzione tra mezzo e fine.

Giova sottolineare che quest'ultimo orientamento appare vincolato proprio dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che, come si spiegherà *infra*, vincola gli ordinamenti giudiziari ai principi elaborati. Pertanto, può ritenersi originale interpretazione dei giudici tedeschi soltanto la prima delle interpretazioni proposte.

¹¹⁹ Più precisamente, la Corte accoglie detto principio una delle prime volte con la sentenza Corte di Giustizia, 29 novembre 1956, *Federation Charbonniere Belgique c. Alta Autorità della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio*, C-8/55, affermando che l'Alta Autorità "abbia il potere di fissare i prezzi. Bisogna tuttavia riconoscere che l'ampiezza di questo potere è limitata al solo obiettivo di garantire a tutti i consumatori di carbone belga un ribasso del prezzo di tale carbone sin dall'inizio del periodo transitorio e nei limiti prescritti dal paragrafo 26 della Convenzione".

comparazione giuridica¹²⁰. Tuttavia, a differenza della mera utilizzazione del principio, ne ha tratto una nuova e diversa interpretazione, cambiandone, per certi aspetti la natura.

In primo luogo, i tre elementi di sindacato giurisdizionale teorizzati dalla giurisprudenza tedesca non sono accolti dalla Corte di giustizia, la quale fonda il proprio sindacato sulle sole idoneità e necessità¹²¹ della misura¹²².

Mentre la sentenza citata si occupa dell'applicazione del principio in questione alle istituzioni europee (nel significato ampio della locuzione), con riferimento all'applicazione del detto principio agli organi degli Stati membri una celebre applicazione è riconoscibile nella sentenza *Cassis de Dijon* (Corte Giustizia, 20 febbraio 1979, C-120/78), nella quale la Corte fa uso del sindacato di necessità della misura: "non si può (...) arrivare fino a considerare la fissazione imperativa del contenuto minimo di alcol come una garanzia sostanziale della lealtà dei negozi commerciali, dal momento che è facile garantire l'adeguata informazione dell'acquirente rendendo obbligatoria l'indicazione della provenienza e della gradazione alcolica sull'imballo dei prodotti". Entrambe le sentenze sono consultabili su www.curia.eu. Si veda anche CORSO – MASSERA – SPASIANO – DELLA CANANEA – GALETTA – GIGANTE – MARCHETTI – GOLA – DI PACE – MARZUOLI, sub art.1, l. 241/1990, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 119.

¹²⁰ Sul quale si veda *supra*.

¹²¹ In giurisprudenza si vedano: Corte Giustizia, 12 luglio 2001, *Jippes c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, C-189/01, nella quale si legge "*In via preliminare, occorre ricordare che il legislatore comunitario dispone in materia di politica agricola comune di un ampio potere discrezionale (...). Conseguentemente, il controllo giurisdizionale deve limitarsi ad accertare che il provvedimento di cui trattasi non sia viziato da errore manifesto o da sviamento di potere ovvero che l'autorità in questione non abbia manifestamente ecceduto i limiti del suo potere discrezionale (v., in tal senso, sentenza 13 novembre 1990, causa C-331/88, Fedesa e a., Racc. pag. I-4023, punti 8 e 14). Per quanto riguarda il controllo di proporzionalità, occorre ricordare che il principio di proporzionalità, che fa parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, esige che gli atti delle istituzioni comunitarie non eccedano i limiti di ciò che è idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti dalla normativa di cui trattasi, (...)* (sentenze *Fedesa e a.*, citata, punto 13, e 5 ottobre 1994, cause riunite C-133/93, C-300/93 e C-362/93, *Crispoltoni e a.*, Racc. pag. I-4863, punto 41).

Per quanto riguarda il controllo giurisdizionale delle condizioni di attuazione di un siffatto principio, considerato l'ampio potere discrezionale di cui dispone il legislatore comunitario in materia di politica agricola comune, solo il carattere manifestamente inidoneo di un provvedimento adottato in tale ambito, in relazione allo scopo che l'istituzione competente intende perseguire, può inficiare la legittimità di tale provvedimento (v. sentenze citate Fedesa e a., punto 14, e Crispoltoni e a., punto 42).

Così, non si tratta di sapere se il provvedimento adottato dal legislatore fosse il solo o il migliore possibile, ma se esso fosse manifestamente inidoneo.

Si deve inoltre ricordare che la validità di un atto comunitario non può dipendere da valutazioni retrospettive riguardanti i suoi risultati. Quando il legislatore comunitario deve valutare, nell'emanare una normativa, i suoi effetti futuri e questi non possono essere previsti con certezza, la sua valutazione può essere oggetto di censura solo qualora appaia manifestamente erronea alla luce degli elementi di cui disponeva al momento dell'adozione della normativa stessa (v., in tal senso, sentenze Crispoltoni, citata, punto 43, e sentenza 19 novembre 1998, causa C-150/94, Regno Unito/Consiglio, Racc. pag. I-7235, punto 49)" (il sottolineato è nostro); Corte Giustizia, 7 settembre 2006, Regno di Spagna c. Consiglio dell'Unione Europea, C-310/04, che, in merito all'onere della prova dell'autorità emanante il provvedimento afferma: "un simile controllo giurisdizionale, anche se ha portata limitata, richiede che le istituzioni comunitarie, da cui promana l'atto in causa, siano in grado di dimostrare dinanzi alla Corte che l'atto è stato adottato attraverso un esercizio effettivo del loro potere discrezionale, che presuppone la valutazione di tutti gli elementi e di tutte le circostanze rilevanti della situazione che tale atto era inteso a disciplinare.

In secondo luogo, e conseguentemente, raramente l'atto impugnato è stato ritenuto palesemente inidoneo o non necessario, pertanto è stato, altresì, raramente annullato¹²³.

La dottrina, in merito alle suddette modalità di giudizio, si è divisa. Parte di essa ha criticato l'ossequiosità dei giudici europei, soprattutto con riferimento agli atti emanati dagli organi europei¹²⁴.

Altra parte, al contrario, ha rilevato come la Corte di giustizia si trovi spesso a sindacare misure adottate in contesti di elevata complessità tecnica e rispetto al quale vi è un ampio margine di imprevedibilità dei risultati. Per questo, il sindacato giurisdizionale europeo non potrà fungere da verifica della legittimità di un'azione *ex post* sulla base di elementi che *ex ante* (cioè quando il legislatore o l'organo ha emanato l'atto) non erano conoscibili¹²⁵.

Una terza parte di studiosi, ancora, riconduce il diverso sindacato alla differenza di sistema giurisdizionale tedesco, prettamente soggettivo, ed UE, basato, al contrario su una visione oggettiva degli interessi in gioco e senza attribuire un peso determinante al sacrificio imposto al singolo¹²⁶.

In ogni caso, proprio l'evoluzione del principio di proporzionalità attraverso la giurisprudenza della Corte EU, a parere di chi scrive, spiega al meglio l'attività creativa della Corte. Riassumendo, dunque, a fini chiarificatori, l'attività creatrice parte comunque da un elemento, interno o internazionale, al quale si applica il metodo della comparazione giuridica¹²⁷. L'ingresso del

Ne deriva che le dette istituzioni devono, almeno, poter produrre ed esporre in modo chiaro e inequivocabile i dati di base che hanno dovuto essere presi in considerazione per fondare le misure controverse dell'atto in causa e dai quali dipendeva l'esercizio del loro potere discrezionale"; Corte Giustizia, 14 maggio 2009, Azienda Agricola Disarò, C-34/08; Corte Giustizia, 4 giugno 2009, Aklagaren, C-142/05.

¹²² Si tratta spesso o di una provvedimento legislativa o amministrativo, proveniente da organi dell'Unione oppure degli Stati membri, oppure di misure sanzionatorie: cfr. CORSO – MASSERA – SPASIANO – DELLA CANANEA – GALETTA – GIGANTE – MARCHETTI – GOLA – DI PACE – MARZUOLI, sub art.1, l. 241/1990, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 116.

¹²³ ID., p. 117.

¹²⁴ KISCHEL, *Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshof*, EuR, 2000, 30 ss, citato da CORSO – MASSERA – SPASIANO – DELLA CANANEA – GALETTA – GIGANTE – MARCHETTI – GOLA – DI PACE – MARZUOLI, sub art.1, l. 241/1990, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 117.

¹²⁵ GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., p. 16.

¹²⁶ EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law*, London, 1996, p. 171.

¹²⁷ Giova, tuttavia, precisare che non sempre l'elemento interno fondante l'evoluzione giurisprudenziale della Corte è un principio interno. Può essere, infatti, privo di positivizzazione ma, comunque, può essere una specifica esperienza nazionale. In questo caso l'elaborazione creativa della Corte è particolarmente inciso. Si pensi, ad esempio, al principio del legittimo affidamento, che costituisce una realtà consolidata nell'ordinamento europeo, dove si è sviluppato pur non avendo alcuna base nei principi comuni degli Stati membri, né essendo positivizzato in alcuno di loro. Sul punto si veda CORSO – MASSERA – SPASIANO – DELLA CANANEA – GALETTA – GIGANTE – MARCHETTI – GOLA – DI PACE – MARZUOLI, sub art.1, l. 241/1990, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 133; GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del*

nuovo principio nell'ordinamento europeo, però, non può essere privo di effetti sulla propria natura, anche dovuti alla diversità dell'ordinamento di arrivo rispetto a quello di origine. Pertanto, in questi termini, l'opera giurisprudenziale della Corte è davvero creatrice, di una creatività “di servizio” del proprio ordinamento.

2.3.2. (segue) *Feedback e spill-over*: il principio torna cambiato nell'ordinamento di origine e degli altri Stati membri.

Data la vincolatività delle sentenze di principio della Corte di Giustizia, il modificato principio entra nuovamente nell'ordinamento di origine e fa il suo primo ingresso anche negli ordinamenti degli altri Stati membri¹²⁸.

Se si volesse proseguire idealmente il percorso segnato per il principio di proporzionalità, occorre osservare cosa è successo al suddetto principio all'interno della giurisprudenza tedesca.

Come già accennato, il maggiore cambiamento rispetto al periodo antecedente all'elaborazione del principio da parte della Corte di Giustizia risiede nell'ambito del sindacato giurisdizionale. Più precisamente, si è passati da un sindacato sulla proporzionalità a “tre gradini”¹²⁹ ad un sindacato “classico” sulla discrezionalità amministrativa, la cui sindacabilità appare limitata alle sole ipotesi di sproporzione palese ed estrema tra mezzo e fine¹³⁰.

Gova chiedersi se il proprio ordinamento non possa mantenere la propria posizione giurisprudenziale rispetto ad un suo principio originario. In realtà, la vincolatività della giurisprudenza di principio della Corte europea sui giudici nazionali non opera distinzioni all'interno degli Stati membri. Pertanto, nello Stato d'origine il sindacato dovrà essere applicato come definito dalla Corte di Giustizia.

diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata, in *Dir. amm.*, 2008, p. 761.

¹²⁸ L'effetto *feedback* si realizza qualora il principio giuridico rientra nell'ordinamento di origine attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia. L'effetto *spill-over*, invece, si realizza quando un principio elaborato dagli organi giurisdizionali europei si estende, per un meccanismo di progressiva osmosi, anche a fattispecie non aventi rilevanza comunitaria o, comunque, non ricadenti nelle competenze europee. Sul punto si veda CORSO – MASSERA – SPASIANO – DELLA CANANEA – GALETTA – GIGANTE – MARCHETTI – GOLA – DI PACE – MARZUOLI, sub art.1, l. 241/1990, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 123, e dottrina ivi citata. Con specifico riferimento all'effetto *spill-over* GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario ed il suo effetto di “spill over” sugli ordinamenti nazionali*, in *N. Aut.*, 2005, p. 551 e ss.

¹²⁹ Cfr. *supra*, par. 2.3.1.

¹³⁰ In tedesco *offenbar krasses Mißverhältnis*: sul punto CORSO – MASSERA – SPASIANO – DELLA CANANEA – GALETTA – GIGANTE – MARCHETTI – GOLA – DI PACE – MARZUOLI, sub art.1, l. 241/1990, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 113.

Diverso può essere il ragionamento per l'effetto *spill-over*, per il quale il dettato giurisprudenziale europeo si estende anche a materie non aventi rilevanza comunitaria. In questo caso, infatti, la Corte di Giustizia non potrebbe imporre la vincolatività del principio. I giudici interni, dal canto loro, tengono alla autonomia rispetto alle influenze comunitarie¹³¹.

2.3.3. Feedback e autotutela decisoria (rinvio).

Come detto, a causa dell'effetto *feedback* un principio originario di un determinato ordinamento può rientrarvi modificato dalla Corte di Giustizia. Si pone, tuttavia, il problema di comprendere se le modifiche apportate dalla Corte possano avere effetti relativi alla validità degli atti emanati all'interno dell'ordinamento originario.

Con riferimento alle sentenze, è probabile che il giudicato possa escludere una revocabilità della sentenza. I procedimenti in corso, al contrario, subiranno una influenza vincolante dei principi comunitariamente elaborati.

Con riferimento, invece agli atti amministrativi, ci si può chiedere se si possa configurare una eventuale invalidità sopravvenuta, con obbligo di intervenire mediante autotutela decisoria. Il problema, tuttavia, attiene più propriamente a quest'ultimo istituto. Pertanto, si rimanda alla successiva trattazione in merito.

3. L'influenza della Corte di Giustizia sull'attività amministrativa nazionale.

L'influenza della Corte di Giustizia non è soltanto giurisdizionale nei termini sopra descritti. Avendo, infatti, le sue pronunce forza di norma, anche le Amministrazioni sono tenute a rispettarle ed applicarle.

Parte della dottrina ha parlato di ingresso dell'Amministrazione nel network della nomofilachia della Corte di Giustizia per definire l'influsso

¹³¹ Celebre è il caso dei giudici britannici, i quali consolidarono una iniziale resistenza ad oltranza relativamente all'ingresso del principio di proporzionalità all'interno dell'ordinamento nazionale. Nonostante, infatti, autorevoli sollecitazioni da parte della dottrina, per lungo tempo i giudici britannici si rifiutarono di applicare il principio di proporzionalità ai casi interni, eccezion fatta per i casi di diretta pertinenza comunitaria. Sul punto GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario ed il suo effetto di "spill over" sugli ordinamenti nazionali*, cit., p. 554; HOFFMAN, *The Influence of European Principle of Proportionality upon UK Law*, in ELLIS (edited by), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999, p. 114.

In tema di estensione del principio di proporzionalità anche al tipo di sentenza emanabile dal giudice (con particolare riferimento alla sentenza conformativa di annullamento nel caso sia trascorso un notevole lasso di tempo dalla proposizione del ricorso si veda Cons. Stato, A.P. 13 aprile 2015, n. 4.

giurisprudenziale comunitario nell'ambito del procedimento amministrativo¹³². Altri autori, differentemente, puntano la loro attenzione sul fatto che l'Unione Europea sia essenzialmente una comunità di diritto amministrativo¹³³.

In ogni caso, tutte le Amministrazioni interne, statali regionali e locali, sono tenute a disapplicare le norme legislative ed i provvedimenti amministrativi nazionali in contrasto con il diritto comunitario direttamente applicabile. Nell'ambito del diritto direttamente applicabile deve ritenersi inseribile anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia. Detta vincolatività deriverebbe dal principio di leale collaborazione¹³⁴.

La stessa Corte, al riguardo, ha spesso ribadito che il principio di leale collaborazione riguarda non soltanto i giudici ma anche le Amministrazioni nazionali¹³⁵.

Non solo. L'Amministrazione si porrebbe anche come nodo di chiusura della rete nomofilattica creata dalla Corte di Giustizia, attivo qualora vi sia *non compliance* da parte del giudice nazionale¹³⁶.

Non sono certo mancate anche critiche per questo modalità di influenza delle Amministrazioni nazionali. Nello specifico, parte della dottrina ha sottolineato che se appare facile riscontrare la vincolatività delle pronunce nel caso in cui statuiscano principi chiari e precisi, laddove detta chiarezza manchi l'autonomia procedurale degli Stati membri non appare influenzata¹³⁷. Si approfondirà il tema nel successivo capitolo. Per ora, basti

¹³² BARONE, *The European «nomofilachia» network*, cit., p. 351.

¹³³ CHITI, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 301. Nello specifico, l'Autore (anche in *Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, 2004, pp. 176 e 413) afferma che la centralità della funzione amministrativa si esplica attraverso vari modelli di integrazione amministrativa europea: l'esecuzione indiretta, la coamministrazione e l'integrazione decentrata. La prima si basa sul principio di leale cooperazione e importa l'obbligo per le amministrazioni nazionali di adottare tutte le misure amministrative necessarie per consentire l'applicazione della normativa comunitaria. La coamministrazione, al contrario, si basa sulla attribuzione della titolarità su due distinti livelli, comunitario e nazionale, che risultano collegati. L'integrazione decentrata, da ultimo, si basa sulla istituzione di Agenzie e dalla distribuzione di attribuzioni concernenti una determinata funzione comunità tra una pluralità di uffici nazionali ed europei.

Sul punto si veda anche BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., p. 40.

¹³⁴ Sul principio di leale collaborazione nell'ambito europeo si veda, in generale, GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, pp. 1 e ss.

¹³⁵ BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., p. 41. L'Autore fa notare come l'esperienza attuale sia un «elemento di novità rispetto alla meno recente esperienza nazionale, per oltre un secolo connotata dalla rigida equazione unità politica – uniformità legislativa e amministrativa, con la contestuale emarginazione del contributo del giudice. Da questo punto di vista, il binomio inscindibile tra giustizia comunitaria e funzioni interne, amministrativa e giurisdizionale, è accompagnato, su piano nazionale, dalla crescita del ruolo di vantaggio del ruolo di tali funzioni a svantaggio del tradizionale primato della legislazione statale».

¹³⁶ BARONE, *The European «nomofilachia» network*, cit., p. 351.

¹³⁷ Cfr. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, cit., p. 5.

sottolineare che la vincolatività immeditata per il giudice non sempre è altrettanto delineata anche per l'amministrazione, in particolar modo nell'ambito di provvedimenti aventi vizi a rilevanza europea o a rilevanza nazionale.

3.1. Diritto amministrativo comunitario o amministrazioni nazionali che agiscono in modo uniforme?

La nomofilachia delle sentenze della Corte di Giustizia e l'influenza del ruolo uniformatore anche nell'ambito dell'attività amministrativa ha fatto interrogare la dottrina sulla nascita di un "diritto amministrativo comunitario".

Alcuni autori, in merito, parlano di "*common administrative law*", a voler indicare una vera e propria unicità nell'ambito della disciplina amministrativa dei vari Paesi europei¹³⁸.

Altra parte riconosce la formazione di un nucleo di principii condivisi, elaborati dalla giurisprudenza comunitaria e che influenzano fortemente l'operato degli enti pubblici nazionali¹³⁹.

Vi è poi un'altra parte che nega, se non il nucleo di principi, almeno la vincolatività tale da rendere il diritto amministrativo degli Stati membri del tutto uniforme¹⁴⁰. Come accennato precedentemente, infatti, secondo questi autori sarebbero vincolanti soltanto i principii chiari e precisi espressi dalla Corte di giustizia, mentre gli Stati manterrebbero la propria autonomia procedurale nel caso in cui l'interpretazione normativa della Corte non dovesse ritenersi univoca¹⁴¹.

La questione non appare certo vicina ad un'unica risposta, ma deve essere tenuta presente laddove si affronti un ragionamento relativo sia ai vizi a rilevanza comunitaria, sia al procedimento di autotutela decisoria intrapreso da un'Amministrazione nazionale. Giova, però, notare che anche il solo riferimento ad un procedimento separato di eliminazione dell'atto che sia in contrasto con una normativa europea sopravvenuta, come si vedrà, è

¹³⁸ AUBY – DUTHEIL DE LA ROCHERE (a cura di), *Droit Administratif européen*, Bruxelles, 2007 e SCHWARZE, *European Administrative Law*, Londra, 2006, citati da BARONE, *The European «nomofilachia» network*, cit., p. 351.

¹³⁹ BARONE, *The European «nomofilachia» network*, cit., p. 351.

¹⁴⁰ Cfr. CARINGELLA – PASTORE, *Manuale di diritto amministrativo – L'invalidità del provvedimento*, Roma, 2014, p. 191. Gli Autori sottolineano che «*Invero, le norme attributive del potere amministrativo sono norme di diritto nazionale e il diritto comunitario difficilmente vi interferisce, perché nell'ambito della Comunità non esiste ancora un generale modello di amministrazione integrata che stabilisca in sede sovranazionale la ripartizione delle competenze e delle potestà amministrative*».

¹⁴¹ GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, cit., p. 5.

maggiormente coerente con una visione separatista degli ordinamenti amministrativi.

Capitolo 2
**Corte di Giustizia e Amministrazione nazionale: poteri,
doveri ed autotutela decisoria.**

1. Amministrazione e giurisprudenza comunitaria.

Come delineato nel precedente capitolo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha sempre maggiormente assunto valore normativo. Detto valore non assume rilevanza soltanto nei confronti degli organi giudiziari, bensì spiega la sua azione anche nei confronti delle Amministrazioni nazionali.

Si è già accennato al fatto che la nomofilachia comunitaria non si tramuta in un mero sistema di precedente giudiziario vincolante, ma può essere raffigurato come una “rete a nodi”, comunicanti ed interferenti tra loro. Uno dei nodi di recepimento fondamentale è, appunto, la Pubblica Amministrazione nazionale¹⁴².

L'Amministrazione nazionale, dunque, viene investita da compiti delineati dalla giurisprudenza comunitaria, diventando parte attiva della comunità stessa. Ad essa vengono altresì attribuiti poteri che riguardano gli atti già emanati e gli atti da emanare, mediante sentenze pronunciate in giudizi in cui lo Stato è parte ma anche di principio al quale la P.A. deve adeguarsi positivamente.

Il rinnovato esercizio della funzione amministrativa si pone così, nell'ambito dell'eguale trattamento delle situazioni giuridiche soggettive, svolgendo, al contempo, un aiuto alla uniformità normativa, che è l'obbiettivo principale della Corte di Giustizia¹⁴³.

1.1. Autonomia procedurale delle Amministrazioni e influenza giurisprudenziale comunitaria: una voce critica.

Il principio di leale collaborazione e l'influenza comunitaria esercitata sulle amministrazioni nazionali, se da un lato, come detto, completa l'uniformizzazione ordinamentale europea, dall'altra priverebbe gli Stati membri della loro c.d. *autonomia procedurale*. È quanto sostenuto da parte della dottrina, il quale analizza detto procedimento da un punto di vista critico¹⁴⁴.

¹⁴² L'immagine scaturisce dalla lettura di BARONE, *The european «nomofilachia» network*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, pp. 351 e ss., ripreso dallo stesso Autore in *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008, p. 149, nel quale si afferma che le Amministrazioni nazionali «costituiscono “nodi” della rete stesa dal giudice del Lussemburgo per assicurare il rispetto della propria funzione di uniforme interpretazione del diritto comunitario. Le Amministrazioni nazionali si inseriscono nel network della nomofilachia comunitaria attraverso l'esercizio dei tradizionali poteri di autotutela decisoria». Quest'ultimo concetto verrà approfondito *infra*.

¹⁴³ BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., p. 152. Lo stesso Autore afferma che spesso il potere dell'autotutela decisoria delle Amministrazioni nazionali supplisce al grave problema della *non compliance* dei giudici interni.

¹⁴⁴ GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2014, p. 1 e ss.

L'autonomia procedurale è il potere di ogni Stato di delineare specifici poteri e procedure interni alla propria Amministrazione per recepire il diritto comunitario¹⁴⁵.

Al riguardo, la libertà degli Stati non è illimitata¹⁴⁶, dovendo rispondere, perlomeno, al criterio di equivalenza di tutela dei cittadini in tutta l'Unione ed al principio di effettività del recepimento¹⁴⁷.

La dottrina citata, tuttavia, asserisce che una cospicua giurisprudenza della Corte di giustizia abbia inciso su vari istituti procedurali e processuali degli Stati membri ben al di là dei canoni di equivalenza e di effettività, finendo per innovare istituti cardine degli ordinamenti nazionali¹⁴⁸.

In particolare, la Corte di Giustizia avrebbe, da un lato, snaturato il criterio dell'effettività, pretendendo non più soltanto che il diritto attribuito dalla norma europea non dovesse essere difficilmente realizzato, ma addirittura che le posizioni scaturenti disciplina europea ricevessero maggiore protezione rispetto a quelle derivanti dalla disciplina nazionale¹⁴⁹. Dall'altro

¹⁴⁵ Il concetto di autonomia procedurale è da attribuire a SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2009, citato dallo stesso GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, cit., p. 1, il quale aggiunge che «l'autonomia procedurale (amministrativa e processuale) degli Stati membri scaturisce (malheureusement) dal principio delle competenze di attribuzione. Che a sua volta è risultata notevolmente rafforzata dopo il Trattato di Lisbona, con la duplice precisazione che "qualsiasi competenza non attribuita all'Unione dai Trattati appartiene agli Stati membri (art. 4, par. 1, e art. 5, par. 2, del T.U.E.)».

¹⁴⁶ La limitazione degli Stati membri in merito viene delineata dalla XIX Dichiarazione allegata al Trattato di Maastricht, la quale precisa che «la Conferenza – pur riconoscendo che spetta a ciascuno Stato membro stabilire quale sia il modo migliore di applicare le disposizioni del diritto comunitario, tenuto conto delle istituzioni, del sistema giuridico e delle altre condizioni che gli sono proprie, ma comunque nel rispetto dell'art. 189 del Trattato che istituisce la Comunità europea – reputa essenziale, per il buon funzionamento della Comunità, che le misure adottate nei vari Stati membri assicurino che il diritto comunitario sia in essi applicato con altrettanta efficacia e rigore del diritto nazionale».

¹⁴⁷ I criteri sono così sintetizzati da GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, cit., p. 2, nonché da Corte Giust. UE, 30 settembre 2010, causa C-314/09.

¹⁴⁸ GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, cit., p. 2. L'Autore sottolinea che «Tutto ciò è avvenuto sia in materie già oggetto di una disciplina di armonizzazione, sia in materie totalmente prive di disciplina europea per quello che concerne le procedure amministrative (...). Un esempio del primo caso è fornito da una ancor recente sentenza, in cui la Corte si è posta la questione se fosse compatibile con il sistema comunitario una disciplina nazionale in tema di illecito soggettivo. In particolare, una disciplina nazionale che, in materia di illegittime procedure di gara d'appalto, richiedeva ai fini del risarcimento del danno, l'elemento della colpevolezza della stazione appaltante», riferendosi alla già citata Corte Giust. UE, 30 settembre 2010, causa C-314/09. In questo caso, la Corte ha affermato che il silenzio sul punto della Direttiva di armonizzazione 89/665/CEE doveva essere interpretato sulla base del principio di sussidiarietà e che, pertanto, pur non incidendo negativamente sulla autonomia procedimentale degli Stati membri, sarebbe stata contraria all'ordinamento comunitario qualsiasi disciplina che sottoponesse l'esistenza dell'illecito ad una prova della colpevolezza della stazione appaltante.

¹⁴⁹ Si veda MEDHI, *L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif*, in AUBY – DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Droit Administratif Européen*, Bruxelles, 2007, p. 705, citato da GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, cit., nota 39, il quale afferma che l'ingerenza della Corte di Giustizia mira a sottomettere l'autonomia

lato, la stessa Corte avrebbe giustificato la disapplicazione della normativa nazionale contrastante con quella europea¹⁵⁰.

Come accennato, si tratta di una dottrina minoritaria. Alcuni autori, peraltro, obiettano che fermarsi ai rigidi standards comunitari già delineati non rappresenta un criterio giuridico, bensì un mero auspicio di opportunità politica¹⁵¹.

Un preliminare ragionamento sulla autonomia procedurale non deve sembrare fuori luogo poiché, come si vedrà infra, la stessa è strettamente collegata con l'autonoma classificazione dell'atto anticomunitario nella figura della nullità o dell'annullabilità, con ripercussioni anche sul successivo esercizio dei poteri di autotutela¹⁵².

1.1.1. Autonomia procedurale e funzioni pubbliche (rinvio).

L'autonomia procedurale degli Stati membri, nel senso sopra descritto, rende necessaria un'analisi sulla coesistenza tra il ruolo nomofilattico della giurisprudenza comunitaria e l'esercizio dei poteri pubblici da parte degli ordinamenti interni.

In particolare, ci si deve chiedere se l'influsso della Corte di Giustizia sia soltanto esterno, da filtrare attraverso i poteri pubblici esistenti in ogni Stato membro, oppure se esso stesso influenzi direttamente le scelte degli ordinamenti interni. A questo punto, dunque, deve analizzarsi se la giurisprudenza europea assurga al rango di funzione interna.

La risposte ai suddetti di quesiti non è immediata e necessita una disamina delle modalità di influenza sugli ordinamenti interni da parte della Corte di Giustizia.

La stessa disamina verrà effettuata nel presente capitolo, mentre si rimanda al capitolo terzo per l'inquadramento o meno della giurisprudenza comunitaria nell'ambito delle funzioni interne.

istituzionale e procedurale degli Stati a degli standard comunitari più esigenti. Sul punto anche GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, p. 505 e ss.

¹⁵⁰ Si sottolinea che sono casi per il quale è giustificabile la sottoposizione dello Stato ad una procedura di infrazione, ma non anche la suddetta disapplicazione. Si vedano ZILLER, *Diritto delle politiche e delle Istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, 2013, p. 270 e GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, cit., nota 30.

¹⁵¹ GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise lost?*, Torino, 2009, p. 30, secondo la quale l'autonomia procedurale degli Stati membri può portare ad asimmetrie, in un contesto in cui l'obbiettivo principale è il primato del diritto comunitario e la sua applicazione uniforme.

¹⁵² Della questione si tratterà specificamente nel par. 2.1., alle cui citazioni di dottrina e giurisprudenza ci si riferisce interamente. Per ora, basti la lettura di MASSARI, *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2014, par. 4.

2. L'atto amministrativo contrario alla giurisprudenza comunitaria.

Una grande parte dell'influenza della giurisprudenza comunitaria nell'Amministrazione riguarda i poteri rispetto agli atti amministrativi non conformi all'ordinamento europeo.

Occorre chiedersi se lo stesso ragionamento può essere effettuato per gli atti amministrativi¹⁵³ contrastanti con una sentenza della Corte di Giustizia e per gli atti contrari a normativa comunitaria¹⁵⁴. O, meglio, se per atto (interno) antieuropeo possa intendersi un atto che violi, indifferentemente, norme o sentenze dell'ordinamento europeo.

In realtà, non vi è una posizione chiara degli studiosi sul punto, o, meglio, la posizione della dottrina appare, talvolta, fin troppo esplicita, tanto da considerare alcuni aspetti impliciti.

Più precisamente, è da tempo acquisito che le sentenze della Corte di Giustizia debbano essere considerate fonte del diritto comunitario¹⁵⁵.

¹⁵³ Sulla qualificazione dell'atto amministrativo, in generale, si veda LOLLI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studi sulla qualificazione giuridica*, Milano, 2000.

¹⁵⁴ Con quest'ultima locuzione ci si riferisce, ovviamente, a provvedimenti contrastanti con norme dell'ordinamento europeo direttamente applicabili, dato che qualora l'atto contrasti con una normativa nazionale di recepimento, il problema è di contrasto del tutto interno.

¹⁵⁵ L'opinione è ormai acquisita in dottrina ed in giurisprudenza. Per quanto riguarda la prima, viene espressa molto chiaramente da DE LUCA, *Diritti di lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2013, 6, 940, il quale afferma che sarebbero parificabili alle norme dei Trattati.

Con riferimento alla giurisprudenza, si vedano Corte Giust. UE, 13 maggio 1981, causa C-66/80, *Spa International Chemical Corporation c. Amministrazione delle finanze dello Stato*: «L'art. 177 (oggi 267 T.F.U.E., n.d.r.) del Trattato dispone che la Corte è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione del Trattato nonché sulla validità e sull'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni della Comunità e cioè, fra l'altro, dei regolamenti sia del Consiglio che della Commissione. Lo stesso articolo aggiunge, al secondo e al terzo comma, che i giudici nazionali possono o devono, a seconda dei casi, sottoporre alla Corte tali questioni quando una decisione su questo punto sia loro necessaria ai fini dell'emananda sentenza.

La portata delle sentenze emesse a questo titolo dev'essere valutata alla luce degli scopi dell'art. 177 e del posto ch'esso occupa nel sistema complessivo di tutela giurisdizionale istituito dai Trattati.

Le competenze attribuite alla Corte dall'art. 177 hanno essenzialmente lo scopo di garantire l'applicazione uniforme del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali. Quest'applicazione uniforme è necessaria non solo quando il giudice nazionale sia in presenza di una norma di diritto comunitario il cui senso e la cui portata abbiano bisogno di essere precisati, ma del pari quando esso si trovi di fronte ad una contestazione relativa alla validità di un atto delle istituzioni.

Qualora la Corte sia indotta, nell'ambito dell'art. 177, a dichiarare invalido un atto di un'istituzione, alle esigenze relative all'applicazione uniforme del diritto comunitario si aggiungono esigenze particolarmente imperiose di certezza del diritto. Risulta infatti dalla natura stessa di una siffatta declaratoria che i giudici nazionali non potrebbero applicare l'atto dichiarato invalido senza creare nuovamente gravi incertezze per quanto concerne il diritto comunitario da applicare.

Ne deriva che la sentenza della Corte che accerti, in forza dell'art. 177 del Trattato, l'invalidità di un atto di un'istituzione, in particolare di un regolamento del Consiglio o

Altresì acquisito è il convincimento che gli stessi principi espressi dalla giurisprudenza della Corte siano muniti di efficacia diretta, imponendosi all'osservanza dei poteri nazionali¹⁵⁶.

Assodate, dunque, le opinioni di vincolatività dal punto di vista formale e contenutistico della giurisprudenza comunitaria all'interno, in generale, del nostro ordinamento, deve, nello specifico, porsi l'attenzione sul conflitto tra atto amministrativo nazionale e l'elaborazione giurisprudenziale della Corte e sulla sua rilevanza in termini giuridici¹⁵⁷.

Sul punto autorevole dottrina afferma che l'incidenza dei principi giuridici espressi dalla giurisprudenza comunitaria non si arresti alla mera rilevanza, ma debba essere riconosciuta quale vera e propria efficacia giuridica, tanto che la mancata osservanza dei suddetti da parte di qualsiasi operatore vincolato dal diritto comunitario, costituisce inosservanza del diritto comunitario stesso¹⁵⁸. In altre parole, dunque, l'Amministrazione nazionale che non si conformi ai principi giurisprudenziali comunitari è inosservante allo stesso diritto comunitario. Pertanto, i principi giurisprudenziali sono essi stessi diritto comunitario.

Ed, ancora, la violazione dell'*acquis communautaire* ricomprende al proprio interno anche l'inosservanza dei principi¹⁵⁹.

Insomma, ecco che le sentenze della Corte di giustizia sono diritto comunitario, e hanno la sua stessa vincolatività soltanto nel caso in cui

della Commissione, sebbene abbia come diretto destinatario solo il giudice che si è rivolto alla Corte, costituisce per qualsiasi altro giudice un motivo sufficiente per considerare tale atto non valido ai fini di una decisione ch'esso debba emettere.

(...)

Nel caso contrario, i giudici nazionali sono pienamente legittimati a trarre, per la causa dinanzi ad essi instaurata, le debite conseguenze da una sentenza declaratoria d'invalidità emessa dalla Corte nell'ambito di una controversia tra altre parti.

Va peraltro osservato — come la Corte ha dichiarato nelle sentenze 19 ottobre 1977 (cause riunite 117/76 e 16/77, Ruckdeschel e Diamalt, e cause riunite 124/76 e 20/77, Moulins de Pont-à-Mousson e Providence agricole, Race. pagg. 1753 e 1795) — che il Consiglio o la Commissione, autori di regolamenti dichiarati invalidi, sono tenuti a trarre dalla sentenza della Corte le conseguenze ch'essa comporta.

In base alle considerazioni che precedono, e poiché il giudice nazionale, con la seconda questione, ha chiesto, come gli era lecito fare, se il regolamento n. 563/76 sia invalido, gli si deve rispondere che in effetti lo è per i motivi già esposti nelle sentenze 5 luglio 1977».

Gli stessi principi sono espressi in Corte Giust UE, 6 luglio 1995, causa C-62/93.

Anche la Corte di Cassazione ha attribuito il suddetto valore alle sentenze comunitarie. Infatti Cass. civ., SS.UU., 11 novembre 1997, n. 11131 che ha affermato che sono le stesse sentenze della Corte di giustizia a stabilire il proprio limite di applicazione, con efficacia *erga omnes* (al pari, dunque, delle leggi).

¹⁵⁶ PEPE, *Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Roma, 2012, p. 142.

¹⁵⁷ IDEM, p. 142.

¹⁵⁸ PICOZZA, *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1992, p. 1209.

¹⁵⁹ VALAGUZZA, *La teoria dei controlimiti nella giurisprudenza del Consiglio di Stato: la primauté del diritto nazionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 816, il quale ascrive detto vizio alla fattispecie della violazione di legge.

esprimano principi. O, ancor meglio, il loro contenuto di principio è vincolante, non anche la loro statuizione in termini generali.

All'inizio del paragrafo, si è detto che la dottrina lascia, in questo ambito spazi vuoti, quasi fossero impliciti o troppo ovvi per essere esplicitati. Ci si deve chiedere, tuttavia, se anche la pronuncia che non esprima nessun nuovo principio debba essere ritenuta vincolante per l'Amministrazione nazionale.

A parere di chi scrive la risposta potrebbe prudentemente essere positiva. Come già detto¹⁶⁰, la Corte di Giustizia svolge una funzione nomofilattica. Detta funzione interpretativa non viene svolta soltanto in favore dei giudici nazionali, ma di ogni organo dell'ordinamento che sia vincolato dal diritto europeo.

Non solo. La Corte interpreta le norme comunitarie ma non sempre creando nuovi principi ma, più semplicemente, offrendo una univoca lettura delle suddette norme. Non ritenere, dunque, vincolanti per le Amministrazioni le citate pronunce equivarrebbe ad escludere dal diritto comunitario una larga parte di normativa europea, talvolta la più significativa e di difficile applicazione.

2.1. Il regime di invalidità.

Bisogna ora soffermarsi sul regime dell'invalidità entro cui inserire l'atto contrastante con norme (e, appunto, sentenze) comunitarie.

La classificazione entro un regime, se è possibile, aiuterà, poi, a comprendere quali poteri possa esercitare l'Amministrazione nazionale nei confronti di quell'atto. Sebbene, infatti, a prima vista la questione pare riguardare solo il giudice che si occupa giudizialmente dell'atto, la definizione del regime di invalidità pone elementi rilevanti sia con riferimento alle conseguenze dell'eliminazione di quell'atto, sia del tempo entro il quale l'eliminazione possa essere compiuta.

La dottrina tradizionale ascriveva la definizione della suddetta invalidità alla concezione del rapporto tra ordinamenti comunitario ed interno¹⁶¹.

Più precisamente, l'accoglimento della teoria che vede ordinamento comunitario e statale integrati porta a ritenere che l'atto antieuropeo sia illegittimo per violazione di legge, dunque annullabile ex art. 21-octies, L. n. 241/1990¹⁶².

¹⁶⁰ Si veda il capitolo 1.

¹⁶¹ GAROFOLI, *Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme CE self-executing*, in *Urb. e app.*, 1997, p. 336.

¹⁶² MASSARI, *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, cit., p. 644, la quale sottolinea anche che «*Nell'ampia nozione di legge così tratteggiata, tuttavia, il diritto comunitario mantiene un perso specifico maggiore rispetto al diritto interno, al quale non può dunque essere semplicisticamente equiparato*». Al riguardo CHITI, *Diritto*

Viceversa, qualora si aderisca all'opinione che vede i due ordinamenti separati ed indipendenti, l'atto in questione dovrebbe ritenersi nullo. Infatti, le disposizioni promananti dall'Unione rimarrebbero separate dell'ordinamento italiano e non hanno la capacità di imporsi come diretto parametro di legittimità dell'azione amministrativa¹⁶³. Ma la norma attributiva del potere di provvedere, che si pone in mezzo ai due ordinamenti e che può essere vagliata dal parametro norma comunitaria, risulta confliggente con l'ordinamento comunitario e dovrà essere disapplicata, rendendo l'atto antieuropeo viziato per difetto assoluto di attribuzione¹⁶⁴.

Con il successivo affermarsi della visione monista¹⁶⁵ si è affermata come maggioritaria l'opinione che l'atto antieuropeo fosse da ritenere annullabile¹⁶⁶. La stessa lettera dell'art. 21^{septies}, peraltro, fa propendere proprio per quest'ultima opinione¹⁶⁷.

amministrativo europeo, Milano, 2011, p. 503 parla di «*plessi normativi con valore diseguale*».

¹⁶³ MASSARI, *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, cit., p. 644.

¹⁶⁴ Il ragionamento in questione viene affrontato da TAR Piemonte, 8 febbraio 1989, in *Foro it*, III, 1990, c. 203, con nota di TORCHIA. Nella detta pronuncia, il Collegio ha giudicato della legittimità di un provvedimento di esclusione da una procedura di gara emanato nel rispetto della legge italiana, ma contrastante con una direttiva europea *self-executing*.

¹⁶⁵ Per un *excursus* breve ma completo delle sentenze della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale in merito ai rapporti e prevalenza dell'ordinamento comunitario ed interno si veda GAROFOLI, *Diritto amministrativo e diritto dell'Unione Europea*, in *Le lezioni*, Roma-Molfetta, 2012, pp. 33 e ss.

¹⁶⁶ La prima sentenza a sgombrare il campo da dubbi è stata Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35: «*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 (...)*».

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.

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.

Il regime ed i problemi ad esso correlati non rappresentano un mero capriccio definitorio¹⁶⁸ ma stabiliscono precise conseguenze, soprattutto processuali.

La principale conseguenza riguarda il termine di decadenza a cui è sottoposta l'impugnazione dell'atto. Detta conseguenza è stata sottoposta al vaglio della Corte di giustizia, la quale l'ha ritenuta compatibile con il sistema comunitario¹⁶⁹.

Tale conclusione risulta, peraltro, avvalorata e confermata dalla previsione contenuta nel disegno di legge recante modifiche e integrazioni della L. 7 agosto 1990, n.241, approvato dal Consiglio dei Ministri il 7 marzo 2002, che, all'art.13 sexies, qualifica espressamente come annullabile il provvedimento viziato da violazione di disposizioni di fonte comunitaria».

Dunque, la pronuncia ritiene, in via generale, che l'atto antieuropeo sia annullabile, tranne nel solo caso in cui la norma comunitaria violata sia attributiva di potere. Confermano detto orientamento anche le più recenti Cons. Stato, sez. VI, 19 maggio 2009, n. 3072; Cons. Stato, sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983; TAR Puglia, sez. II, 11 gennaio 2012, n. 102.

Per differenziare le due opinioni, che a prima vista potrebbero sembrare identiche o molto simili, giova fornire una interpretazione estremamente restrittiva di quest'ultimo assunto. Infatti, la nullità dell'atto antieuropeo va circoscritta a casi definiti "assai teorici per non dire immaginari", dell'atto amministrativo nazionale che sia adottato sulla base di una norma interna, contraria al diritto comunitario, che disciplini un ambito non regolato dal diritto comunitario. Situazione, più che rara, nella realtà quasi impossibile, dato che presenta una contraddizione intrinseca. Su queste questioni, più approfonditamente, si vedano MASSARI, *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, cit., p. 644; CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 701; VILLATA, *Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 857; CARINGELLA – PASTORE, *Manuale di diritto amministrativo – L'invalidità del provvedimento*, Roma, 2014, p. 190 – 191.

¹⁶⁷ PONTE, *La nullità dell'atto amministrativo – Procedimento e Processo*, Milano, 2015, p. 171. Si veda anche PUDDU, *Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico*, Napoli, 2006, p. 35.

¹⁶⁸ MASSARI, *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, cit., p. 644.

¹⁶⁹ Cfr. Corte Giust. UE, 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau*, punti 76 e 79 e Corte Giust. UE, 27 febbraio 2003, causa C-327/00, *Santex s.p.a.*

Nella prima, più risalente nel tempo, la Corte precisa che «*Occorre 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).*

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.

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.

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

Ma, a tal riguardo, non può non darsi atto di una più recente e minoritaria teoria¹⁷⁰, secondo la quale l'atto contrastante con il diritto comunitario, a prescindere dalla sua nullità o annullabilità¹⁷¹, deve essere oggetto di disapplicazione¹⁷². Più precisamente, alcuni autori ritengono che l'atto anti-europeo debba essere disapplicato, anche dal giudice amministrativo e oltre il termine di decadenza per l'impugnazione¹⁷³.

Detta teoria ha preso spunto dalla sentenza *Ciola* della Corte di Giustizia¹⁷⁴, la quale ha diviso la dottrina, facendo formare una c.d. "dottrina Ciola"¹⁷⁵.

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».

Nella seconda, si specifica, sinteticamente, 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».

¹⁷⁰ Così definita da GAROFOLI, *Diritto amministrativo e diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 47. Con riferimento alla diffusione di quest'ultima tesi nell'ambito giurisprudenziale, CERULLI IRELLI, *Violazioni del diritto europeo e rimedi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 658 afferma che «la disapplicazione generalizzata degli atti amministrativi adottati in violazione di norme europee non ha ancora fatto ingresso nella giurisprudenza europea, se non per salti, cioè in relazione a particolari casi. Peraltro, occorre osservare che in questi casi, la questione della disapplicazione si è posta in relazione ad atti anteriori rispetto a quello impugnato, la cui applicazione, nella specie, avrebbe comportato il risultato abnorme di risolvere il caso (e quindi nella specie rigettare il ricorso) sulla base di un atto palesemente contrastante con il diritto europeo. E' come se si dovessero risolvere casi, applicando una normativa nazionale, palesemente in contrasto con il diritto europeo (cioè che appunto si supera attraverso il meccanismo della disapplicazione delle norme)».

¹⁷¹ Cfr. GAROFOLI, *Diritto amministrativo e diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 48.

¹⁷² In realtà, dello stesso parere appare Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 1991, n. 452 (Comune di Milano c. Società F.lli Costanzo ed altri), in PASQUINI – SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, p. 571, con nota di DE GIORGI.

¹⁷³ Il più importate sostenitore di questa tesi è CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, p. 467, i quale afferma che la ratio sottesa al suddetto meccanismo di disapplicazione risiede nell'esigenza che sia assicurata la *primauté* del diritto comunitario. Pertanto, detto principio, se vale, appunto, per le norme, non può non estendersi agli atti amministrativi.

Si veda anche GATTO, *I poteri del giudice amministrativo rispetto a provvedimenti individuali e concreti contrastati con i diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, p. 1430; TREBASTONI, *la disapplicazione nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 2000, p. 675.

¹⁷⁴ Corte di Giustizia, 29 aprile 1999, causa C- 224/97: «il Verwaltungsgericht chiede sostanzialmente se 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, che sia in contrasto con la libera prestazione dei servizi, vada disapplicato nella valutazione della legittimità di un'ammenda irrogata per inosservanza di tale divieto dopo la data di adesione. (...)

In via preliminare, occorre constatare (...) che la controversia non riguarda la sorte dell'atto amministrativo in sé — nella fattispecie, la decisione 9 agosto 1990 — ma il problema di stabilire se tale atto debba essere disapplicato nell'ambito della valutazione della legittimità di una sanzione irrogata per l'inosservanza di un obbligo che ne discende,

L'opinione dottrinale sulla disapplicazione non ha mancato di suscitare critiche nella dottrina. A fronte, come detto, della "dottrina Ciola" si è contrapposta altra parte di accademia che ha delineato notevoli elementi dissonanti all'interno della citata opinione¹⁷⁶.

La Corte, dal canto suo, ha precisato meglio i limiti di tale disapplicazione con la sentenza Santex¹⁷⁷, anche preoccupata per la forte influenza nell'autonomia procedimentale degli Stati membri che avrebbe avuto una interpretazione troppo definita¹⁷⁸. Pertanto, essa ha stabilito che, se è vero che l'illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo debba essere

a seguito dell'incompatibilità di tale atto con il principio della libera prestazione dei servizi.

Occorre poi ricordare che, poiché le norme del Trattato CE sono direttamente efficaci nell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro e il diritto comunitario prevale sul diritto nazionale, queste disposizioni attribuiscono agli interessati dei diritti che le autorità nazionali devono rispettare e tutelare e che, quindi, ogni disposizione contraria di diritto interno diviene inapplicabile nei loro confronti (v. sentenza 4 aprile 1974, causa 177/73, Commissione/Francia, Racc. pag. 359, punto 35).

Poiché gli imperativi dell'art. 59 del Trattato hanno acquistato efficacia diretta e incondizionata alla scadenza del periodo transitorio (v. sentenza 17 dicembre 1981, causa 279/80, Webb, Racc. pag. 3305, punto 13), tale norma preclude di conseguenza l'applicazione di ogni atto di diritto interno con essa in contrasto».

¹⁷⁵ L'espressione è di MASSARI, *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, cit., p. 645.

Con riferimento a detta dottrina, STIGLIANI, *Atti amministrativi nazionali e norme comunitarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, p. 1413, afferma che essa delinea la disapplicazione dell'atto antieuropeo per la prima volta in modo chiaro ed inequivocabile. Lo stesso CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., afferma che la conclusione raggiunta dalla Corte appare in piena coerenza con la sua giurisprudenza e con i caratteri dell'istituto della disapplicazione.

¹⁷⁶ A parere di chi scrive, dette critiche sono ben riassunte da MASSARI, *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, cit., p. 648. La principale critica riguarda il fatto che l'istituto della disapplicazione nel nostro ordinamento è consentito soltanto al giudice ordinario, data la struttura impugnatoria del giudizio amministrativo. Pertanto, la disapplicazione si tramuterebbe in una sorta di "annullamento occulto". L'Autrice cita, sul punto, GIACCHETTI, *Disapplicazione? No, grazie*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 726, il quale utilizza un'immagine appropriata: «*lasciare in circolazione gusci vuoti, simulacri di atti amministrativi*».

Sempre la stessa Autrice, poi, elenca gli altri aspetti critici della teoria sulla disapplicazione: «*insidia una serie di principi considerati imprescindibili nel nostro ordinamento, quali la certezza del diritto, il legittimo affidamento nella stabilità delle situazioni soggettive, la definitività del provvedimento inoppugnabile, l'inammissibilità del ricorso tardivo e finanche il principio del dispositivo, in campo processuale*».

¹⁷⁷ Corte Giust. UE, 27 febbraio 2003, causa C-327/00, già citata alla nota 20. Sul punto si veda anche LEONE, *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. comunit.*, 2003, p. 898.

¹⁷⁸ Cfr. MASSARI, *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, cit., p. 648: «*Avvedutasi, forse, del vulnus arrecato all'autonomia procedurale nazionale con l'arresto Ciola, la Corte di Giustizia si affretta ad abbandonare il linguaggio tranchant per assumere un atteggiamento più prudente, che emerge già nella sentenza Ecoswiss del giugno 1999 e, in modo ancora più palese, nella Santex del 2003*».

Sull'autonomia procedurale degli Stati membri ed i problemi ad essa collegati si rinvia ai riferimenti svolti *supra*, paragrafo 1.2.

sanzionata secondo le norme nazionali, la disapplicazione deve porsi come valvola di sicurezza e come strumento processuale di salvaguardia del diritto comunitario dinanzi ad alcune disfunzioni statali¹⁷⁹.

Non sono mancate, inoltre, opinioni che hanno visto lo strumento della disapplicazione essere in contrasto con la L. n. 15/2005, in quanto quest'ultima qualifica come atti annullabili gli atti violativi di norme di legge, senza operare alcuna distinzione tra norme nazionali e comunitarie¹⁸⁰.

3. Il potere eliminatorio della P.A. in caso di invalidità di un atto: l'autotutela decisoria.

L'autotutela decisoria si configura essenzialmente come il potere delle Amministrazioni nazionali di eliminare un atto in contrasto con la normativa europea¹⁸¹.

Se, infatti, come detto, la Corte di Giustizia estende il proprio network nomofilattico anche alle Amministrazioni¹⁸², è necessario che le stesse debbano avere un qualche potere esercitabile al fine di far prevalere la *primauté* comunitaria¹⁸³.

Per comprendere l'istituto suddetto, occorre, in primo luogo, tracciare il suo fondamento normativo e disciplinare. In secondo luogo, sorgerà spontanea la domanda relativa alla qualificazione dell'autotutela decisoria da parte delle Amministrazioni.

Se, infatti, la stessa Corte di Giustizia ha affermato che la stabilità di un atto amministrativo costituiscono esemplificazione del principio di certezza del diritto¹⁸⁴, giova comprendere fino a che punto può spingersi il potere dell'Amministrazione all'interno del network della nomofilachia e, soprattutto, se l'autotutela decisoria sia un supporto o un limite alla nomofilachia stessa¹⁸⁵.

¹⁷⁹ Corte Giust. UE, 27 febbraio 2003, causa C-327/00, par. 63 e ss. Cfr. anche GAROFOLI, *Diritto amministrativo e diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 48.

¹⁸⁰ RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa – Principi operativi e ambiti applicativi*, Milano, 2006.

¹⁸¹ Si veda principalmente BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., p. 150. Sul concetto generale di autotutela, tra i tanti contributi, si segnalano BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 10959, p. 537; RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa – Principi operativi e ambiti applicativi*, cit.

¹⁸² Cfr. nota 1 di questo capitolo.

¹⁸³ BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., p. 149.

¹⁸⁴ Corte Giust., 14 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kunhe & Heitz*.

¹⁸⁵ RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa – Principi operativi e ambiti applicativi*, cit. p. 299: «Occorre, cioè, verificare, se i presupposti che delimitano l'esercizio del potere di autotutela possono rappresentare un argine all'obbligo di rimuovere gli atti in contrasto con la normativa sovranazionale al fine di assicurarne l'osservanza e se, quindi, in definitiva, essi possono costituire un argine al primato del diritto comunitario».

3.1. (segue) L'origine e il fondamento del potere eliminatorio: dalla sentenza *Künhe & Heitz*...

L'autotutela decisoria trova, prima di tutto, il principale fondamento nel principio di leale collaborazione, espresso all'art. 4, par. 3 del TUE¹⁸⁶. Detto principio, infatti, è alla base dell'adesione all'Unione e dell'uniformità del diritto europeo. Pertanto, autorevole dottrina la ritiene una delle manifestazioni di vincolata adesione all'ordinamento comunitario¹⁸⁷.

L'istituto in esame deve, però, anche trovare una disciplina nazionale al fine di essere utilizzato dalle Amministrazioni interne.

Da questo punto di vista, fondamentale appare l'art. 21*quinquies*, L. n. 241/1990, nonché degli articoli seguenti, che disciplinano l'autotutela amministrativa¹⁸⁸. In particolare, gli stessi sono stati inseriti a seguito delle modifiche apportate dalla L. n. 15/2005¹⁸⁹.

Per completezza, deve sottolinearsi che il collegamento tra la disciplina nazionale e la fonte comunitaria è dato dall'art. 1, L. n. 241/1990¹⁹⁰. Lo stesso, infatti, prevede che l'azione della Pubblica Amministrazione sia retta anche dai principi comunitari¹⁹¹.

Tornando alle norme relative all'autotutela, contenute nella l. n. 241/1990, deve sottolinearsi come la L. n. 15/2005 abbia reso l'autotutela, da un lato,

¹⁸⁶ Si tratta dell'ex art. 10 del TCE. L'attuale versione dispone che: «*In virtù del principio di leale collaborazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati*». Sul punto, si veda BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., p. 150.

¹⁸⁷ BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., p. 150. Lo stesso Autore fa notare come altra dottrina rinverga il ruolo dell'autotutela decisoria come fattore di uniformità. Detto ruolo, tuttavia, sarebbe riscontrabile anche in norme interne all'ordinamento italiano: ad es. l'art. 120, comma 2 Cost. In quest'ultimo caso, si tratta di una norma che preserva, attraverso l'azione amministrativa e governativa, l'unità statale rispetto alle molteplici autonomie. È, oltretutto, un istituto che occorre vedere nella sua evoluzione: esso sopravvive al progressivo abbandono dell'organizzazione amministrativa statocentrico per assumere un ruolo di coordinamento tra pubblici poteri. Cfr. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 1253.

¹⁸⁸ Sugli artt. 21^{octies} e ss. della L. n. 241/1990, si veda CARINGELLA – GIANNINI (a cura di), *Codice del procedimento amministrativo*, Roma, 2010, pp. 358 e ss.

¹⁸⁹ In generale, sulle modifiche apportate dalla L. n. 15/2005, si veda D'ARPE, *Il potere di autotutela della pubblica amministrazione dopo la legge 11 febbraio 2005*, n. 15, in *I Tribunali Amministrativi Regionali: rassegna di giurisprudenza e dottrina*, 2005, p. 1.

¹⁹⁰ Sulla norma, in generale, si veda DE MATTIA, sub art. 1, L. n. 241/1990, in CARINGELLA – GIANNINI (a cura di), *Codice del procedimento amministrativo*, cit., pp. 52 e ss.

¹⁹¹ In realtà, deve affermarsi che non è pacifico che i principi comunitari ricomprendano anche l'autotutela decisoria, o, meglio, il dovere di annullare l'atto amministrativo contrario alla fonte comunitaria. Come si dirà meglio più avanti, infatti, la già citata Corte Giust. UE, *Kunhe & Heitz*, ha affermato che il diritto comunitario non esige, in via di principio, che l'Amministrazione sia obbligata a riesaminare una decisione amministrativa, essendo la certezza del diritto anch'essa configurabile come un principio fondamentale del diritto comunitario. Sul punto, per ora, si veda GIOVAGNOLI – FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza. Invalidità ed autotutela*, II, Milano, 2007, p. 158.

maggiormente partecipativa (art. 21^{octies}, 2° comma)¹⁹², dall'altro, quasi slegata da logiche di doverosità¹⁹³.

In particolare, attenta dottrina ha riassunto in modo mirabile i presupposti per l'autotutela nazionale: la P.A. può annullare l'atto se interviene in un termine ragionevole e contemperando l'interesse al ripristino della legalità violata con quello dei soggetti privati, ma deve farlo se dalla sommatoria di questi fattori risulta che il mantenimento in vita del provvedimento illegittimo sia "semplicemente insopportabile"¹⁹⁴.

Ci si deve chiedere se gli stessi principi reggano anche l'utilizzo della autotutela decisoria. Rimandando al prossimo paragrafo un'analisi più completa del rapporto esistente tra autotutela decisoria e nazionale, si deve qui dare conto delle risultanze giurisprudenziali che definiscono ed elaborano l'istituto comunitario.

Una prima sentenza della Corte di Giustizia sul tema deve essere rinvenuta nella decisione *Delena Wells* del 2004¹⁹⁵. In questo caso la Corte afferma, dapprima, che da una giurisprudenza costante risulta che, ai sensi del principio di leale collaborazione previsto dall'art. 10 CE, gli Stati membri hanno l'obbligo di eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario (par. 64). Successivamente, però, con specifico riferimento alla conseguente attuazione dei principi suddetti ad un atto anticomunitario, il giudice europeo non afferma, come sarebbe logico, il doveroso ritiro dell'atto amministrativo illegittimo, ma ripiega sulla autonomia procedurale, sottolineando che «*le modalità processuali*

¹⁹² BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., p. 178. Addirittura NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, in *Foro amm. CDS*, 2012, p. 2946, afferma che la P.A., nell'ambito dell'autotutela «*si è spostata sempre più verso una dimensione paritaria nel rapporto con i privati, donde le ricadute sul regime degli atti e sul potere di riesame: pertanto, se il suo jus imperii le consente di scegliere se provvedere o meno a fronte di istanze di riesame sui propri atti, non bisogna tuttavia dimenticare che l'interesse pubblico da essa rappresentato, pur essendo di parte, resta per definizione indisponibile*».

¹⁹³ NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, cit., p. 2947.

¹⁹⁴ NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, cit., p. 2947.

¹⁹⁵ Corte Giust., 7 gennaio 2004, *Delena Wells c. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, C-201/02. In questo caso, la sig.ra Wells, proprietaria di un'abitazione adiacente una cava mineraria inutilizzata da tempo, chiedeva, all'esito di una nuova richiesta di autorizzazione allo Stato, che l'Amministrazione provvedesse anche ad una valutazione di impatto ambientale riguardante lo scavo nel sito. Tuttavia l'Amministrazione rifiutava di revocare l'autorizzazione già concessa.

La vicenda arriva all'attenzione della Corte comunitaria poiché, dopo un'istanza di revoca della sig.ra Wells al Segretariato di Stato, rimasta senza risposta, la stessa ha proposto ricorso nanti il Tribunale amministrativo della propria contea. Il suddetto tribunale, dunque, solleva questione di interpretazione pregiudiziale comunitaria.

Sul punto si vedano GRÜNER, *L'annullamento d'ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi di certezza del diritto e dell'autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 240; NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, cit., p. 2947.

applicabili in tale contesto rientrano nell'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro» (par. 70)¹⁹⁶.

Insomma, seppure sia pacifica la *primauté* del diritto comunitario, la Corte non si spinge ad affermare l'obbligatorietà del ritiro dell'atto, con conseguente non imposizione di alcun obbligo in capo all'Amministrazione nazionale.

La pronuncia capostipite, della elaborazione dell'autotutela decisoria in ambito comunitario, tuttavia, è sicuramente la sentenza *Künhe & Heitz*¹⁹⁷, di pochi giorni successiva rispetto alla precedente.

Qui, la Corte di Giustizia esordisce enunciando la regola secondo cui la modificabilità dei provvedimenti amministrativi domestici definitivi (per inoppugnabilità o per esperimento dei mezzi di tutela giurisdizionale) in ragione di una giurisprudenza comunitaria successiva comprometterebbe la

¹⁹⁶ GRÜNER, *L'annullamento d'ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi di certezza del diritto e dell'autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro*, cit., si tratta di una «prudente virata per evitare la prevedibile reazione nazionalistica», anche se con questa conclusione, secondo l'Autore, il principio di leale collaborazione risulta svilito e vanificato dalla disciplina dei procedimenti amministrativi di riesame prevista dai singoli ordinamenti nazionali. NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, cit., p. 2947, inoltre, afferma che il principio statuito è ambiguo.

¹⁹⁷ Corte Giust., 13 gennaio 2004, *Künhe & Heitz c. Productschap voor Pluimvee en Eieren*, C-453/00. Il fatto da cui scaturisce la pronuncia riguarda la restituzione di contributi all'esportazione. In particolare Durante il periodo compreso tra il mese di dicembre 1986 e quello di dicembre 1987, la Kühne & Heitz esportava alcune quantità di pezzi di pollame verso paesi terzi. Nelle dichiarazioni presentate alle autorità doganali olandesi, essa designava questa merce come rientrante nella sottovoce tariffaria 02.02 B II e) 3 («cosce e pezzi di cosce di altri volatili») della tariffa doganale comune. Sulla base di tali dichiarazioni, il Productschap concedeva le restituzioni all'esportazione corrispondenti a tale sottovoce e versava i relativi importi.

In seguito ad una verifica, il Productschap riclassificava la merce summenzionata nella sottovoce tariffaria 02.02 B II ex g («altri»). Sulla base di tale riclassificazione, il Productschap chiedeva il rimborso di una somma di NLG 970 950,98.

Successivamente, nella sentenza 5 ottobre 1994, causa C-151/93, *Voogd Vleesimport en -export*, la Corte di Giustizia stabiliva quanto segue: «Una coscia alla quale rimanga attaccato un pezzo di dorso deve quindi essere considerata come coscia, ai sensi delle voci 02.02 B II e) 3 della precedente nomenclatura e 0207 41 51 000 della nuova, se detto pezzo di dorso non è sufficientemente grande da conferire al prodotto il suo carattere essenziale. Per accertare se tale sia il caso in mancanza, a quell'epoca, di norme comunitarie, spetta al giudice nazionale tener conto delle abitudini del commercio nazionale e dei metodi tradizionali di taglio».

Sulla base della suddetta pronuncia, la Kühne & Heitz richiedeva dapprima la restituzione dei contributi erroneamente rimborsati all'Amministrazione nazionale, poi, a seguito del rifiuto di quest'ultima, proponeva il ricorso nanti la Corte di Giustizia che ha originato la pronuncia in esame.

Sulla sentenza si vedano BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., p. 186; NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, cit., p. 2947. Con riferimento ad un approfondimento rispetto alla compatibilità tra i due sistemi di ripetizione dell'indebito, per quanto qui di interesse, si veda IACONO, *Diritto del prestatore al rimborso dell'Iva non dovuta restituita al committente: compatibilità del regime nazionale di restituzione dell'indebito*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, p. 150 ss.

certezza del diritto¹⁹⁸. Ma il giudice comunitario tiene conto anche delle indicazioni date dal giudice del rinvio¹⁹⁹, il quale elenca le condizioni secondo cui, nel diritto olandese, la Pubblica amministrazione può procedere ad annullare un provvedimento definitivo in autotutela.

Per questo motivo la Corte europea afferma che possa essere riesaminato un provvedimento amministrativo soltanto qualora

- la P.A. 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 giurisprudenza²⁰⁰.

Attenta dottrina ha notato come la pronuncia, pur essendo stata ricevuta con grande interesse dalla comunità scientifica per l'impatto che avrebbe sulla garanzia del legittimo affidamento, abbia sottolineato l'esigenza di far salvi i diritti dei terzi da un lato, e abbia posto l'accento sulla peculiarità del caso concreto dall'altro, aspetti che ne avrebbero ridotto di gran lunga la portata²⁰¹.

¹⁹⁸ Sul punto NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, cit., p. 2947.

In particolare, la Corte di giustizia ha affermato: «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» (par. 24).

¹⁹⁹ «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» (par. 25).

²⁰⁰ In generale, sul punto si vedano BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., p. 186; RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa – Principi operativi e ambiti applicativi*, cit. p. 309.

²⁰¹ RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa – Principi operativi e ambiti applicativi*, cit. p. 309, il quale afferma anche che vi sia «consapevolezza della richiamata esigenza di aggiungere al concetto tradizionale di buona amministrazione il nuovo parametro di assicurare la leale collaborazione con le istituzioni e gli organi comunitari, e di adoperarsi, per quanto possibile, per la migliore garanzia del processo di integrazione

Altra parte degli studiosi, diversamente, sottolinea come la doverosità sia “velata” dalle quattro condizioni imposte dalla Corte di giustizia e che il *decisum* sia ambiguo mentre l’impianto motivazionale della pronuncia propende per l’obbligatorietà del ritiro dell’atto anticomunitario da parte dell’Amministrazione interna²⁰².

Differente parte, ancora, non ritiene convincente l’obbligo di riesame dell’atto amministrativo interno, relegando la sentenza ad un mero ancoraggio della giurisprudenza comunitaria alla autonomia procedurale degli Stati membri²⁰³.

In ogni caso, non può negarsi che la suddetta pronuncia abbia riconosciuto definitivamente il potere di annullamento in autotutela del provvedimento anticomunitario, sebbene ancora non vi sia chiarezza in merito alla doverosità o meno dell’esercizio del potere. Proprio questa caratteristica pone l’Amministrazione interna all’interno del network della nomofilachia comunitaria²⁰⁴.

3.1.1. (segue) ... al caso Lucchini (rinvio).

Un altro tassello nell’ambito della disciplina dell’autotutela decisoria è posto dalla sentenza Kempter²⁰⁵, la quale approfondisce le ultime due condizioni poste dalla pronuncia Kühne & Heitz²⁰⁶.

europea; cosa che del resto è già significativamente avvenuta con l’utilizzazione del nuovo parametro della proporzionalità».

²⁰² NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, cit., p. 2947.

²⁰³ GRÜNER, *L’annullamento d’ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi di certezza del diritto e dell’autonomia procedurale degli Stati membri, dall’altro*, cit., per il quale la pronuncia, addirittura, annichilirebbe il primato del diritto comunitario; in questo senso anche GOISIS, *L’annullamento d’ufficio dell’atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 439.

²⁰⁴ BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., p. 188.

²⁰⁵ Corte Giust., 12 febbraio 2008, Willy Kempter c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas, C-2/06. I fatti da cui ha avuto origine la vicenda sono ben riassunti dalla stessa parte in fatto della pronuncia (parr. 8-16): «durante gli anni 1990-1992, la Kempter ha esportato bovini in diversi paesi arabi e nell’ex Jugoslavia. A tale titolo, conformemente al regolamento n. 3665/87, in vigore all’epoca, essa ha chiesto e ottenuto restituzioni all’esportazione dallo Hauptzollamt.

Nel corso di un’indagine, la Betriebsprüfungsstelle Zoll (servizio di controllo delle dogane) dell’Oberfinanzdirektion (direzione regionale delle finanze) di Friburgo ha 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.

Con decisione 10 agosto 1995, lo Hauptzollamt ha pertanto preteso dalla Kempter il rimborso delle restituzioni all’esportazione che le erano state corrisposte.

La Kempter ha proposto un ricorso contro tale decisione, senza invocare, tuttavia, violazioni del diritto comunitario. Con sentenza 16 giugno 1999, il Finanzgericht Hamburg ha respinto tale ricorso in quanto la ricorrente non aveva fornito la prova che gli animali fossero stati importati in un paese terzo entro dodici mesi dall’accettazione della

Anche in questo caso la Corte esordisce valorizzando, da un lato, il rispetto del primato del diritto comunitario (par. 34) e, dall'altro, la certezza del diritto (par. 37). Tuttavia, essa si sofferma sulla necessità o meno che la parte abbia richiesto l'esperimento della pregiudiziale europea ex art. 234 TFUE. Più precisamente, la Corte afferma che il diritto alla riedizione del potere amministrativo in conformità dell'ordinamento europeo non richiede che il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto²⁰⁷ comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno da esso proposto contro tale decisione (par. 46).

La configurazione dell'autotutela decisoria in termini di diritto non viene analizzata, ma quasi data per scontata.

Poco dopo, la stessa Corte di Giustizia, forse con il timore di aver osato troppo, ridimensionerà le aperture sul tema con la sentenza *Kapferer*.

In realtà, quello del Giudice europeo non compie un passo indietro, bensì una specificazione. Infatti, l'atteggiamento di maggiore severità si giustifica con il fatto che le precedenti sentenze citate riguardavano esclusivamente la revocabilità degli atti amministrativi comunitariamente illegittimi, non coinvolgendo direttamente il principio di *res iudicata*²⁰⁸.

In questo solco si inserisce anche il caso *Lucchini*, secondo il quale il recupero di un aiuto di Stato, ritenuto legittimo secondo un giudice interno,

dichiarazione d'esportazione, come richiesto dall'art. 5, n. 1, lett. a), del regolamento n. 3665/87, per il versamento delle restituzioni. Con ordinanza 11 maggio 2000, il Bundesfinanzhof ha respinto in ultima istanza l'appello proposto contro tale sentenza dalla Kempter.

La decisione di recupero dello Hauptzollamt 10 agosto 1995 è quindi divenuta definitiva. Con la sua sentenza 14 dicembre 2000, causa C-110/99, Emsland-Stärke (Racc. pag. I-11569, punto 48), la Corte ha affermato che la condizione secondo cui le merci devono essere state importate in un paese terzo affinché vengano concesse le restituzioni all'esportazione previste da un regolamento comunitario può essere opposta al beneficiario delle restituzioni solamente prima della concessione delle stesse.

In una causa diversa, del 21 marzo 2002, il Bundesfinanzhof ha pronunciato una sentenza con la quale ha applicato siffatta interpretazione della Corte. La Kempter fa valere di essere venuta a conoscenza di quest'ultima sentenza il 1° luglio 2002.

Avvalendosi di tale sentenza del Bundesfinanzhof, il 16 settembre 2002, vale a dire circa ventuno mesi dopo la pronuncia della sentenza Emsland-Stärke, citata, la Kempter ha chiesto allo Hauptzollamt, in base all'art. 51, n. 1, del VwVfG, il riesame e la rettifica della decisione di recupero di cui trattasi.

Con decisione 5 novembre 2002, lo Hauptzollamt ha respinto la richiesta della Kempter, sottolineando che la modifica della giurisprudenza intervenuta nella fattispecie non comportava un cambiamento della situazione giuridica (...).

La Kempter ha dunque adito nuovamente il Finanzgericht Hamburg, sostenendo in particolare che, nella fattispecie, le condizioni che consentono il riesame di una decisione amministrativa definitiva, enunciate dalla Corte nella sentenza Kühne & Heitz, citata, erano soddisfatte e che, pertanto, la decisione di recupero dello Hauptzollamt 10 agosto 1995 doveva essere ritirata».

²⁰⁶ BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., p. 188.

²⁰⁷ Giova, peraltro, sottolineare, come la stessa Corte parli di diritto, quasi a dare per scontato che l'autotutela, in questo caso, sia doverosa.

²⁰⁸ BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., p. 191.

non può essere compromesso da un giudicato interno contrario alla decisione della Commissione europea.

Data la parziale diversità della questione rispetto all'autotutela verso un atto amministrativo anticomunitario, si rinvia alla parte relativa al contrasto del giudicato con il diritto europeo²⁰⁹.

3.2. Rapporti con l'autotutela nazionale.

Dopo aver chiarito l'origine dell'autotutela decisoria, nonché la sua elaborazione, bisogna soffermarsi con più attenzione proprio sul concetto di autotutela e sulla sua definizione di "potere", questa volta partendo dal dovere di provvedere in capo all'Amministrazione.

In altre parole, deve analizzarsi se l'autotutela decisoria e quella nazionale debbano essere ricondotte all'interno di un unico *genus* oppure, a prescindere dal nome, esse siano caratterizzate da sostanziali diversità²¹⁰.

Una prima dottrina aveva, infatti, inquadrato il rapporto tra autotutela nazionale e decisoria come un contrasto tra potere- dovere.

In particolare, una parte della dottrina è giunta ad escludere l'applicabilità dei limiti dell'autotutela nazionale²¹¹ all'autotutela decisoria, sulla base della primauté del diritto comunitario²¹².

Come è noto, infatti, l'art. 2, L. 241/1990²¹³ sancisce il dovere per la Pubblica amministrazione di concludere il procedimento con un provvedimento espresso²¹⁴.

²⁰⁹ Par. 3.5.

²¹⁰ La questione, secondo gran parte della dottrina, riguarda semplicemente i limiti ed i presupposti che delimitano il potere di autotutela nazionale possano rappresentare un argine al primato del diritto comunitario: sul punto si veda RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa – Principi operativi e ambiti applicativi*, cit., p. 299. Nel presente lavoro, invece, vuole approfondirsi non solo la questione dal solo punto di vista dei presupposti di annullamento dell'atto anticomunitario, bensì anche delle differenze e analogie ontologiche esistenti tra autotutela decisoria e nazionale.

²¹¹ Sui limiti dell'autotutela nazionale e sull'istituto in generale, si vedano BENVENUTI, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, p. 537; GHETTI, voce *Autotutela della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, p. 80; CORAGGIO, voce *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. Giur. it.*, Roma, 1988.

²¹² Anche in questo caso RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa – Principi operativi e ambiti applicativi*, cit. p. 299 fornisce un'ampia panoramica della questione, il quale giunge anche ad affermare che le stesse condizioni limitative dell'autotutela nazionale e il bilanciamento tra interessi pubblici e privati sarebbero già contenute all'interno della stessa disposizione approvata degli organi comunitari.

²¹³ Sulla norma, in generale, si veda MOSER, *sub art. 2 L. n. 241/1990*, in CARINGELLA – GIANNINI, *Codice del procedimento amministrativo*, Roma, 2010, p. 74 e ss. In particolare, quest'ultima Autrice, dopo aver spiegato l'obbligo di provvedere in capo alla Pubblica Amministrazione, afferma che lo stesso «non è indistinto e indiscriminato, incontrando dei limiti intrinseci, puntualmente individuati dalla giurisprudenza, rappresentati, ad esempio, dall'inaccogliibilità dell'istanza per motivi pregiudiziali o formali (...), nei casi di istanza manifestamente infondata (...), di istanza di estensione ultra partes del giudicato (...); di

Se, tuttavia, detto assunto è pacifico in caso di istanza del cittadino volta ad ottenere un provvedimento di primo grado²¹⁵, non parrebbe sussistere alcun obbligo per l'Amministrazione di pronunciarsi su un'istanza volta ad ottenere un provvedimento in via di autotutela.

In altre parole, il potere di autotutela non è coercibile per natura, così come non lo è l'attivazione dall'esterno di un procedimento volta a esaminare la legittimità dell'atto amministrativo emanato²¹⁶.

Detto principio deriva dalla discrezionalità dell'esercizio dell'autotutela e dall'esigenza di evitare che, mediante istanze volte al riesame dell'esercizio dell'attività, possano eludersi i termini dell'impugnazione giurisdizionale²¹⁷.

Ed allora, se consideriamo l'autotutela nazionale come un potere²¹⁸ e quella decisoria come un dovere²¹⁹, appare chiara una netta differenza tra l'autotutela amministrativa e quella decisoria, unite da un nome comune ma differenziate dall'essenza ontologica dell'istituto stesso.

istanza di riesame dell'atto inoppugnabile». Con gli esempi suddetti, l'Autrice dimostra, dunque, che l'obbligo di provvedere ceda soltanto di fronte alla "formale" inaccogliabilità dell'istanza. L'ultimo caso, tuttavia, conferma, come si dirà, che all'obbligo di provvedere non corrisponde uno speculare dovere di provvedere sulle istanze di autotutela.

²¹⁴ In generale, si veda POSTERARO, *Brevi note sull'obbligo di provvedere della P.A. alla luce del «nuovo» art. 2 della legge 7 agosto 1990*, n. 241, in *Foro amm.*, 2014, 4, pp. 1338 e ss.

²¹⁵ Si veda MOSER, *sub art. 2 L. n. 241/1990*, in CARINGELLA – GIANNINI, *Codice del procedimento amministrativo*, cit., p. 84.

²¹⁶ ID, p. 1341.

²¹⁷ Si vedano, in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2012, n. 5199; Cons. Stato, sez. V, 30 dicembre 2011, n. 6995, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it, le quali, peraltro, precisano anche che, conseguentemente, l'inerzia della P.A. non può essere considerata un silenzio-rifiuto, dunque non può essere autonomamente impugnata.

²¹⁸ Oggi la visione del potere di autotutela nazionale come un potere non è pacifico. L'argomento verrà approfondito *infra*, nota 77.

²¹⁹ Sul punto si veda anche TAR Palermo, sez. II, 28 settembre 2007, n. 2049, citata da CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 477. Sul punto, viene affermato che «è stato rivisitato il potere di autotutela della pubblica amministrazione in caso di atti illegittimi per contrasto con il diritto comunitario, sottolineando le "peculiarità dell'esercizio del potere di autotutela in presenza della c.d. illegittimità comunitaria del provvedimento", in consonanza anche questa volta con l'impostazione qua assunta.

Nel caso, era in questione un provvedimento della Regione Sicilia con cui si annullava un provvedimento preordinato a superare gli effetti di una decisione vincolante della Commissione, nonché per ottenere un risultato pratico contrastante con il dispositivo di una norma comunitaria direttamente applicabile. Detto provvedimento – palesemente anticomunitario – era contestato dalla Commissione europea con minaccia, in caso di mancato adeguamento, di procedimento di infrazione nei confronti della Repubblica italiana (responsabile, come noto, anche per le infrazioni comunitarie commesse da amministrazioni della Repubblica, anche se regionali).

Il T.A.R. Sicilia ha individuato la peculiarità dell'autotutela "comunitaria" nella doverosità dell'autotutela, e non solo nella sua possibilità, in tali circostanze, "alla stregua dell'obbligo di cooperazione gravante sulle pubbliche amministrazioni nazionali in forza dell'art. 10 del TCE, come specificato (nel caso in esame, n.d.r.) dall'art. 1, c. 1213 della legge n. 296/2006". Tanto più in un caso in cui l'amministrazione rimuova in autotutela provvedimenti comunitariamente illegittimi ab origine».

Dunque, se l'autotutela decisoria è doverosa, derivante direttamente dal contrasto del provvedimento con la pronuncia della Corte di Giustizia, mentre l'autotutela nazionale è del tutto rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione, la differenza tra i due istituti sarebbe evidente, anche se gli studiosi appaiono divisi sull'origine di tale diversità.

Parte della dottrina²²⁰ ritiene che l'autotutela decisoria si fondi su una deroga a parziale temperamento del suesposto principio della discrezionalità dell'autotutela.

In realtà, l'accoglimento di questa teoria farebbe emergere alcuni aspetti dell'autotutela decisoria che delineerebbero ad un istituto diverso nella sua essenza.

In primo luogo, il contrasto con pronunce che siano confluite in leggi europee rende il provvedimento illegittimo per violazione di legge. Al contrario, l'autotutela è un potere che al suo interno presenta anche istituti volti alla rimozione del provvedimento dopo un controllo di merito, ovvero rilevata la non attuale corrispondenza del *decisum* amministrativo con l'interesse pubblico²²¹.

In secondo luogo, proprio il termine "doverosa" a rendere l'autotutela a seguito di contrasto con pronuncia comunitaria differente da quella nazionale. Deve precisarsi, infatti, che l'obbligo intercorre rispetto ad un solo soggetto: colui che viene leso dal provvedimento amministrativo. Diversamente, il dovere di procedere con un provvedimento di secondo grado è in capo all'Amministrazione nei confronti di tutti i cittadini.

Seppure, dunque, la P.A. in ogni sua attività ha come fine ultimo l'interesse pubblico, l'autotutela nazionale viene definita dalle stesse norme come obbligatoria²²².

3.2.1. (segue) Il superamento del rapporto potere-dovere e l'opinione più recente in tema di qualificazione dell'autotutela decisoria.

La visione suesposta, tuttavia, appare oggi superata. In particolare, la netta differenza tra potere (*rectius*, facoltà) di annullamento di un atto illegittimo interno ed il dovere di una rimozione dell'atto anticomunitario è stata sostituita da una visione più elastica dello stesso rapporto anche incoraggiata, da un lato, da una frammentazione della dottrina in tema di

²²⁰ POSTERARO, *Brevi note sull'obbligo di provvedere della P.A. etc.*, cit., p. 1341.

²²¹ Si pensi ad istituti come la revoca ex art. 21 *quinquies*, L. n. 241/1990.

²²² In realtà, parte della dottrina ritiene che il termine utilizzato sia improprio e che l'autotutela, in taluni casi, si ponga come dovere nei confronti di tutti i consociati.

autotutela nazionale²²³, e dall'altro lato, da pronunce dello stesso supremo Giudice comunitario²²⁴.

Con riferimento al primo profilo, l'autotutela nazionale veniva ritenuta, da parte della dottrina, un obbligo²²⁵, mentre una diversa fazione la riconosceva

²²³ Detta frammentazione è ben descritta da NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, cit., p. 2947.

In particolare, l'Autrice afferma che: «Ad oggi, invero, l'autotutela è ancora qualificata tanto come dovere, tanto come potere: nessuno dei due inquadramenti, tuttavia, si sottrae da rilievi critici.

Nel primo caso, infatti, si configurerebbe un'elusione dei termini impugnatori decadenziali, con conseguente violazione del principio della certezza del diritto: pertanto, si esclude che sussista un generico obbligo di provvedere ad una istanza di annullamento in autotutela, e pur tuttavia questa soluzione pare dissonante con i principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., ai sensi dei quali — in linea con il principio di doverosa attenzione dell'Amministrazione verso ogni istanza — la p.a. dovrebbe procedere quantomeno ad una sommaria deliberazione sulla richiesta di riesame.

Nel secondo caso, viceversa, si finirebbe per ammettere che l'Amministrazione gode di un potere sostanzialmente inesauribile nel farsi portatrice dell'interesse pubblico, in nome del quale sarebbe libera di riconsiderare o meno il precetto contenuto nel suo provvedimento o, nel farlo, sarebbe nelle condizioni di potervi provvedere quando e come vuole, poiché detta operazione non rientrerebbe altro che nella sua normale attività: non si darebbe più, in altre parole, un generico potere di autotutela, ma semplicemente un nuovo modulo di amministrazione attiva.

Non manca, peraltro, chi si colloca al di fuori di entrambe le aree suddette.

Si potrebbe pensare, allora, ad una opzione mediana. Dato che la p.a. ha in sé quelle dimensioni inscindibili di organo di applicazione del diritto e allo stesso tempo di tutela dell'interesse pubblico, quello dell'autotutela sarebbe un potere «a esercizio doveroso». Non v'è, infatti, chi non abbia fatto rientrare l'autoannullamento nell'ipotesi di procedimento «ad emanazione vincolata». In questo modo, vengono in rilievo tanto la dimensione del «dovere», tanto quella del «potere» amministrativo. Si tratta, tuttavia, di una soluzione del tutto eccezionale, nel panorama che sostiene la piena discrezionalità amministrativa nel procedere o meno all'autotutela e che, tradizionalmente, fa prevalere la dimensione del «potere» su quella del «dovere».

Sul punto si veda anche MATTARELLA, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa, relazione al 53° Convegno di Studi amministrativi di Varenna del 20-22-settembre 2007*, in www.astrid-online.it.

²²⁴ Prima fra tutte, la sentenza Künhe & Heitz, della quale si è parlato al precedente paragrafo 3.1. La stessa, come si ricorderà ha sottoposto l'annullamento di un atto anticomunitario a condizioni specifiche, le quali hanno (almeno in Italia, nella disciplina modificata dalla L. n. 15/2005) avvicinato l'autotutela nazionale a quella comunitaria.

²²⁵ MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, in CERULLI – IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 121. In particolare, secondo l'Autore, il principio di doverosità non verrebbe meno seppure integrato con le regole della ragionevolezza e della buona fede.

come un potere del tutto discrezionale²²⁶. Non mancava una terza opzione, che configura l'autotutela come facoltà²²⁷.

Quanto al secondo profilo, come già sottolineato, la sentenza Kühne & Heitz pone le condizioni di annullabilità dell'atto in autotutela a causa di una discordanza con il diritto comunitario.

Oggi, dunque, pare maggiormente condivisa l'opinione secondo la quale l'autotutela decisoria sarebbe discrezionale e legata a limiti già presenti anche all'interno della disciplina dell'autotutela nazionale.

Sul punto, è stato affermato che la doverosità dell'autotutela comunitaria sarebbe da condividere qualora non esistesse, anche a livello europeo, i principi (sintetizzati dalla pronuncia Kühne & Heitz) analoghi a quelli presenti nel nostro ordinamento e che, a ben vedere, sarebbe lo stesso diritto comunitario a prevedere un bilanciamento dell'interesse con altri interessi in gioco²²⁸. Esprimendosi con maggiore chiarezza, lo stesso diritto europeo, pur affermando la propria *primauté* rispetto al diritto nazionale, contempla la possibilità che l'applicazione del diritto comunitario possa essere, seppur parzialmente, sacrificata²²⁹.

3.3. Annullamento d'ufficio o revoca?

Chiarita la natura dell'autotutela decisoria, merita un cenno dell'assimilabilità dell'istituto all'autoannullamento d'ufficio o alla revoca.

²²⁶ TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 843, ritiene che il potere di autotutela sia discrezionale, inquadrabile nella funzione amministrativa attiva. La natura discrezionale sarebbe dovuta dall'affidamento del cittadino sul provvedimento, senza il quale l'Amministrazione sarebbe tenuta di annullare, ma, data la sua esistenza, la P.A. deve tenerne conto ed operare una scelta.

All'interno della medesima corrente, deve rilevarsi che, per alcuni autori, l'autotutela è sì discrezionale, ma è effettuata mediante un vero e proprio procedimento che segue obblighi e garanzie (tra cui, il rispetto del principio del contraddittorio) contenute nella L. n. 241/1990: si veda MICARI, *La c.d. pregiudiziale amministrativa e l'esercizio del potere di autotutela della Pubblica Amministrazione*, in *Giur. merito*, 2005, p. 428.

²²⁷ CANNADA BARTOLI, *Annullamento e annullabilità*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, p. 484.

²²⁸ RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa – Principi operativi e ambiti applicativi*, cit., p. 300.

²²⁹ Potrebbe, peraltro, qui domandarsi se la discrezionalità amministrativa di fronte ad un atto anticomunitario si spinga al punto tale che l'Amministrazione potrebbe non annullare l'atto, bensì semplicemente sospenderlo: La sospensione amministrativa, infatti, è un potere riconosciuto dall'art. 21quater, comma 2, L. n. 241/1990. Sui limiti della sua applicazione si veda VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, Torino, 2012.

Peraltro, come si vedrà in seguito, questo quesito coinvolge anche la dimensione temporale dell'autotutela: si veda *infra* par. 3.4.

Com'è noto, la L. n. 241/1990 (come modificata dalla L. 15/2005) ha codificato entrambi gli istituti, rispettivamente all'art. 21*octies* e 21*quinquies*²³⁰.

I due istituti sono, evidentemente, molto diversi. Facendo cenno soltanto alla particolarità che qui interessa, la revoca è uno strumento di rivalutazione nel merito dell'azione amministrativa. Differentemente, l'annullamento d'ufficio tende a ristabilire una legalità violata²³¹.

È proprio questo elemento che fa propendere per un'assimilabilità dell'autotutela decisoria per l'annullamento d'ufficio.

Più precisamente, se è vero che la Corte di Giustizia dà spesso una soluzione nel merito di questioni amministrative, la sua non è una rivalutazione dell'interesse pubblico e dei dati fattuali sottostanti. Come parte della dottrina l'ha acutamente pensata, si tratta di una riconoscibilità postuma dell'illegittimità del provvedimento²³².

È vero che, fino a quel momento, il provvedimento era perfettamente legittimo²³³, ma al fine dell'autotutela non occorre una rivalutazione fattuale: la contrarietà alla statuizione giurisprudenziale comunitaria, alle quattro condizioni elencate dalla sentenza *Künhe & Heitz*, porterà ad un annullamento dell'atto.

3.4. Il tempo nell'autotutela decisoria.

L'istituto dell'autotutela decisoria, ed, in particolare, l'analisi dei profili relativi al confronto con l'autotutela nazionale, pone in discussione, come visto, l'applicabilità dei presupposti dell'autotutela interna anche a quella comunitaria.

Come già detto, la risposta oggi maggiormente accettata è positiva.

Tra i vari limiti passati in rassegna, tuttavia, sembra non essere fatto alcun riferimento al profilo temporale²³⁴.

²³⁰ Sul punto si vedano rispettivamente AMADEO, *sub art. 21 octies*, L. n. 241/1990 e SIMONE, *sub art. 21 quinquies*, L. n. 241/1990, in CARINGELLA – GIANNINI (a cura di), Codice del procedimento amministrativo, cit.

²³¹ L'espressione è usata da NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, cit., p. 2947.

²³² SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, Milano, 2010, p. 32 e ss.

²³³ Esclusi, ovviamente, i provvedimenti adottati laddove vi era, comunque, un precedente contrario della Corte di Giustizia.

²³⁴ D'altronde, come sottolineato da ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988, p. 17, «Lo studio dei problemi particolari nascenti allorché il c.d. "margine libero" riservato alla valutazione, alla ponderazione ed alle scelte conseguenti della pubblica Amministrazione concerna il momento dell'azione non sembra aver mai richiamato una attenzione adeguata della dottrina». L'Autrice attribuisce lo scarso interesse all'inserimento della prospettiva temporale all'interno della discrezionalità nel "se" dell'Amministrazione, che la stessa considera errata.

Nello specifico, è vero che la sentenza Künhe & Heitz ha preso in considerazione il momento in cui la sentenza della Corte di Giustizia sia intervenuta (deve essere infatti successiva al provvedimento amministrativo interno) e il momento in cui il cittadino si sia rivolto all'Amministrazione.

In nessun caso l'attenzione è posta sul tempo dell'autotutela, su quando, cioè, il provvedimento anticomunitario debba o possa essere eliminato²³⁵.

Individuata la natura discrezionale dell'autotutela decisoria²³⁶, occorrerà, in primo luogo, riassumere brevemente la recente posizione della dottrina in merito ai tempi nell'ambito del procedimento amministrativo, per poi vedere se alcune considerazioni possono essere tratte nell'ambito del tempo dell'autotutela europea.

Recente dottrina ha compiuto un'interessante suddivisione in tempo cronologico e tempo caiologico. Il primo sarebbe il tempo dell'orologio e del calendario, cronometrabile, uniforme ed omogeneo. Con la seconda espressione, diversamente, si individua il tempo opportuno, l'occasione propizia²³⁷.

All'interno dei tempi caiologici amministrativi, la suddetta dottrina riconosce anche il potere di annullamento e di convalida.

Questa opinione, tuttavia, non propende indiscriminatamente per la velocità dell'intervento. Un legislatore, o, in questo caso, un'Amministrazione che propenda per una temporalità caiologica si affida a scelte temporalmente ragionevoli e ad una soluzione spesso maggiormente ponderata rispetto ad una spietatamente cronologica, magari lontana dalla vita²³⁸.

²³⁵ Sulla distinzione tra autotutela sul "se" e sul "quando" si veda ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, cit., p. 26. L'Autrice si interroga anche sul fatto che le premesse teoriche governino analogamente o no i diversi aspetti di scelta dell'attività amministrativa.

Come già accennato, peraltro, una ulteriore domanda che può essere posta riguarda il rapporto tra autotutela e potere di sospensione amministrativa. In particolare, ci si potrebbe chiedere se l'Amministrazione, a fronte di un (presunto) atto anticomunitario, possa sospendere l'efficacia, in attesa di valutare una decisione sul detto atto maggiormente ponderata. Sul punto, in generale, VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, cit.

²³⁶ Si veda il paragrafo 3.2.1.

²³⁷ Per la distinzione in esame si veda MAURO, *Appunti su tempo esatto e tempo opportuno con particolare riferimento alla legge italiana sul procedimento amministrativo*, relazione al convegno *Legal Imagination(s) – Visioni del Giuridico*, Perugia 10-12 luglio 2014, con atti di prossima pubblicazione a cura dell'Università Univali – Brasile. L'Autore individua, nell'ambito del procedimento amministrativo, come tempi cronologici il termine di conclusione del procedimento, il termine per le osservazioni dopo un preavviso di diniego; nei tempi caiologici è individuabile il diritto "generico" alla partecipazione al procedimento.

²³⁸ MAURO, *Appunti su tempo esatto e tempo opportuno con particolare riferimento alla legge italiana sul procedimento amministrativo*, cit. e dottrina ivi citata. La visione dell'Autore, a parere di chi scrive, può essere sintetizzata in un rilevante passo dell'intervento: «*Gestire un margine caiologico di manovra è un'opportunità ma anche un peso. Al vincolo del calendario subentra il vincolo dell'obbligo di motivazione della scelta temporale: perché ora e non prima?, oppure, anche, perché ora e non dopo? Poiché, dunque, distribuire tempi cronologici e tempi caiologici equivale a distribuire diritti ed*

Premessa, dunque, la discrezionalità dell'autotutela decisoria²³⁹, deve analizzarsi se qualche considerazione in termini di rilevanza del tempo cainologico possa essere svolta anche in tema di autotutela decisoria.

Lasciando per ora da parte la rilevanza del tempo nell'ambito del poterdovere di adeguamento dell'ordinamento interno ai principi giurisprudenziali (che pare portare a risvolti opposti)²⁴⁰, ci si deve chiedere se vi possa essere un tempo di annullamento dell'atto anticomunitario diverso dal momento in cui il detto vizio è scoperto. In altre parole, se si possa individuare un tempo cainologicamente adeguato per poter eliminare l'atto dall'ordinamento interno.

In realtà, un atto anticomunitario produce effetti lesivi dal momento di emanazione della pronuncia della Corte di Giustizia che lo ha reso illegittimo. Prima, dunque, l'atto non appare invalido, né è richiesto che l'Amministrazione si prodighi per ricercare motivi di eliminazione dell'atto. Dopo la pronuncia comunitaria, tuttavia, l'atto è palesemente invalido. Se la discrezionalità, come detto, investe i profili dell'*an* relativi all'annullamento, non allo stesso modo involve i profili del quando.

Per meglio spiegare, dunque, ad esito di una pronuncia che rende anticomunitario un atto amministrativo, non viene richiesto che la Pubblica Amministrazione nazionale emani immediatamente quell'atto - in questo caso verrebbe meno la discrezionalità stessa dell'autotutela decisoria e sarebbe stato maggiormente conveniente prevedere la caducazione automatica - ma deve pretendersi che la stessa Amministrazione debba immediatamente attivarsi per verificare le condizioni previste dalla sentenza *Künhe & Heitz*.

Si potrebbe obiettare che la stessa posizione di terzi beneficiari del provvedimento, nonché della durata degli effetti che, nel mentre, quel provvedimento ha avuto nei loro confronti. L'individuazione di un tempo cainologicamente adeguato, dunque, sembrerebbe risolvere proprio questo problema.

In realtà, a ben vedere, la questione atterrebbe al merito, alle modalità di eliminazione, non anche al tempo di attivazione dell'Amministrazione. Se, dunque, il risultato ultimo è l'eliminazione del provvedimento, con le modalità e nei limiti individuati dall'Amministrazione interna ed alle condizioni prima citate, il tempo di attivazione delle suddette "risposte" è meramente cronologico e, conseguentemente, immediato.

obblighi, benefici e sacrifici, tale operazione legale non può sottrarsi al rispetto del principio di ragionevolezza o, meglio di nuovo, di non manifesta irragionevolezza».

²³⁹ Si veda *supra*, par. 2.3.1.

²⁴⁰ Di cui si parlerà *infra*.

3.5. Il potere eliminatorio nel caso di contrasto tra giudicati.

Il tema del potere eliminatorio non investe soltanto l'annullabilità del provvedimento amministrativo anticomunitario – argomento direttamente interessato dalla nostra ricerca –, ma anche, ovviamente, il correlato tema del nuovo valore del giudicato giurisdizionale (amministrativo).

È evidente, infatti, che se il diritto comunitario si impone su provvedimenti amministrativi già emanati, deve chiedersi quale destino deve avere una sentenza passata in giudicato che contrasti con una sentenza comunitaria successiva.

Il nostro ordinamento, infatti, conosce l'art. 2909 c.c., il quale delinea il valore del giudicato interno e che, in breve, stabilisce che la sentenza definitiva faccia stato sul dedotto e sul deducibile.

Dell'argomento si è occupata, in particolare, la Corte di Giustizia nella sentenza Lucchini²⁴¹.

Il caso all'attenzione del Giudice europeo riguardava il recupero di un aiuto di Stato, conforme alla normativa nazionale e ritenuto legittimo con sentenze (civile e amministrativa) passate in giudicato²⁴².

²⁴¹ Corte Giust., 18 luglio 2007, *Ministero dell'Industria, Commercio ed Artigianato c. Lucchini s.p.a.*, causa C-119/05.

²⁴² Si riporta il fatto come sintetizzato dalla stessa Corte (parr. 19 e ss.): «Il 6 novembre 1985, la Lucchini presentava alle autorità competenti una domanda di agevolazioni finanziarie, ai sensi della legge n. 183/1976, per l'ammodernamento di taluni impianti siderurgici. (...)».

Con lettera del 20 aprile 1988, le autorità competenti notificavano alla Commissione il progetto di aiuto a favore della Lucchini, a norma dell'art. 6, n. 1, del terzo codice. (...).

Con lettera del 22 giugno 1988, la Commissione chiedeva informazioni integrative sulla natura dell'investimento sovvenzionato nonché le condizioni esatte (tasso, durata) del prestito richiesto. La lettera invitava inoltre le autorità competenti a indicare se gli aiuti erano concessi in applicazione di un regime generale a favore della tutela dell'ambiente per agevolare l'adattamento degli impianti a eventuali nuove norme in materia, specificando le norme di cui si trattava. A tale lettera le autorità competenti non davano risposta.

Il 16 novembre 1988, all'approssimarsi della scadenza del termine fissato al 31 dicembre di quello stesso anno dal terzo codice per l'erogazione degli aiuti, le autorità competenti decidevano di accordare provvisoriamente alla Lucchini un contributo in conto capitale (...). Ai sensi dell'art. 6 del terzo codice, l'adozione del provvedimento definitivo di concessione dell'aiuto veniva subordinata all'approvazione della Commissione e non veniva effettuato alcun pagamento da parte delle autorità competenti.

La Commissione, non essendo in grado, in mancanza di chiarimenti da parte delle autorità competenti, di valutare immediatamente la compatibilità degli aiuti progettati con le norme del mercato comune, avviava nei confronti delle stesse il procedimento ex art. 6, n. 4, del terzo codice e le informava in proposito con lettera del 13 gennaio 1989. Al riguardo veniva pubblicata una comunicazione nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee del 23 marzo 1990 (GU L 73, pag. 5).

Con telex del 9 agosto 1989 le autorità competenti fornivano informazioni supplementari riguardo agli aiuti di cui trattasi. Con lettera del 18 ottobre 1989 la Commissione comunicava a tali autorità che la loro risposta non era soddisfacente in quanto continuavano a mancare diverse informazioni. La Commissione segnalava inoltre che, in mancanza di una risposta adeguata entro il termine di quindici giorni lavorativi, essa

avrebbe potuto legittimamente adottare una decisione definitiva in base alle sole informazioni in suo possesso. Quest'ultima lettera non riceveva risposta.

Con decisione 20 giugno 1990, 90/555/CECA, (...), la Commissione dichiarava incompatibili con il mercato comune tutti gli aiuti previsti a favore della Lucchini, ritenendo che non fosse stato dimostrato che ricorressero i presupposti necessari per la deroga di cui all'art. 3 del terzo codice. (...)

Prima dell'adozione della decisione 90/555, la Lucchini, preso atto del mancato versamento dell'aiuto, il 6 aprile 1989 citava in giudizio le autorità competenti dinanzi al Tribunale civile e penale di Roma affinché venisse dichiarato il suo diritto all'erogazione dell'intero aiuto originariamente richiesto (ovvero un contributo di ITL 765 milioni in conto capitale e di ITL 367 milioni in conto interessi).

Con sentenza 24 giugno 1991, dunque successivamente alla decisione 90/555, il Tribunale civile e penale di Roma dichiarava che la Lucchini aveva diritto all'erogazione dell'aiuto di cui trattasi e condannava le autorità competenti al pagamento delle somme reclamate. La sentenza si fondava interamente sulla legge n. 183/1976. (...).

Le autorità competenti impugnavano la sentenza dinanzi alla Corte d'appello di Roma. Esse eccepivano il difetto di giurisdizione del giudice civile, sostenevano che non incombeva loro alcun obbligo all'erogazione dell'aiuto e affermavano per la prima volta, in via subordinata, che tale obbligo sussisteva, in virtù dell'art. 3 del terzo codice, solo fino a concorrenza del limite del 15% dell'investimento.

Con sentenza 6 maggio 1994, la Corte d'appello di Roma respingeva l'appello e confermava la sentenza del Tribunale civile e penale di Roma. (...) La sentenza d'appello, non essendo stata impugnata, passava in giudicato il 28 febbraio 1995.

Poiché l'aiuto permanente non versato, il 20 novembre 1995, su ricorso della Lucchini, il Presidente del Tribunale civile e penale di Roma ingiungeva alle autorità competenti di pagare gli importi dovuti alla Lucchini. Il decreto era dichiarato provvisoriamente esecutivo e nel febbraio 1996 la Lucchini, nel persistere dell'inadempimento, otteneva il pignoramento di alcuni beni del MICA, in particolare di autovetture di servizio.

(...) Con nota del 15 luglio 1996 rivolta alle autorità italiane la Commissione osservava che, malgrado la decisione 90/555:

«(...) a seguito di una sentenza della Corte d'Appello di Roma in data 6 maggio 1994, la quale, in spregio ai più elementari principi del diritto comunitario, avrebbe stabilito il diritto per [la Lucchini] di vedersi riconosciuta la concessione degli aiuti già dichiarati incompatibili dalla Commissione, [le autorità competenti], non avendo giudicato opportuno ricorrere in Cassazione, [hanno] concesso, nell'aprile di quest'anno, i predetti aiuti incompatibili con il mercato comune».

Le autorità competenti rispondevano con nota in data 26 luglio 1996 osservando che gli aiuti erano stati concessi «fatto salvo il diritto di ripetizione».

Con nota del 16 settembre 1996, n. 5259, la Commissione esprimeva il parere che le autorità competenti, versando alla Lucchini aiuti già dichiarati incompatibili con il mercato comune dalla decisione 90/555, avessero violato il diritto comunitario ed invitava le medesime autorità a recuperare gli aiuti di cui trattasi entro un termine di quindici giorni e a comunicarle, entro il termine di un mese, le concrete misure adottate per conformarsi a tale decisione. In caso contrario, la Commissione si proponeva di accertare l'inadempimento ai sensi dell'art. 88 del Trattato CECA ed invitava dunque le autorità competenti a presentare, entro dieci giorni lavorativi, eventuali nuove osservazioni ai sensi dell'art. 88, n. 1, del Trattato CECA.

Con decreto 20 settembre 1996, n. 20357, il MICA revocava il precedente decreto 8 marzo 1996, n. 17975, e ordinava alla Lucchini di restituire la somma di ITL 1 132 milioni, maggiorata di interessi nella misura del tasso di riferimento, nonché la somma di ITL 601,375 milioni, maggiorata della rivalutazione monetaria.

Con ricorso del 16 novembre 1996, la Lucchini impugnava il decreto n. 20357 dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio. Con sentenza 1° aprile 1999 quest'ultimo accoglieva il ricorso della Lucchini, ritenendo che la potestà della pubblica amministrazione di rimuovere i propri atti invalidi per vizi di legittimità o di merito incontrasse, nella specie, il limite costituito dal diritto all'erogazione dell'aiuto accertato dalla Corte d'appello di Roma con sentenza passata in giudicato.

L'Avvocatura Generale dello Stato, per conto del MICA, il 2 novembre 1999 proponeva appello dinanzi al Consiglio di Stato, deducendo, in particolare, un motivo secondo il quale

In sostanza, il Giudice domestico (nella fattispecie concreta in esame: il Consiglio di Stato) chiede alla Corte di Giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale, se in forza del principio del primato del diritto comunitario immediatamente applicabile, costituito nella specie da una decisione della Commissione europea, sia giuridicamente possibile e doveroso il recupero dell'aiuto da parte dell'amministrazione interna nei confronti di un privato beneficiario, nonostante la formazione di un giudicato civile affermativo dell'obbligo incondizionato di pagamento dell'aiuto medesimo, ovvero se, stante il pacifico principio secondo il quale la decisione sul recupero dell'aiuto è regolata dal diritto comunitario ma la sua attuazione ed il relativo procedimento di recupero, in assenza di disposizioni comunitarie in materia, è retta dal diritto nazionale²⁴³, il procedimento di recupero non divenga giuridicamente impossibile in forza di una concreta decisione giudiziaria, passata in cosa giudicata (art. 2909 cod. civ.) che fa stato fra privato ed amministrazione ed obbliga l'amministrazione a conformarvisi.

All'esito del rinvio pregiudiziale, la Corte di Giustizia, a distanza di otto anni dalla proposizione dell'appello al Consiglio di Stato e dodici dalla sentenza civile passata in giudicato²⁴⁴, ha ritenuto che l'art. 2909 c.c. sia norma recessiva rispetto alle esigenze di affermazione del diritto comunitario ed enunciando il seguente principio: *«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 delle Comunità europee divenuta definitiva».*

il diritto comunitario immediatamente applicabile, comprendente sia il terzo codice che la decisione 90/555, doveva prevalere sull'autorità di cosa giudicata della sentenza della Corte d'appello di Roma.

Il Consiglio di Stato constatava la sussistenza di un conflitto tra tale sentenza e la decisione 90/555.

Secondo il Consiglio di Stato, risulta evidente che le autorità competenti avrebbero potuto e dovuto tempestivamente eccepire l'esistenza della decisione 90/555 nel corso della controversia risolta dalla Corte d'appello di Roma, controversia nella quale, fra l'altro, si discuteva in ordine alla legittimità della mancata erogazione del contributo per la necessità di attendere l'approvazione della Commissione. In tali condizioni, avendo poi le autorità competenti rinunciato ad impugnare la sentenza pronunciata dalla Corte d'appello di Roma, non vi sarebbe dubbio che la predetta sentenza sia passata in giudicato, e che l'area dei fatti coperta dal giudicato sia estesa alla compatibilità comunitaria della sovvenzione, quantomeno con riferimento alle decisioni comunitarie preesistenti al giudicato. Gli effetti del giudicato sarebbero quindi astrattamente invocabili anche con riguardo alla decisione 90/555, intervenuta prima della conclusione della controversia».

²⁴³ Principio sul quale cfr. Corte Giust., 21 settembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, causa 205-215/82, citata dalla stessa sentenza Lucchini.

²⁴⁴ Lo fa notare SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzioni*, cit., p. 121.

Il principio, se, da un lato, colpisce il giudicato e la sua definizione interna, dall'altro lato influisce sull'azione dell'Amministrazione nazionale, la quale, avendo seguito le direttive impartite date dal Giudice interno, dovrà esercitare proprio il potere eliminatorio²⁴⁵.

3.5.1. Il nuovo valore di giudicato.

Dunque, mentre la sentenza *Künhe & Heitz* ha, per la prima volta, sancito, la prevalenza del diritto comunitario successivo rispetto a quello domestico²⁴⁶, la pronuncia *Lucchini*, in maniera più netta, il quale risulta in tal modo “polverizzato”²⁴⁷

La statuizione è una cesura rispetto al principio di autonomia degli Stati membri e del principio della cosa giudicata²⁴⁸. Addirittura, parte della dottrina definisce questo approccio violento ed in grado di proiettarsi in una dimensione esponenzialmente più ampia rispetto al solo valore del giudicato²⁴⁹.

È evidente che, a prescindere da valutazioni qualitative, la stessa incide in modo sensibile sulla certezza del diritto, sempre partendo dall'argomento di base della primazia del diritto comunitario²⁵⁰.

Secondo la suddetta dottrina, tre sarebbero le principali conseguenze:

- i) si finisce per sottolineare una netta differenza tra la definitività comunitaria di un atto e una definitività interna, ritenuta ormai effimera²⁵¹;
- ii) si impone il diritto comunitario come cogente, a coto di far prevalere l'esecrato principio di legalità sostanziale²⁵²;

²⁴⁵ SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzioni*, cit., pp. 179 e ss. analizza le conseguenze sulla certezza giuridica. Sull'argomento si veda anche infra, cap. 3.

²⁴⁶ Sul punto NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, cit., p. 2947.

²⁴⁷ Usa questa espressione SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, cit., p. 121.

²⁴⁸ ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in AA.VV., *Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 20-22 settembre 2007, Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, p. 87, esprime il suddetto giudizio dopo aver svolto un'accurata disamina giurisprudenziale e vedendo lo strappo rispetto alla precedente giurisprudenza comunitaria, la quale, tenendo fermo il valore del giudicato domestico, non escludeva la responsabilità dello Stato membro.

²⁴⁹ SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, cit., p. 127.

²⁵⁰ ID., p. 123.

²⁵¹ ID., p. 124. Peraltro, ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, cit., p. 112, l'esposta conseguenza si pone in netto contrasto con la proponibilità d'ufficio della questione di validità dell'atto comunitario; per questo, secondo l'Autore, sarebbe necessaria una più completa riforma.

²⁵² SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, cit., p. 125.

iii) si svisciva l'importanza del principio comunitario del legittimo affidamento (sebbene lo stesso non possa essere invocato per situazioni contrarie al diritto comunitario).

4. Il potere (positivo) di adeguamento.

Il rispetto dei principi espressi dall'ordinamento giurisdizionale comunitario è, probabilmente, maggiormente comprensibile di qualsiasi altro potere. Essendo l'*aquis communautaire* recepito nell'ambito del nostro ordinamento, è chiaro che gli enti pubblici non possano andare contro dette statuizioni.

Più articolato è il discorso che deve dispiegarsi in merito all'applicazione positiva dei principi espressi dalla Corte di Giustizia, con particolare riferimento alle statuizioni che ampliano la sfera giuridica del cittadino.

Deve, per prevenire equivoci, farsi un primo chiarimento terminologico. La denominazione "potere di adeguamento" non può essere ritrovata in nessuna trattazione riguardante il diritto europeo o i poteri della Corte di Giustizia. In particolare, detto potere viene, da un lato, ritenuto alla base del principio, di leale collaborazione espresso dal già citato art. 4, par. 3 del TUE, e, dall'altro, ritenuto praticamente implicito nel dovere stesso di collaborazione.

In senso ampio, infatti, il potere di adeguamento può ricomprendere tutte le facoltà e gli obblighi che gli Stati membri possiedono relativamente al rendere i propri ordinamenti conformi al diritto europeo. In un significato estensivo, dunque, anche l'autotutela decisoria potrebbe rientrare nell'ambito del potere di adeguamento.

Nella presente ricerca, tuttavia, la locuzione sarà utilizzata nel significato di potere "positivo". In altre parole, il potere di adeguamento ricoprirà il fine di interventi positivi dello Stato (e della propria Amministrazione) per ampliare la sfera giuridica dei destinatari delle norme, sulla base dei principi espressi nelle pronunce della Corte di Giustizia.

4.1. Origine e natura del potere di adeguamento.

Come detto, sul potere di adeguamento ampliativo della sfera giuridica dei destinatari non paiono trovarsi consistenti riferimenti dottrinali.

Dal punto di vista normativo, l'art. 4, par. 3 del TUE impone agli Stati membri un'ampia collaborazione al fine di adeguare il proprio diritto ad omogenee statuizioni comunitarie.

La sola norma, tuttavia, appare fin troppo ampia per definire al meglio gli effetti specifici del suddetto potere.

Sicuramente, la giurisprudenza comunitaria sul punto appare maggiormente chiarificatrice.

A tal fine, nell'ambito della recente giurisprudenza comunitaria, appare utile spendere qualche considerazione sulla sentenza *Fiamingo*²⁵³.

Si tratta di una pronuncia avente ad oggetto la rinnovabilità dei contratti a tempo determinato²⁵⁴, ambito, come si vedrà, particolarmente importante per definire i caratteri del potere di adeguamento degli Stati.

Nel caso in esame, il giudice del rinvio chiede alla Corte un chiarimento in merito alla portata della clausola 5²⁵⁵ dell'Accordo quadro concluso fra le

²⁵³ Corte Giust., 3 luglio 2014, cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13, Maurizio Fiamingo, Leonardo Zappalà, Francesco Rotondo e a. contro Rete Ferroviaria Italiana s.p.a.

²⁵⁴ Il fatto è ben sintetizzato dalla Corte di Giustizia stessa: «*I ricorrenti nei procedimenti principali sono marittimi iscritti nei registri della gente di mare. Essi sono stati arruolati dalla RFI mediante una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, conclusi posteriormente al 2001, per uno o più viaggi e per 78 giorni al massimo, al fine di essere imbarcati su traghetti per il tragitto Messina-Villa San Giovanni e Messina-Reggio Calabria. Dalle decisioni di rinvio si evince che detti ricorrenti hanno lavorato, nell'ambito di tali contratti, al servizio del loro datore di lavoro per un tempo inferiore a un anno e che è trascorso un periodo superiore a 60 giorni dalla cessazione di un contratto di lavoro e la conclusione del contratto successivo.*

Poiché ritengono che i loro rapporti di lavoro siano stati risolti illegalmente all'atto del loro sbarco, i ricorrenti nei procedimenti principali hanno adito il Tribunale di Messina chiedendo che venisse dichiarata la nullità dei loro contratti di lavoro a tempo determinato, la trasformazione di detti contratti in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, la loro immediata riassunzione o reintegrazione, nonché il versamento di un risarcimento per il danno sofferto.

Mentre il Tribunale di Messina, in primo grado, ha accolto le domande dei ricorrenti nel procedimento principale nella causa C-407/13 e respinto le domande dei ricorrenti nei procedimenti principali nelle cause C-362/13 e C-363/13, la Corte d'appello di Messina, in appello, ha respinto l'integralità delle domande.

Di conseguenza, i ricorrenti nei procedimenti principali hanno adito la Corte suprema di cassazione, chiedendo la censura della Corte d'appello di Messina per aver giudicato inapplicabile ai marittimi l'accordo quadro e per aver considerato legali i loro contratti di lavoro a tempo determinato, mentre questi ultimi non indicano il termine dei contratti, ma unicamente la loro durata con la formula «max 78 giorni», e nemmeno le ragioni oggettive che giustificassero il ricorso a siffatti contratti. Secondo detti ricorrenti, si sarebbe in presenza di un uso abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato, dal momento che questi ultimi sarebbero utilizzati non a causa del carattere speciale del lavoro marittimo o dell'esistenza di ragioni obiettive, ma al fine di porre rimedio a carenze strutturali di personale.

Di conseguenza, la Corte suprema di Cassazione ritiene che occorra chiedersi se l'accordo quadro si applichi ai rapporti di lavoro conclusi nel settore marittimo. Infatti, se tale fosse il caso, le modalità di arruolamento a tempo determinato previste dal codice della navigazione potrebbero risultare contrarie all'accordo quadro. Posto che il legislatore italiano ha adempiuto, mediante il decreto legislativo del 6 settembre 2001, n. 368, recante attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, all'obbligo sancito dalla clausola 5 di tale accordo, consistente nel prevedere misure tali da scongiurare il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, da ciò potrebbe derivare che le disposizioni di tale decreto debbano applicarsi anche ai rapporti di lavoro nel settore marittimo».

²⁵⁵ Per comodità del lettore, si riporta l'intera clausola: «*Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e delle prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi ed in un modo che tenga conto delle*

organizzazioni intercategoriale lavorative e allegato alla Direttiva 1999/70/CE²⁵⁶.

In primo luogo, la Corte di Giustizia chiarisce la piena discrezionalità in capo al legislatore (e, dunque, all'Amministrazione nazionale) in merito alle soluzioni da utilizzare per adeguare la normativa interna alle disposizioni comunitarie²⁵⁷ (e, dunque, alle sentenze europee)²⁵⁸.

Tuttavia, all'interno della suddetta discrezionalità, le modalità di applicazione di tali norme spettino all'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in forza del principio dell'autonomia processuale di questi ultimi, esse non devono essere però meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)²⁵⁹.

È proprio su questi due limiti, dunque, che si fonderebbe il suddetto potere di adeguamento.

esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.

Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, e/o le parti sociali stesse, dovranno, se del caso, stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato: a) devono essere considerati successivi; b) devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato».

²⁵⁶ In particolare, la Corte di Cassazione italiana chiede «sostanzialmente se le clausole 3, punto 1, e 5 dell'accordo quadro debbano essere interpretate nel senso che esse ostano a una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, la quale, da un lato, ritiene che la giustificazione oggettiva di un contratto di lavoro a tempo determinato sia costituita dalla mera indicazione del viaggio o dei viaggi da compiere e, dall'altro, prevede la trasformazione di contratti di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato unicamente nel caso in cui il lavoratore interessato sia stato occupato ininterrottamente in forza di contratti del genere dallo stesso datore di lavoro per una durata superiore a un anno, tenendo presente che il rapporto di lavoro va considerato ininterrotto quando i contratti di lavoro a tempo determinato sono separati da un intervallo inferiore o pari a 60 giorni».

²⁵⁷ Cfr. par. 59 della sentenza in esame.

²⁵⁸ Si veda il paragrafo 1 di questo capitolo.

²⁵⁹ Cfr. par. 63 della sentenza in esame, nella quale vengono citate «in particolare, sentenza *Angelidaki e a.*, EU:C:2009:250, punto 159, nonché ordinanze *Affatato*, EU:C:2010:574, punto 46, e *Papalia*, EU:C:2013:873, punto 21». Quest'ultima, in particolare, sarà oggetto di specifica trattazione nel paragrafo di questo capitolo relativo all'approfondimento sulla stabilizzazione.

4.1.1. Standard superiori e normativa nazionale.

All'interno dei limiti al potere di adeguamento, merita un cenno la pronuncia Melloni²⁶⁰, nella quale la Corte di Giustizia ha esaminato il caso in cui la normativa nazionale preveda uno standard di protezione del diritto superiore alla normativa nazionale.

In particolare, la sentenza riguardava l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo dalla Spagna di un cittadino italiano²⁶¹, condannato nel proprio Paese d'origine ad una sanzione detentiva per bancarotta fraudolenta.

²⁶⁰ Corte giust., 26 febbraio 2013, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*, C-399/11. Con riferimento ai commenti italiani della suddetta sentenza si vedano RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione europea ed il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, in www.diritticomparati.it; Id., *Mandato d'arresto europeo e primo rinvio pregiudiziale del TCE: la via solitaria della Corte di giustizia*, in www.diritticomparati.it; IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Riv. Ass. It. Costituzionalisti*, 2013.

²⁶¹ L'intero fatto è sintetizzato dalla stessa Corte di Giustizia: «Con ordinanza del 1° ottobre 1996, la prima sezione della camera penale della Audiencia Nacional (Tribunale centrale, Spagna) ha concesso l'estradizione verso l'Italia del sig. Melloni, affinché questi potesse essere ivi giudicato per i fatti esposti nei mandati d'arresto nn. 554/1993 e 444/1993, emessi, rispettivamente, il 13 maggio e il 15 giugno 1993 dal Tribunale di Ferrara. Essendo stato rimesso in libertà dietro una cauzione di ESP 5 000 000, da lui versata il 30 aprile 1996, il sig. Melloni si è dato alla fuga, e dunque non ha potuto essere consegnato alle autorità italiane.

Con decisione del 27 marzo 1997, il Tribunale di Ferrara ha rilevato la mancata comparizione del sig. Melloni e ha autorizzato l'esecuzione delle notifiche presso i difensori di fiducia da lui nominati. Con sentenza del Tribunale di Ferrara del 21 giugno 2000, confermata poi con sentenza della Corte d'appello di Bologna del 14 marzo 2003, il sig. Melloni è stato condannato in contumacia per bancarotta fraudolenta alla pena di dieci anni di reclusione. Con decisione del 7 giugno 2004, la quinta sezione penale della Corte Suprema di Cassazione ha respinto il ricorso proposto dai difensori del sig. Melloni. L'8 giugno 2004, il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Bologna ha emesso il mandato d'arresto europeo n. 271/2004 ai fini dell'esecuzione della sentenza di condanna pronunciata dal Tribunale di Ferrara.

In seguito all'arresto del sig. Melloni da parte della polizia spagnola avvenuto il 1° agosto 2008, il Juzgado Central de Instrucción n. 6 (Spagna) ha disposto, con ordinanza del 2 agosto 2008, la trasmissione degli atti relativi al suddetto mandato di arresto europeo alla prima sezione della camera penale della Audiencia Nacional.

Il sig. Melloni si è opposto alla propria consegna alle autorità italiane, sostenendo, in primo luogo, che durante il procedimento di appello egli aveva nominato un avvocato diverso dai due che lo avevano rappresentato, revocando la nomina conferita a questi ultimi, e che, nonostante tale revoca, le autorità avevano continuato ad effettuare le notifiche presso di loro. In secondo luogo, egli ha sostenuto che il diritto processuale italiano non prevede la possibilità di impugnare le sentenze di condanna pronunciate in absentia e che dunque l'esecuzione del mandato d'arresto europeo avrebbe dovuto essere subordinata, se del caso, alla condizione che la Repubblica italiana garantisse la possibilità di impugnare la sentenza di condanna.

Con ordinanza del 12 settembre 2008, la prima sezione della camera penale della Audiencia Nacional ha autorizzato la consegna del sig. Melloni alle autorità italiane ai fini dell'esecuzione della sentenza di condanna inflittagli dal Tribunale di Ferrara per il reato di bancarotta fraudolenta, sulla base del fatto che, da un lato, non era stato dimostrato che gli avvocati da lui nominati avevano cessato di rappresentarlo a partire dal 2001 e, dall'altro, che i suoi diritti della difesa erano stati rispettati, dal momento che egli era

venuto previamente a conoscenza della celebrazione del processo, si era volontariamente reso contumace e aveva nominato due avvocati ai fini della sua rappresentanza e difesa, i quali erano intervenuti, a tale titolo, nel procedimento di primo grado, in quello di appello e in cassazione, esaurendo così i mezzi di ricorso.

Il sig. Melloni ha proposto, dinanzi al Tribunal Constitucional, un «recurso de amparo» (ricorso di costituzionalità) contro la suddetta ordinanza. A fondamento del suo ricorso, egli deduce una violazione indiretta dei requisiti tassativamente imposti dal diritto a un processo equo sancito dall'articolo 24, paragrafo 2, della Costituzione spagnola. La concessione dell'extradizione verso Stati che, in caso di reati molto gravi, considerano legittime le sentenze di condanna pronunciate in absentia, senza subordinare la consegna del condannato alla condizione che quest'ultimo possa impugnare tali sentenze di condanna per tutelare i suoi diritti della difesa, risulterebbe infatti lesiva del contenuto essenziale dell'equo processo in modo tale da ledere la dignità umana.

Con ordinanza del 18 settembre 2008, la prima sezione del Tribunal Constitucional ha dichiarato ricevibile il «recurso de amparo» e ha disposto la sospensione dell'esecuzione dell'ordinanza del 12 settembre 2008. Con ordinanza del 1° marzo 2011, la seduta plenaria del Tribunal Constitucional ha deciso di esaminare essa stessa tale ricorso.

Il giudice del rinvio riconosce di aver affermato, nella sua sentenza 91/2000 del 30 marzo 2000, che il contenuto vincolante dei diritti fondamentali è più limitato quando essi vengono applicati ad extra, dato che solo i requisiti più basilari ed elementari possono essere ricollegati all'articolo 24 della Costituzione spagnola e rivelare un'incostituzionalità indiretta. Tuttavia, secondo tale giudice, costituisce una violazione «indiretta» dei requisiti del diritto a un processo equo, in quanto lede il contenuto essenziale di un processo equo in modo da ledere la dignità umana, la decisione dei giudici spagnoli di concedere l'extradizione verso Stati che, in caso di reati molto gravi, considerano legittime le sentenze di condanna pronunciate in absentia, senza subordinare la consegna del condannato alla condizione che quest'ultimo possa impugnare tali sentenze di condanna per tutelare i suoi diritti della difesa.

Il giudice del rinvio ricorda che tale giurisprudenza nazionale è applicabile anche nell'ambito della procedura di consegna istituita con la decisione quadro 2002/584 per due ordini di ragioni. La prima è relativa al fatto che la condizione cui è subordinata la consegna di una persona condannata è inerente al contenuto essenziale del diritto costituzionale ad un processo equo. Quanto alla seconda, essa si basa sul fatto che l'articolo 5, punto 1, di tale decisione quadro, nella formulazione allora vigente, contemplava la possibilità che l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso per dare esecuzione ad una condanna pronunciata in absentia fosse subordinata «dalla legge dello Stato membro di esecuzione», in particolare, alla condizione che «l'autorità giudiziaria emittente fornisca assicurazioni considerate sufficienti a garantire alle persone oggetto del mandato d'arresto europeo la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro emittente che garantisca i loro diritti della difesa e di essere presenti al giudizio» (sentenza del Tribunal Constitucional 177/2006, del 5 giugno 2006).

Il giudice del rinvio ricorda infine che, con la sua sentenza 199/2009 del 28 settembre 2009, esso ha accolto il «recurso de amparo» proposto contro un'ordinanza che autorizzava la consegna della persona in questione alla Romania, in esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una sentenza di condanna a quattro anni di reclusione pronunciata in absentia, senza fare riferimento al requisito secondo cui la condanna in questione poteva essere oggetto di revisione. A tal fine, la suddetta sentenza ha respinto l'argomento della Audiencia Nacional secondo cui la sentenza di condanna non sarebbe stata effettivamente pronunciata in absentia, dal momento che il ricorrente aveva conferito mandato a un avvocato, il quale era comparso in giudizio in qualità di suo difensore.

Secondo il Tribunal Constitucional, le difficoltà derivano dal fatto che la decisione quadro 2009/299 ha soppresso l'articolo 5, punto 1, della decisione quadro 2002/584 e ha introdotto nella stessa un nuovo articolo 4 bis. Orbene, tale articolo 4 bis impedirebbe di «rifiutare di eseguire il mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà se l'interessato non è comparso personalmente al processo terminato con la decisione» quando l'interessato «essendo al corrente della data fissata, aveva conferito un mandato ad un difensore, nominato dall'interessato o dallo Stato, per patrocinarlo in giudizio, ed è stato in effetti patrocinato

Con il terzo quesito del rinvio pregiudiziale, infatti, il Tribunal costitucioal spagnolo chiede alla Corte se la normativa europea osti alla subordinazione della consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione che la sentenza di condanna possa essere riesaminata nello Stato richiedente²⁶², riconoscendo così a tali diritti un livello di protezione più elevato rispetto a quello derivante dal diritto dell'Unione europea, al fine di evitare un'interpretazione limitativa o lesiva di un diritto fondamentale sancito dalla Costituzione di tale Stato membro.

La Corte di Giustizia, sul punto, non accoglie la suddetta interpretazione, affermando che *«sarebbe lesiva del principio del primato del diritto dell'Unione, in quanto permetterebbe a uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta (dei diritti fondamentali), sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato.*

Secondo una giurisprudenza consolidata, infatti, in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, che è una caratteristica essenziale dell'ordinamento giuridico dell'Unione (...), il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato».

In sintesi, dunque, il potere di adeguamento della normativa nazionale al diritto comunitario è condizionato anche laddove il primo preveda standards di protezione inferiori al diritto nazionale²⁶³.

in giudizio da tale difensore». Il giudice del rinvio osserva che, nell'ambito del procedimento sfociato nel giudizio di controllo della legittimità costituzionale dinanzi ad esso pendente, è pacifico che il sig. Melloni aveva dato mandato a due avvocati di sua fiducia, ai quali il Tribunale di Ferrara ha notificato la futura celebrazione del processo, cosicché egli ne aveva conoscenza. È altresì assodato, secondo lo stesso giudice, che il sig. Melloni è stato effettivamente difeso da tali due avvocati durante il processo di primo grado e nei successivi ricorsi in appello e in cassazione.

Secondo il Tribunal Constitucional, si pone dunque la questione di stabilire se la decisione quadro 2002/584 impedisca ai giudici spagnoli di subordinare la consegna del sig. Melloni alla possibilità di revisione della sentenza di condanna in questione.

A questo proposito, il giudice del rinvio respinge l'argomento del Ministerio Fiscal secondo cui il rinvio pregiudiziale non sarebbe necessario».

²⁶² Tale diritto è, infatti, riconosciuto, dalla Cost. spagnola, art. 53.

²⁶³ Deve precisarsi che una parte della dottrina ha visto questa pronuncia comunitaria non tanto come un ritorno ad una concezione assoluta del primato del diritto comunitario, bensì come un tentativo di integrare la lettura delle Carte costituzionali on l'uniformità del diritto dell'Unione: sul punto si vedano BIANCO – MARTINICO, *Il rapporto fra ordinamenti spagnolo ed europeo alla luce del caso Iberdrola*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 1072. Non è d'accordo con la lettura citata RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione europea ed il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, cit. , il quale afferma: *«Viene, in tal modo, inevitabilmente ad instaurarsi un rapporto di strumentalità necessaria – se si vuole: di gerarchia, culturale e positiva – tra Costituzione nazionale (e, in genere, disciplina normativa interna) e Carta dell'Unione, la prima potendo entrare in campo e farsi valere unicamente quale strumento di attuazione*

4.2. Strumenti telematici di facilitazione e adeguata formazione²⁶⁴.

Se i principi di equivalenza e di effettività sono alla base del potere – dovere del legislatore e dell'Amministrazione nazionali di adeguare il proprio ordinamento e il proprio operato all'*aquis communautaire*, è anche vero che il mancato adeguamento può non dipendere da volontà.

Il giudice comunitario, infatti, è pacificamente riconosciuto come giudice in grado di influire sulle decisioni (amministrative, legislative e giudiziarie), ma non sempre le sue decisioni sono in grado di dispiegare il suddetto ordine conformativo.

Più precisamente, le parti del giudizio di fonte alla Corte sono sicuramente a conoscenza della statuizione di principio, ma non altrettanto può essere detto per i cittadini o tutte le Amministrazioni dello Stato. Lo stesso rapporto organico esistente tra la parte apicale in giudizio (ad es. la Presidenza del Consiglio dei Ministri) non è in grado di garantire l'effettiva conoscenza della statuizione alla quale adeguare il proprio operato da parte di tutte le Amministrazioni dello Stato²⁶⁵.

Da questo punto di vista, dunque, gli strumenti informatici possono essere di grande aiuto²⁶⁶.

Già oggi, il sito www.curia.eu raccoglie tutte le sentenze e le ordinanze della Corte di Giustizia, nonché le conclusioni degli Avvocati generali. Un sistema di motore di ricerca, inoltre, ne permette un'agevole consultazione.

Tuttavia, se ai fini di ricerca scientifica il sito è eccellente, probabilmente per l'attività amministrativa quotidiana lo stesso non basta.

della seconda, non già in via alternativa rispetto a questa. Un'attuazione – si riconosce – che può anche portare all'innalzamento del livello di tutela fissato in ambito sovranazionale, ma che – come si vede – deve pur sempre svolgersi lungo un binario (e il verso) tracciato dalla Carta dell'Unione. Le eventuali "addizioni" nella tutela – per riprendere ed adattare al caso nostro una nota immagine forgiata per esperienze processuali nondimeno assai diverse – devono dunque pur sempre risultare, secondo la fortunata immagine crisafulliana, "a rime obbligate" (o, meglio, bacciate), senza che possa comunque aversene alcun pregiudizio per l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione».

²⁶⁴ Le considerazioni del presente paragrafo sono state liberamente ispirate dalla lezione tenutasi nell'ambito del corso di dottorato in *Diritto dell'attività amministrativa informatizzata e della comunicazione pubblica* in data 16 gennaio 2015 dal titolo "La trasparenza amministrativa in uno sguardo comparato" ed avente come relatori i Proff. ANGELO GIUSEPPE OROFINO (Università LUM Jean Monnet) e ISAAC MARTIN DELGADO (Universidad de Castilla-La Mancha).

²⁶⁵ È vero che le statuizioni della Corte di Giustizia possono essere trasmesse mediante circolare, ma non sempre questo strumento, per la verità di rado utilizzato, è in grado di fornire una conoscenza adeguata e capillare del principio europeo espresso.

²⁶⁶ In generale, sugli strumenti telematici di semplificazione e sul procedimento amministrativo informatico si vedano: DUNI, *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, Milano, 2008; ATELLI – ATERNO – CACCIARI – CAUTERUCCIO, *Codice dell'amministrazione digitale. Commentario*, Roma, 2008; MARONGIU, *Il governo dell'informatica pubblica*, Roma, 2007; PUBUSA, *Diritto di accesso ed automazione. Profili giuridici e prospettive*, Torino, 2006; PUDDU, *Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico*, Napoli, 2006.

Ci si troverebbe, infatti, nell'assurda situazione in cui gli amministratori, prima dell'emanazione di un qualsiasi provvedimento, dovrebbero ricercare, mediante parole chiave, ogni sentenza europea esistente su ogni tema del provvedimento stesso. È evidente che questa ricerca non solo non sarebbe in linea con il principio di efficienza dell'attività amministrativa, ma probabilmente non darebbe neppure contezza della linea giurisprudenziale maggioritaria esistente su ogni tema.

Conseguentemente, apparirebbe maggiormente utile un sistema di linee guida per ogni ambito di provvedimento, consultabile con un sistema informatico intuitivo²⁶⁷.

Le linee guida potrebbero essere redatte in modo che contengano sia i principi espressi e le statuizioni della Corte, sia le scelte discrezionali che le Amministrazioni possono compiere²⁶⁸.

Tutto questo, tuttavia, non è realizzabile senza un'adeguata formazione, europea ed informatica, dei funzionari amministrativi, anche locali. Corsi di informatica giuridica e di redazione di provvedimenti mediante linee guida potrebbero rendere l'applicazione del diritto europeo più semplice e realizzare il fine ultimo della omogeneità del diritto comunitario, proprio della Corte di Giustizia.

4.3. Il tempo nel potere di adeguamento.

Se nel paragrafo 3.4. è stato analizzato l'influsso del tempo cairologico²⁶⁹ nell'ambito del potere di autotutela decisoria dell'Amministrazione nazionale, stesse considerazioni possono essere fatte per il potere positivo di adeguamento ad una pronuncia comunitaria, con esiti, però, nettamente opposti.

Se infatti, la discrezionalità dell'autotutela decisoria è imbrigliata dalle condizioni della sentenza *Künhe & Heitz* ed il risultato fisiologico dell'anticomunitarietà è l'annullamento dell'atto amministrativo stesso, diverso discorso può essere compiuto nel caso in cui l'Amministrazione

²⁶⁷ Fa riflettere il fatto che, sempre più, vengano adottate riforme relative all'informatizzazione del Paese, ma ancora non siano state previste norme sulla informatizzazione per uniformare l'attività provvedimentale alla normativa ed alla giurisprudenza europea.

Sulle ultime riforme in tema di informatizzazione si veda CARINGELLA – GIUSTINIANI – TORIELLO, *La riforma Renzi della Pubblica Amministrazione*, Roma, 2014, p. e ss.

²⁶⁸ Ideale sarebbe che i principi espressi dalla Corte di Giustizia venissero direttamente sintetizzati in sede europea, magari da un ufficio apposito. L'ambito di discrezionalità in capo allo Stato dovrebbe essere delineato da un ufficio statale, il quale potrebbe anche esplicitare le linee di attuazione del principio europeo espresso.

²⁶⁹ Sul punto si veda MAURO, *Appunti su tempo esatto e tempo opportuno con particolare riferimento alla legge italiana sul procedimento amministrativo*, cit. ed il precedente paragrafo 3.4.

debba adeguarsi, emanare nuovi provvedimenti sulla base di un *dictum* della Corte comunitaria.

In questo caso, la giurisprudenza, come detto, pretende che il provvedimento di adeguamento alla sentenza comunitaria sia conforme ai principi di effettività e di equivalenza.

E proprio grazie a questi limiti il tempo è una variabile da considerare. Se, infatti, è vero che il legislatore o l'Amministrazione che utilizza il tempo come una risorsa può affidarsi a scelte temporalmente ragionevoli e tempera il proprio assolutismo per condividere responsabilità con coloro che sono quotidianamente alle prese con fatti concretissimi²⁷⁰, conseguentemente anche il principio di effettività potrà essere (maggiormente) soddisfatto da una scelta consapevole compiuta in un tempo adeguato.

In sintesi, dunque, l'adeguamento amministrativo in tempi troppo brevi o troppo dilatati può comportare una vera e propria violazione dell'effettività, in particolar modo in campi laddove vi sono molti soggetti interessati al provvedimento (poiché lesi o beneficiari) e le strutture organizzative e giuridiche si sono formate in un tempo vasto, tale da non consentire di arrivare in breve tempo ad una soluzione che rispetti anche il principio di equivalenza.

4.4. Stabilizzazione e precariato: potere-dovere dell'Amministrazione e bilanciamento delle situazioni giuridiche.

Un campo argomentativo che può essere ritenuto d'esempio del potere-dovere di adeguamento della Pubblica Amministrazione è la stabilizzazione dei pubblici dipendenti precari²⁷¹.

²⁷⁰ MAURO, *Appunti su tempo esatto e tempo opportuno con particolare riferimento alla legge italiana sul procedimento amministrativo*, cit.

²⁷¹ La stabilizzazione è un procedimento diretto all'assorbimento del precariato (in particolare il precariato "storico") da parte della Pubblica Amministrazione, che trova la sua principale fonte normativa nell'art. 1, comma 519 della L. 27 dicembre 2006, n. 296 (c.d. finanziaria per il 2007): «Per l'anno 2007 una quota pari al 20 per cento del fondo di cui al comma 513 è destinata alla stabilizzazione a domanda del personale non dirigenziale in servizio a tempo determinato da almeno tre anni, anche non continuativi, o che consegua tale requisito in virtù di contratti stipulati anteriormente alla data del 29 settembre 2006 o che sia stato in servizio per almeno tre anni, anche non continuativi, nel quinquennio anteriore alla data di entrata in vigore della presente legge, che ne faccia istanza, purché sia stato assunto mediante procedure selettive di natura concorsuale o previste da norme di legge. Alle iniziative di stabilizzazione del personale assunto a tempo determinato mediante procedure diverse si provvede previo espletamento di prove selettive. Le amministrazioni continuano ad avvalersi del personale di cui al presente comma, e prioritariamente del personale di cui all'articolo 23, comma 1, del decreto legislativo 8 maggio 2001, n. 215, e successive modificazioni, in servizio al 31 dicembre 2006, nelle more della conclusione delle procedure di stabilizzazione (...)». Successivamente, la direttiva della Presidenza del

La stabilizzazione del precariato amministrativo, infatti, è un campo argomentativo nel quale l'aspirazione del lavoratore all'assunzione a tempo indeterminato si scontra con il principio del pubblico concorso ex art. 97 Cost., e, dunque, la stessa situazione giuridica soggettiva del precario non può essere senza dubbio definita come diritto o come interesse legittimo²⁷². Sul tema, i rapidi *revirement* della Corte di Cassazione testimoniano una incertezza non solo nella qualificazione della stessa procedura ma anche della situazione del precario. Ed allora, occorre forse chiedersi se il lavoratore può vantare un diritto, caratterizzato da diretta tutela e derivante dalla buona fede contrattuale e dall'affidamento in successivi rinnovi. Oppure, al contrario, il bene giuridico tutelato è in mano all'Amministrazione, la cui tutela è sottoposta ad un bilanciamento con l'interesse pubblico.

La questione non è di poco conto se raffrontata al potere-dovere dell'Amministrazione di adempiere al dettato della giurisprudenza comunitaria. Non solo, infatti, il ragionamento sul caso del precariato italiano permette di qualificare il meglio la doverosità dell'adeguamento, ma anche come il detto adeguamento viene spinto dalla Corte di Giustizia e realizzato nell'ordinamento nazionale.

In altre parole, dunque, proprio analizzare se il precario abbia un diritto o un interesse legittimo aiuta a comprendere cosa la Corte di Giustizia dica sul punto e come, sulla base di questa statuizione, l'Amministrazione nazionale agisca.

Uno spunto può essere intravisto dalla posizione che la Corte di Giustizia Europea, nel ruolo nomofilattico attribuitole dall'art. 234 TCE, ha assunto in un'ordinanza del 12 dicembre 2013²⁷³. In particolare, il Giudice europeo ha analizzato un aspetto diverso, seppur collegato, della questione: la

Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Funzione Pubblica 30 aprile 2007, n. 7 ha specificato presupposti e requisiti per l'attivazione delle procedure.

In generale, si vedano anche MILANI, *Le misure di stabilizzazione del lavoro precario nel settore pubblico previste dalla finanziaria 2007*, in GDA, 2007, p. 1265; DANZA, *La stabilizzazione nella giurisprudenza del pubblico impiego contrattualizzato*, in www.altalex.it. Per completezza si segnala un mio precedente intervento (*La stabilizzazione del precariato tra istanze sociali e principio del pubblico concorso: quando l'armatore cerca di cambiare le regole della navigazione*, di prossima pubblicazione), facendosi riferimento a tutta la dottrina e giurisprudenza ivi citata.

²⁷² Ho avuto modo di approfondire il presente argomento mediante lo scritto *La stabilizzazione del precariato tra istanze sociali e principio del pubblico concorso: quando l'armatore cerca di cambiare le regole della navigazione*, di prossima pubblicazione con *Univali-Brasile*, e presentata come intervento al convegno internazionale *Legal imagination(s) – Visioni del Giuridico*, tenutosi a Perugia in data 10-12 luglio 2014. Si richiamano, dunque, in questa sede, dottrina e giurisprudenza ivi citate.

²⁷³ Ordinanza 12 dicembre 2013, *Papalia c. Comune di Aosta*, C-50/13, consultabile su www.curia.eu.

prevenzione e la sanzione degli abusi dei rinnovi effettuata dalla Pubblica Amministrazione.

La fattispecie al vaglio della Corte riguarda un lavoratore impiegato all'interno dell'amministrazione comunale di Aosta, con contratto a tempo indeterminato rinnovato ininterrottamente dal 1983.

Il giudice del rinvio ricorda come la clausola 5 dell'Accordo quadro concluso fra le organizzazioni intercategoriale lavorative e allegato alla Direttiva 1999/70/CE abbia introdotto l'obbligo per gli Stati membri di introdurre misure atte ad evitare gli *“abusi derivanti da una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato”*²⁷⁴. Inoltre, lo stesso giudice sottolinea come l'art. 36, comma 5 del D.lgs. 165/2001 (recante norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), prevede che la violazione delle norme riguardanti l'impiego di lavoratori non può comportare la costituzione di rapporti a tempo indeterminato. In questo caso, il lavoratore interessato ha esclusivamente diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di norme imperative.

Il giudice nazionale, dunque, chiede alla Corte di Giustizia se, nell'ipotesi di utilizzo abusivo da parte della P.A. di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato la normativa nazionale possa provvedere solo il risarcimento del danno per il lavoratore interessato e non anche la trasformazione del contratto in un rapporto definitivo²⁷⁵.

La Corte, in primo luogo, chiarisce che, di per sé, la clausola 5 succitata non obbliga il legislatore nazionale ad imporre all'Amministrazione la trasformazione del contratto da tempo determinato ad indeterminato.

In secondo luogo, la normativa nazionale in esame può essere considerata legittima qualora disciplini una effettiva misura di contrasto dell'abuso e qualora non sia meno favorevole di quelle disciplinanti situazioni analoghe

²⁷⁴ Ancora una volta, per comodità del lettore, si riporta l'intera clausola *“Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e delle prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi ed in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.*

Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, e/o le parti sociali stesse, dovranno, se del caso, stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato: a) devono essere considerati successivi; b) devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato”.

²⁷⁵ Per la verità, anche altra precedente giurisprudenza comunitaria si era occupata di questioni simili: si veda sentenza 4 luglio 2006, Adeneler e a., C-212/04; sentenza 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, C-53/04; sentenza 23 novembre 2009, Lagoudakis e a., C-162/2008; sentenza 1° ottobre 2010, Affatato, C-3/10.

di natura interna né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti.

Il Giudice comunitario nota, da un lato, come l'art. 35 del d. lgs. 165/2001 preveda la riqualificazione del contratto solo a beneficio dei lavoratori del settore privato. Dall'altro lato, viene evidenziato come la prova del danno subito dal lavoratore derivante dall'abusivo rinnovo del contratto a tempo determinato, sia eccessivamente gravoso²⁷⁶.

Dunque, seppure spetti al Giudice nazionale interpretare il diritto interno, la Corte riconosce il suo potere di dare specifiche indicazioni. Sul punto, conseguentemente, afferma che la clausola 5 dell'Accordo quadro osta ad una normativa, quale quella in analisi, che preveda il solo risarcimento del danno, ottenibile, oltretutto, con una gravosa prova. Tra l'altro, per completezza, deve ricordarsi che proprio all'inizio del 2014 la questione sulla possibilità di convertire il lavoro a tempo determinato in un rapporto a tempo indeterminato è stata sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione²⁷⁷.

Quanto detto non significa che la Corte di giustizia imponga una assunzione a tempo indeterminato del lavoratore precario. Sarebbe contrario alla sua competenza ed anche la teoria dei controlimiti glielo impedirebbe.

Non solo: come detto, lo Stato membro mantiene uno spazio di discrezionalità entro il quale agire.

Tuttavia, la pronuncia ha il pregio di portare l'attenzione al lavoratore, in quanto "vittima" del comportamento abusivo dell'Amministrazione. Come sempre, il Giudice comunitario non classifica la situazione giuridica in capo al detto lavoratore, ma ne sottolinea l'effettività di tutela. Effettività che è spia, probabilmente, non di una mera speranza del precario nei confronti dell'assunzione ma di una situazione soggettiva concreta, palpabile, oggetto, appunto, di effettiva e diretta tutela.

Conseguentemente, proprio questa effettività deve essere garantita nell'adeguamento legislativo ed amministrativo dell'ordinamento nazionale, implicando una doverosa statuizione in linea con la pronuncia comunitaria.

²⁷⁶ In particolare, la Corte di giustizia, riprendendo l'interpretazione della Corte di cassazione, segnala che *"per un lavoratore del settore pubblico sarebbe impossibile fornire le prove richieste dal diritto nazionale al fine di ottenere un siffatto risarcimento del danno, poiché gli si imporrebbe di fornire, segnatamente, la prova della perdita di opportunità di lavoro e quella del conseguente lucro cessante"*.

²⁷⁷ Si veda Cass. Civ, sez. lav., ord. n. 4458/2014. Nell'ordinanza, la Sezione rileva la preminenza assoluta del principio del pubblico concorso.

4.4.1. (segue) L'ultimo intervento in tema di stabilizzazione: il principio espresso ed il dovere di adeguamento.

La giurisprudenza in tema di stabilizzazione non si è, tuttavia, fermata all'ordinanza Papalia.

In particolare, una pronuncia della Corte di Giustizia ha destato scalpore per essere nuovamente tornata sull'argomento.

Si tratta della sentenza Mascolo²⁷⁸, con la quale la Corte di Giustizia ha ritenuto che La clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, osta a una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo.

Nel caso in esame²⁷⁹, al giudice europeo viene chiesto essenzialmente se la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro debba essere interpretata nel senso

²⁷⁸ Corte Giust., 26 novembre 2014, *Mascolo e altri c. Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-418/13.

²⁷⁹ Deve specificarsi che la sentenza in esame risolve due differenti casi che pongono essenzialmente le medesime rilevanti questioni in merito alla disciplina comunitaria.

Nel primo «*Le sig.re Mascolo, Forni, Racca e Russo sono state assunte mediante contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione, le prime tre in qualità di docenti presso il Ministero e l'ultima in qualità di educatrice in asili nido e in scuole materne presso il Comune di Napoli. In forza di tali contratti, esse hanno lavorato per i propri rispettivi datori di lavoro per i seguenti periodi: 71 mesi su un periodo di 9 anni per la sig.ra Mascolo (tra il 2003 e il 2012); 50 mesi e 27 giorni su un periodo di 5 anni per la sig.ra Forni (tra il 2006 e il 2011); 60 mesi su un periodo di 5 anni per la sig.ra Racca (tra il 2007 e il 2012), e 45 mesi e 15 giorni su un periodo di 5 anni per la sig.ra Russo (tra il 2006 e il 2011).*

Ritenendo illegittimi tali contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione, le ricorrenti nei procedimenti principali hanno adito il Tribunale di Napoli chiedendo, in via principale, la trasformazione di tali contratti a tempo determinato in rapporti di lavoro a tempo indeterminato e, pertanto, la loro immissione in ruolo, nonché il pagamento degli stipendi corrispondenti ai periodi di interruzione tra la scadenza di un contratto a tempo determinato e l'entrata in vigore di quello successivo e, in subordine, il risarcimento del danno subito» (parr. 24-25 della sentenza).

Nel secondo «*Le sig.re Napolitano, Cittadino e Zangari nonché i sigg. Perrella e Romano sono stati assunti dal Ministero mediante contratti di lavoro a tempo determinato successivi, i primi quattro in qualità di docenti e l'ultimo in qualità di collaboratore amministrativo. Dagli elementi forniti alla Corte risulta che, conformemente a tali contratti, essi hanno lavorato per i propri rispettivi datori di lavoro per i seguenti periodi: 55 mesi su un periodo di 6 anni per la sig.ra Napolitano (tra il 2005 e il 2010), 100 mesi su un periodo di 10 anni per la sig.ra Cittadino (tra il 2002 e il 2012); 113 mesi su un periodo di 11 anni per la sig.ra Zangari (tra il 2001 e il 2012), 81 mesi su un periodo di 7 anni per*

che osta a una normativa nazionale che autorizzi, in attesa dell'espletamento di procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di tali concorsi ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo²⁸⁰.

Sebbene la Corte, così come nella sentenza *Fiamingo*, ribadisca la ampia discrezionalità in capo agli Stati membri in merito all'attuazione, afferma, tuttavia, che la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro impone agli Stati membri, al fine di prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, l'adozione effettiva e vincolante di almeno una delle misure che essa elenca (ragioni obiettive che giustificano il rinnovo di tali contratti o rapporti di lavoro, durata massima totale degli stessi contratti o rapporti di lavoro successivi, numero dei rinnovi di questi ultimi)²⁸¹, qualora il loro diritto interno non contenga norme equivalenti²⁸².

la sig.ra Perrella (tra il 2003 e il 2010) e 47 mesi su un periodo di 4 anni per il sig. Romano (tra il 2007 e il 2011).

Ritenendo illegittime tali assunzioni a tempo determinato successive, i ricorrenti nei procedimenti principali hanno adito, rispettivamente, il Tribunale di Roma e il Tribunale di Lamezia Terme, chiedendo, in via principale, la conversione dei loro rispettivi contratti in contratti di lavoro a tempo indeterminato e, di conseguenza, la loro immissione in ruolo e il pagamento delle retribuzioni corrispondenti ai periodi di interruzione tra la scadenza di un contratto a tempo determinato e l'entrata in vigore di quello successivo. In subordine, i ricorrenti nel procedimento principale hanno chiesto altresì il risarcimento del danno subito» (par. 37 della sentenza).

²⁸⁰ Par. 65 della sentenza.

²⁸¹ VALLAURI, *Sulla conformità della disciplina del contratto a termine alla direttiva europea (prima e dopo il d.l. n. 34/2014 convertito con l. n. 78/2014)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, p. 951, si interroga sulla conformità delle nuove modifiche alla sentenza comunitaria. In particolare, l'Autrice osserva che, essendo venuta meno nelle nuove norme la necessità che i rinnovi siano sostenuti da una ragione obiettiva (e rimanendo indeterminato il loro numero massimo), la conformità della normativa interna alla direttiva europea resta affidata alla sola previsione del limite di durata massima del rapporto a termine (circostanza questa — si è detto — possibile, considerato che nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia la clausola 5 dell'accordo quadro «*impone agli Stati membri (...) l'adozione effettiva e vincolante di almeno una delle misure in essa enunciate*»).

²⁸² Ai parr. 75-76 la Corte specifica che «*Gli Stati membri dispongono di un'ampia discrezionalità a tale riguardo, dal momento che essi hanno la scelta di far ricorso a una o a più misure enunciate al punto 1, lettere da a) a c), di detta clausola, oppure a norme giuridiche equivalenti già esistenti, e ciò tenendo conto, nel contempo, delle esigenze di settori e/o di categorie specifici di lavoratori (v. sentenza *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 59 nonché giurisprudenza ivi citata). Così facendo, la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro fissa agli Stati membri un obiettivo generale, consistente nella prevenzione di siffatti abusi, lasciando loro nel contempo la scelta dei mezzi per conseguire ciò, purché essi non rimettano in discussione l'obiettivo o l'effetto utile dell'accordo quadro (sentenza *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 60)».*

In altre parole, dunque, vi è una vera e propria indicazione del Giudice comunitario al legislatore nazionale in merito alle concrete misure da adottare.

Ma non solo. La Corte limita l'operato del legislatore laddove dichiara la mancanza, nella normativa italiana, di:

- tempi certi in merito all'indizione di procedure concorsuali che assegnino definitivamente i posti ricoperti temporaneamente dai precari²⁸³;
- sanzioni per l'utilizzo abusivo dei rinnovi²⁸⁴.

Come accennato, dunque, qui la Corte di Giustizia chiede al legislatore di adeguarsi positivamente ai suoi principi. Nel caso in esame, la mancata interpretazione nel senso della certezza sulla tempistica delle procedure concorsuali e l'assenza di misure sanzionatorie rendono la Corte "autorizzata", in un certo modo, ad intervenire affinché la stessa normativa venga modificata.

È curioso notare, poi, come è la stessa Corte di Giustizia a porre i principi interpretativi ed anche ad assicurare l'osservanza degli stessi, con i già citati "nodi" del network della nomofilachia interessati all'applicazione pratica.

4.5. Quando la normativa è contraria al dettato comunitario: il caso del gratuito patrocinio per le società.

Finora abbiamo visto un caso, quello della stabilizzazione del precariato, nel quale la normativa italiana, non era di per sé, contraria alla statuizione della Corte ma la anticomunitarietà poteva risiedere (anche) all'interno di una determinata interpretazione.

Vi possono essere, tuttavia, fattispecie nelle quali la normativa interna non preveda interpretazioni diverse da quelle ritenute contrarie ai principi comunitarie.

È il caso analizzato dalla Corte di Giustizia nella sentenza DEB²⁸⁵, che si è, in particolare, occupata della concessione del gratuito patrocinio alle società.

La questione sollevata concerne il diritto di una persona giuridica ad un accesso effettivo alla giustizia e dunque, nel contesto del diritto dell'Unione, il principio della tutela giurisdizionale effettiva che si pone come principio generale e fondamentale del diritto dell'Unione.

Secondo la Corte, la questione deve essere meglio chiarita "nel senso che essa verte sull'interpretazione del principio della tutela giurisdizionale

²⁸³ Par. 106 della sentenza.

²⁸⁴ Par. 114 della sentenza.

²⁸⁵ Corte Giust., 22 dicembre 2010, DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH c. Repubblica Federale Tedesca, C-279/09.

effettiva, quale sancito dall'art. 47 della CEDU, al fine di stabilire se tale disposizione osti a una normativa nazionale che subordina l'esercizio dell'azione giudiziaria al pagamento di un anticipo sulle spese e prevede che non possa essere accordato il gratuito patrocinio ad una persona giuridica benché non sia in grado di provvedere a tale anticipo²⁸⁶.

In materia di gratuito patrocinio, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte affermato che tale diritto deriva dal superiore diritto che ogni persona ha ad un equo processo. Conseguentemente, *“per stabilire se la concessione del gratuito patrocinio sia necessaria affinché il processo sia equo, occorre tener conto dei fatti e delle specifiche circostanze di ciascun caso; in particolare, della posta in gioco per il ricorrente, della complessità del diritto e della procedura applicabili nonché della capacità del ricorrente di far valere effettivamente le proprie ragioni”* nonché *“della situazione finanziaria del ricorrente o delle sue probabilità di successo nel procedimento”*.

L'esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo porta alla affermazione che la concessione del gratuito patrocinio a persone giuridiche non è esclusa in linea di principio, ma deve essere valutata con riferimento alle norme applicabili e alla situazione della società²⁸⁷.

Si può, quindi, ritenere ricompreso nella previsione legislativa l'aiuto del gratuito patrocinio alle persone giuridiche, restando sovrano il giudizio dell'Autorità nazionale che deve appunto valutare la sussistenza delle condizioni per la concessione del beneficio alle persone giuridiche prendendo in considerazione, in particolare, la forma e lo scopo – di lucro o meno – della persona giuridica in questione, la capacità finanziaria dei suoi soci o azionisti e la possibilità, per questi ultimi, di procurarsi le somme necessarie ad agire in giudizio, sì da evitare di incorrere nell'illegittimo diniego del diritto fondamentale di accesso alla giustizia.

Vi è peraltro, da riflettere sul fatto che la sentenza è stata resa nei confronti di una società tedesca. Essendo, nei limiti sopra descritti, le sentenze della Corte di Giustizia applicabili a tutti i Paesi dell'Unione, si dovrà ora attendere come l'Italia applicherà detta sentenza. Pur avendo, infatti, la nostra Repubblica una normativa altrettanto restrittiva in tema di gratuito

²⁸⁶ Sul punto IANNIELLO, *Anche le società possono essere ammesse al patrocinio a spese dello Stato*, in www.anvag.it.

È da notare, peraltro, come la pronuncia in esame si riveli particolarmente importante anche nella disamina del rapporto tra normativa comunitaria e CEDU.

²⁸⁷ Si veda IANNIELLO, *Anche le società possono essere ammesse al patrocinio a spese dello Stato*, cit. Nello specifico, la Corte afferma che *“nel valutare la capacità finanziaria del ricorrente che sia una persona giuridica, è possibile tener conto, in particolare, della forma della società – società di capitali o di persone, a responsabilità limitata o meno –, della capacità finanziaria dei suoi soci, dell'oggetto sociale, delle sue modalità di costituzione e, più specificamente, del rapporto tra i mezzi dispiegati e l'attività considerata”*.

patrocinio alle società²⁸⁸, i casi di applicazione paiono non ancora rilevarsi²⁸⁹.

5. Il potere “di riflessione”: il principio di precauzione.

Finora sono stati analizzati poteri e doveri derivanti dall'azione della Corte di Giustizia, dall'applicazione della sua giurisprudenza. Nei casi esaminati, dunque, il ruolo del Giudice comunitario era stabilito ab origine, con una funzione di riconosciuta nomofilachia. Dunque, all'interno del detto ruolo, la Corte impone principi che saranno di immediata applicazione nell'ambito degli ordinamenti nazionali.

Vi è un caso, tuttavia, in cui il principio stesso definisce una modalità di applicazione della giurisprudenza europea: si tratta del principio di precauzione²⁹⁰.

²⁸⁸ Principalmente, l'art. 119, T.U. sulle spese di giustizia n. 115/2002, stabilisce per la materia civile, amministrativa, contabile e tributaria, che il trattamento previsto per il cittadino italiano è assicurato, altresì, allo straniero regolarmente soggiornante sul territorio nazionale, all'apolide, nonché ad enti o associazioni che non perseguono scopi di lucro e non esercitano attività economica. Pertanto, le società (commerciali) devono ritenersi allo stato escluse.

²⁸⁹ Si deve citare sul punto IANNIELLO, *Anche le società possono essere ammesse al patrocinio a spese dello Stato*, cit., il quale riconosce una lieve apertura, già prima della sentenza della Corte di Giustizia in esame, da parte della giurisprudenza italiana: «*In Italia, la evoluzione del pensiero interpretativo è giunta alla sentenza n. 24483 della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite in data 23 settembre 2008 (Pres. Carbone Rel. Morone), che senza dubbio può essere ritenuta fondamentale per ciò che riguarda la natura degli enti e associazioni ammessi al gratuito patrocinio.*

La sentenza della Corte Suprema di Cassazione prendeva in esame il caso della Fondazione Opera Don Baronio la quale si era vista cancellare, per provvedimento preso dalla Agenzia delle Entrate, dall'Anagrafe Unica di cui all'art. 11 del D. Lgs 460/97 essendo emerso, a seguito di verifica, che l'attività svolta non era a favore di soggetti anziani in condizioni di assoluto e grave disagio e che mancava la condizione del perseguimento esclusivo delle finalità di solidarietà sociale di cui all'art. 10, comma 1, lett b) del citato d.lgs. 460/97. La sentenza in argomento, la cui ricchezza nell'esame e studio della potestas iudicandi appare senza alcun dubbio inconfutabile, ha in buona sostanza riconosciuto che “il fatto che le prestazioni vengano fornite dietro corrispettivo non fa venir meno il fine solidaristico” sempre che venga rispettato il divieto di distribuzione degli utili unitamente a tutte le altre prescrizioni contenute nell'art. 10 cit.. La prova dell'indebito utilizzo degli utili deve essere oggetto di specifica prova da parte dell'Agenzia delle Entrate e, in mancanza di tale prova, “il solo perseguimento di questi non è sufficiente a determinare la perdita dello status di Onlus”». Appare quasi superfluo aggiungere che lo stesso Autore non ritrova alcuna applicazione successiva alla sentenza del Giudice comunitario.

²⁹⁰ Senza pretesa di esaustività, si indicano alcuni essenziali riferimenti bibliografici sul detto principio: MARCHESE, *Il principio di precauzione tra luci ed ombre*, in www.comparazioneDirittocivile.it; STANZIONE, *Principio di precauzione e diritto alla salute. Profili di diritto comparato*, in www.comparazioneDirittocivile.it; BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006; JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 2009.

Il principio di precauzione è un precipitato della c.d. “società del rischio”²⁹¹ e espressione di un nuovo atteggiamento politico e giuridico, imposto dalla presa di coscienza dell’inadeguatezza degli interventi di protezione meramente sanzionatori o risarcitori del danno verificatosi, nonché dell’esigenza di prevenzione del danno a causa della sua successiva irreparabilità²⁹².

Detto principio, dunque, impone al legislatore (ma anche alle Amministrazioni, come si vedrà) di gestire un rischio tecnologico per cui non esistano dati certi ed univoci²⁹³.

Ciò che colpisce, ai fini delle presente ricerca, del suddetto principio è il fatto che non solo sia una regola che impone contenuti ma anche modalità. In altri termini, mediante il principio di precauzione, la Corte di Giustizia non solo impone delle misure di salvaguardia ma, altresì, dispone in merito alle procedure di utilizzazione negli ordinamenti interni delle citate misure.

Dunque, non stretto adeguamento ma neppure una totale dichiarazione di intenti: le pronunce in tema di principio di precauzione si pongono a metà strada tra i primi due aspetti.

Autorevole dottrina ha definito il suddetto principio come “procedurale”²⁹⁴: l’applicazione, infatti, non determina, sic et simpliciter, una determinata decisione per la Pubblica Amministrazione, bensì un coinvolgimento partecipativo teso proprio alla gestione del rischio. Un’influenza comunitaria che colpisce, conseguentemente, il procedimento di attuazione e, dunque, il tipo di influenza stessa che la pronuncia comunitaria ha nell’ordinamento interno.

5.1. Origini del principio di precauzione.

Il principio in esame è stato codificato, a livello internazionale, nella Carta mondiale della Natura, adottata nel 1982 dall’Assemblea Generale delle

²⁹¹ Si veda sul punto BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., p. 9 e ss., il quale delinea anche la gestione del suddetto rischio da parte degli ordinamenti statunitense ed europeo.

²⁹² MARCHESI, *Il principio di precauzione tra luci ed ombre*, cit.

²⁹³ STANZIONE, *Principio di precauzione e diritto alla salute. Profili di diritto comparato*, cit., p. 2. L’autrice, peraltro, rileva come sia «complicato (...) individuare una definizione chiara ed univoca del principio di precauzione, tanto che si è detto che esso continua ad avanzare una vera e propria sfida teorica ad ogni tentativo di classificazione, probabile conseguenza della pluralità e della disomogeneità delle sue fonti di rango internazionale, comunitario ed interno». Sul punto si veda anche DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire: du slogan a la règle*, in *Ch. de dr. eur.*, 2001, p. 94.

²⁹⁴ BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., p. 166.

Nazioni Unite, ma la sua consacrazione è avvenuta con la Dichiarazione di Rio del 1992²⁹⁵.

A livello comunitario, è sancito dall'art. 191, par. 2 T.F.U.E.²⁹⁶ (ex 174, par. 2 Trattato CE).

Alla sua definizione, tuttavia, contribuisce tuttora la giurisprudenza della Corte di Giustizia²⁹⁷. Mediante il suo potere espansivo²⁹⁸, infatti, la Corte ha esteso il principio non più solo all'ambito ambientale ma a tutti i casi di rischio da ignoto tecnologico²⁹⁹, nei quali in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva indica che vi sono ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente, sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione della Comunità europea³⁰⁰.

5.2. L'Amministrazione riflessiva.

Merita un cenno l'azione che detto principio procedurale svolge nell'ambito dell'Amministrazione interna.

Infatti, come già accennato, la giurisprudenza della massima Corte comunitaria non impone le modalità di gestione del rischio, ma semplicemente che lo stesso venga gestito.

La gestione si risolve, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, in una partecipazione al procedimento.

Più precisamente, il portato giuridico del principio in esame sembra poter essere meglio apprezzato nell'ambito di un approccio al rischio mediante procedimenti partecipati e meno mediante la riduzione del rischio con apposizione di limiti per mezzo di ordinanze³⁰¹. Da qui deriva la lettura procedurale del principio di precauzione.

In questo può essere, dunque, riscontrata la diversità del principio in esame. Esso è quasi un meta-principio, un sistema di gestione che, a prescindere dalla decisione che l'Amministrazione nazionale prenderà, ha già portato, nello stesso provvedimento, la primazia del dettato comunitario.

²⁹⁵ BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., p. 72, che sottolinea come il principio è applicato, dapprima, al solo ambito della protezione ambientale.

²⁹⁶ «*La politica dell'Unione in materia ambientale mira ad un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi di precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga"*».

²⁹⁷ BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., p. 74, e giurisprudenza dall'Autore richiamata.

²⁹⁸ Sul quale *infra*, cap. 3.

²⁹⁹ BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., pp. 26 e ss.

³⁰⁰ Commissione Europea, *Comunicazione sul principio di precauzione*, 2 febbraio 2000, in www.europa.eu.

³⁰¹ BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., p. 79.

Pare che, nella sua applicazione, maggiore sia l'autonomia procedurale riservata alle Amministrazioni. In realtà, deve comunque ricordarsi che il *risk management* può essere sottoposto al vaglio comunitario ed essere ritenuto sì rispettoso del principio di precauzione, ma non anche di ulteriori dettati dalla stessa Corte, quale il principio di effettività³⁰².

³⁰² Ne è un esempio Corte Giust., 4 marzo 2015, C-453/13, nel quale si è stabilita la non colpevolezza del proprietario del fondo inquinato ed inquinante ma non nella sua disponibilità. Qui la Corte ha ritenuto pregevole la domanda pregiudiziale in punto di precauzione ma non in tema di effettività.

Capitolo 3
Giurisprudenza comunitaria: funzione interna o esterna?

1. Le funzioni pubbliche e l'influenza della Corte di Giustizia: funzione interna o influsso esterno?

Dopo aver analizzato le modalità di influsso della Corte di Giustizia sugli ordinamenti interni, nonché gli istituti con i quali essa agisce, è opportuno tornare a definire la natura di questo influsso³⁰³.

Le Amministrazioni pubbliche, infatti, agiscono nell'ambito della loro funzione pubblica e seguendo attività sempre maggiormente procedimentalizzate³⁰⁴.

Alla discrezionalità già fisiologicamente presente nell'ambito della loro attività, come visto nei paragrafi precedenti, si aggiunge il dovere di dare applicazione all'*aquis communautaire*. Per quanto riguarda gli strumenti, i tre poteri analizzati nel capitolo precedente (eliminatorio, di adeguamento, di "riflessione") riassumono come l'Amministrazione può applicare direttamente il diritto europeo, in modo che possa essere "esistente" nella vita dei cittadini³⁰⁵.

A volte, dunque, si può avere l'impressione che la Corte di Giustizia agisca quasi come organo interno, portatore di una funzione pubblica di stampo europeo ma che influisce direttamente insieme, a volte sostituendosi, ai poteri interni. Tanti elementi possono far pensare ad un'influenza più interna che esterna. Gli stessi saranno oggetto di breve trattazione in questo capitolo, nel quale si cercherà anche effettuare una *reductio ad unum* dei diversi aspetti che possono orientare verso la definizione della natura della funzione della Corte di Giustizia.

Si tratta di qualche considerazione che può intendersi come un "tirare le somme" sulla ricerca svolta. Chi scrive, infatti, è profondamente convinta che indagare gli aspetti apparenti del diritto e della strutturazione del potere

³⁰³ Definire la natura di questo influsso potrebbe anche portare ad una rivalutazione della natura dello stesso organo giudiziario comunitario in questione. Sul punto si veda STARR-DEELEN – DEELEN, *The European Court of Justice as a Federator*, in *Fed. and U.E.*, 1996, p. 81. In particolare, la domanda alla base del contributo è se la Corte di Giustizia abbia rappresentato (soltanto) un organo federatore per l'Unione. Gli stessi notano, prima di tutto, come vi sia una forte differenza tra il ruolo della Corte attribuito dai Trattati e quello svolto *de facto*, per parte della dottrina addirittura sovrabbondante. In secondo luogo, gli stessi si chiedono se abbia operato dei cambiamenti nella struttura politica e sociale dell'Europa e se sia stata, in definitiva, una Corte attiva (come si dovrebbe preferire) o reattiva.

³⁰⁴ Sul punto si ritiene illuminante PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla L. 7 agosto 1990*, n. 241, Torino, 1993, p. 15 e ss. L'Autore, infatti, ricorda come "Il procedimento viene inteso come una sequenza di atti e operazioni per la trasformazione in atto di un siffatto potere; esso è insomma il luogo di manifestazione della funzione autoritativa perché gli interessi da confrontare vengono selezionati dall'autorità e pertanto sono nella sua piena disponibilità". Si vedrà in seguito, dunque, chi è l'autorità che detiene il citato potere.

³⁰⁵ SICLIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzioni*, Milano, 2010, p. 99.

pubblico serva principalmente ricavare l'essenza delle strutture e ivi intervenire in caso di necessità di modifica.

2. Nozione di “funzione pubblica”.

Prima di tutto, appare necessario definire che cosa si intenda con l'espressione “funzione pubblica”. Si tratta di una delle espressioni con il maggior numero di significati nel diritto (e nelle scienze sociali in genere)³⁰⁶.

Due, però, sono i significati principali che essa assume: uno più ampio ed uno ristretto.

Il termine “funzione pubblica”, in senso ampio, è inteso come sinonimo di potere pubblico, individuabili nei tre poteri fondamentali: legislativo, esecutivo (al cui interno troviamo i sotto-poteri politico ed amministrativo), giudiziario³⁰⁷.

In senso specifico, invece, la funzione pubblica è intesa, essenzialmente, come funzione amministrativa³⁰⁸, potere sulla base del quale

³⁰⁶ CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 121.

³⁰⁷ GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1950, dapprima distingue la nozione di attività amministrativa da quella di “Amministrazione – apparato”: «*In quanto specificazione dei concetti di amministrazione, anche con “amministrazione pubblica” può indicarsi tanto un apparato amministrativo pubblico, quanto un'attività amministrativa pubblica. L'osservazione diretta dei fatti ci mostra che, nel diritto positivo italiano, ambedue le nozioni hanno giuridico rilievo; numerose sono le norme giuridiche nella quali si parla di pubblica amministrazione, nell'una e nell'altra accezione. Le si trovano nella stessa Costituzione rispettivamente negli artt. 97, 113 e 97, 100, 118*» (p. 8); successivamente distingue la funzione-potere amministrativo da quello esecutivo e giurisdizionale (p. 45); così anche ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1978, pp. 78 e ss.

Così può essere, inoltre, intesa dalla lettura di BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008, il quale svolge una completa panoramica dell'influsso della giurisprudenza della Corte di giustizia nell'ambito delle tre funzioni principali.

CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., p. 122: «*In ordinamenti dove la ripartizione viene ritenuta vigente, come quello francese, si discute quale sia il campo riservato a ciascuna funzione perché – secondo alcuni – la Costituzione del 1958 avrebbe ribaltato la prospettiva tradizionale, secondo la quale il campo attribuito al legislatore è illimitato, mentre quello dell'amministrazione è limitato. Nell'ordinamento italiano la questione non si pone neppure, non essendo la cosiddetta separazione dei poteri in tre funzioni parte del diritto vigente*».

³⁰⁸ Così CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, p. 21-22: «*Amministrazione è da intendere in un duplice significato. Essa indica, innanzitutto, un gruppo di funzioni proprie dei pubblici poteri, quelle intese a curare in concreto gli interessi della comunità. (...) Amministrazione indica innanzitutto questo particolare modo di manifestarsi dell'azione dei poteri pubblici intesa alla cura degli interessi pubblici: profondamente differenziata dalla normazione, con la quale i pubblici poteri fissano, in via generale ed astratta, le regole dell'agire sociale – ivi comprese le regole dell'agire stesso dei pubblici poteri – senza instaurare con i soggetti terzi cui le norme sono rivolte alcun rapporto giuridico; e anche dalla giurisdizione, con la quale i pubblici poteri intervengono, in posizione di terzietà ed attraverso l'obiettiva applicazione della legge, a risolvere i conflitti della vita associata. (...) La nozione di amministrazione, dal punto di vista*

l'Amministrazione esercita la propria discrezionalità³⁰⁹ ed emana i provvedimenti amministrativi³¹⁰.

È vero che l'Amministrazione può essere intesa anche nei termini dell'organizzazione amministrativa. La sola organizzazione si rivelerebbe vuota senza qualcosa che la precedere.

La funzione, dunque, è quella parte di attività che va oltre l'organizzazione, i procedimenti, gli atti³¹¹.

Più precisamente, è l'interesse concreto di cui si ha cura³¹² e l'incisività nella sfera giuridica dei cittadini a rendere una funzione amministrativa³¹³, legittimata ad emanare provvedimenti e differenziata dalle altre funzioni pubbliche.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, la funzione amministrativa è nettamente differenziata di quella giurisdizionale, per il fatto che, essenzialmente, quest'ultima prevede, alla base della sua essenza, l'applicazione del principio di legalità, mentre la funzione amministrativa (attiva) si muove all'interno dello stesso principio³¹⁴.

Questo non significa che, seppur separate, le funzioni non si influenzino a vicenda.

È evidente, infatti, come le funzioni pubbliche normative ed esecutive delineino, in via generale, gli interessi pubblici che, nel concreto, la funzione amministrativa deve curare³¹⁵.

Anche il collegamento tra funzione amministrativa e funzione giudiziaria può essere evidentemente sottolineato. Infatti, il potere giudiziario obbliga l'Amministrazione a conformarsi al principio di legalità nella propria

funzionale, viene ad indicare dunque (intesa in senso lato) ogni manifestazione dell'azione pubblica concreta, come quella che si estrinseca attraverso rapporti giuridici con soggetti terzi, ovvero attraverso l'esercizio di attività materiali».

³⁰⁹ CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 357, specifica che si tratta di un elemento fondamentale per lo svolgimento dell'attività discrezionale.

Risulta particolarmente interessante la lettura storica di COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, pp. 49 e seguenti: «In questa particolare prospettiva evolutiva, il profilo della legalità riguarderà in termini sempre più esclusivi e rigorosamente delimitati l'amministrazione giustiziale, mentre il profilo della discrezionalità riguarderà, di contro, in termini altrettanto esclusivi e rigorosamente delimitati, l'amministrazione attiva: di modo che la prima tenderà sempre più a limitare il proprio sindacato all'applicazione del principio di legalità, obbligando la seconda a rispettare, a sua volta, tale principio, laddove essa operi al di fuori dei limiti del margine c.d. "libero" della sua discrezionalità».

³¹⁰ LUBRANO, *L'atto amministrativo presupposto. Spunti di una teorica*, Milano, 1967, p. 2;

³¹¹ *Amplius* CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., p. 130. L'Autore individua anche gli elementi che compongono la funzione: la materia, le attribuzioni, i fini, i destinatari.

³¹² CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 22.

³¹³ CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 348.

³¹⁴ COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, cit., p. 50.

³¹⁵ CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 21.

azione³¹⁶. Si tratta, dunque, di un controllo successivo, sull'azione amministrativa già espletata e che viene principalmente esercitato mediante l'annullamento del provvedimento e la riedizione del potere³¹⁷.

2.1. Funzioni interne e funzioni esterne³¹⁸.

Finora si è parlato delle funzioni interne, cioè quelle funzioni che fanno capo agli Stati stessi.

Tuttavia, come già accennato nell'introduzione della presente ricerca l'ampliarsi della sovranità degli organi internazionali, ha portato alla tutela multilivello dei diritti fondamentali dell'uomo, una tutela, cioè, che viene offerta da più livelli di giudici comunitari.

Non è detto che i sistemi statali nazionali non conoscano questo tipo di formazione di fonti giuridiche.

Si pensi, ad esempio, del fenomeno della formazione del diritto giudiziale³¹⁹. Si tratta, in particolare, di una formazione delle fonti del diritto da parte della giurisprudenza³²⁰, in particolare quella di ultima istanza, nel

³¹⁶ COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, cit., p. 49.

³¹⁷ Sul punto si veda, in generale, SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011.

Quanto esposto, peraltro, è particolarmente rilevante con riferimento al sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità e, dunque, sull'annullamento giudiziario degli atti per eccesso di potere: si vedano AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, 1976, pp. 240 e ss.; DE CESARE, *Problematica dell'eccesso di potere amministrativo*, vol. I, Padova, 1973, pp. 43 e ss.

³¹⁸ La contrapposizione dei due termini deriva dalla lettura di BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008. La definizione si evince dal fatto che l'Autore intende per "funzioni interne" quelle appartenenti allo Stato (legislativa, esecutive ed amministrativa, giudiziaria). Pertanto, per contrapposizione, deve rilevarsi che le funzioni esterne sono quelle non appartenenti allo Stato, quali, appunto, la funzione giurisdizionale della Corte di Giustizia.

³¹⁹ L'espressione è usata da PUBUSA, *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino, 1988, p. 272.

³²⁰ ID., pp. 272 e ss. analizza anche le cause della formazione della suddetta modalità: «(Essa) è riconducibile alle caratteristiche assunte dalla legislazione in conseguenza delle profonde mutazioni intervenute nello Stato dal periodo liberale ad oggi. Di esse sono già stati messi in evidenza i caratteri fondamentali: pluralismo, disomogeneità ideologica e sociale, complessità, policentrismo spesso conflittuale dei rapporti di potere, interventismo in economia e nelle relazioni sociali.

Orbene, tali caratteri, assunti dall'ordinamento in conseguenza della rapidità delle trasformazioni sociali, hanno impresso all'intervento legislativo una forte accelerazione ed un accentuato bisogno di aggiornamento che ha messo in crisi la vecchia idea, illuministica e razionalistica delle grandi codificazioni. Queste – come è stato giustamente rilevato – sono vantaggiose solo ove abbiano la possibilità di durare, altrimenti, oltreché inutili, sono anche dannose, poiché costringono all'affannoso ricorso ad aggiustamenti o ad una sempre più vasta legislazione speciale (...).

La incessante trasformazione dei rapporti sociali costringe il diritto legale a rimanere inevitabilmente indietro rispetto all'evoluzione della società in quanto lo rende inidoneo a comprendere in anticipo i processi in tutta la loro vitale mobilità e ricchezza storico-concreta. (...)

caso, principalmente, di interessi sociali contrapposti³²¹. In questo frangente, il Giudice si trova, dunque, a sviluppare un progetto legislativo che funge da matrice per la determinazione della norma concreta, dell'agire che meglio contemperi i diversi interessi in gioco.

È da chiarire che non si tratta di una giurisprudenza correttiva della norma, che sarebbe inammissibile. Al contrario, in queste circostanze gli organi giudiziari riempiono vuoti normativi, si limitano a concretizzare la legge, svolgendo una funzione suppletiva verso il legislatore, ma entro finalità e obbiettivi, nonché come sviluppo di principi, fissati dalla legge³²².

Descritto il presente fenomeno, pare il caso di chiedersi se la Corte di giustizia sia svolgendo questo stesso ruolo e se detta condizione sia accettabile, dato che la Corte si trova in una posizione esterna rispetto alla maggioritaria dottrina dualista.

Con riferimento al primo quesito, effettivamente può essere notata l'analogia tra il comportamento del Giudice domestico ed la giurisprudenza comunitaria.

Infatti, anche l'organo giudiziario europeo agisce sulla base dei principi fissati dai Trattati. Talvolta, però, come visto, vi è anche una spinta creativa della Corte di Giustizia, la quale crea, nel suo sforzo nomofilattico e di unificazione delle normative nazionali, nuovi principi.

On solo: come si vedrà nel prossimo paragrafo, la stessa Corte espande il proprio sindacato attribuito proprio dalla normativa comunitaria.

Sembrerebbe, dunque, che proprio quest'ultimo carattere creativo possa differenziare il ruolo svolto dal giudice nazionale e da quello comunitario. A prima vista, negli ultimi decenni la Corte di Giustizia ha svolto un ruolo di "co-legislatore"³²³.

Quanto al secondo quesito, prima dovrà essere analizzata la natura stessa della Corte di Giustizia come funzione esterna e quella dell'influenza sull'ordinamento nazionale.

Al fiorire del diritto giudiziale contribuisce poi fortemente la fuga del legislatore dalle proprie responsabilità politiche. (...) Alcune tematiche, inoltre, per la loro forte novità, dividono i partiti politici non solo nei loro reciproci rapporti, ma anche al loro interno, trasversalmente».

³²¹ Si pensi, ad esempio, al caso della stabilizzazione del precariato pubblico, già analizzata al cap. 2.

³²² PUBUSA, *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, cit., p. 278.

³²³ L'espressione è usata qui come termine semplificativo, non volendo per forza richiamare l'intera disciplina della co-legislazione comunitaria.

Utile, peraltro, è il ragionamento proposto da PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004, p. 185, il quale spiega anche il significato del termine "co-amministrazione": «*Le relazioni intercorrenti tra amministrazione comunitaria ed amministrazione italoana si articolano in compiti tra loro collegati.*

All'amministrazione comunitaria spetta la potestà decisionale mentre all'amministrazione italiana sono attribuiti compiti strumentali allo svolgimento della funzione comunitaria, la quale non è idonea a realizzarsi autonomamente».

3. Poteri espansivi del Giudice Europeo.

La Corte di Giustizia tende ad espandere il proprio sindacato e le proprie competenze³²⁴. In particolare, la sua tendenza a dettare nuovi principi e ad estendere l'efficacia delle proprie pronunce non solo agli Stati membri, ma direttamente alle Amministrazioni interne ed ai cittadini, rende il proprio ruolo più ampio di quello descritto nei Trattati³²⁵.

Proprio questo comportamento può portare a pensare che la sua funzione sia, sempre più, diventando assibilabile ad un potere interno degli Stati, o che, nello specifico, influisca direttamente sugli stessi.

Con riferimento alla creazione di nuovi principi, nei termini specificati nella trattazione precedente, occorre aggiungere che parte della dottrina considera l'insieme dei suddetti principi come una vera e propria Costituzione europea, alla quale viene riconosciuta una funzione di primo piano nella regolazione della vita degli Stati e dei cittadini³²⁶.

Non solo. La tendenza espansiva si rivela anche nella applicazione degli stessi principi³²⁷.

Da questo punto di vista, dunque, i principi espressi dalla Corte di Giustizia non fungono più solo da criteri di interpretazione ma anche da parametri di legittimità delle norme e degli atti posti in essere dalle Amministrazioni nazionali³²⁸.

Conseguentemente, sempre più si afferma l'idea che il Giudice comunitario rivesta una funzione che contrasta o, meglio, che si affianca a quella svolta dall'Amministrazione interna.

³²⁴ SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzioni*, cit., p. 98.

³²⁵ STARR-DEELEN – DEELEN, *The European Court of Justice as a Federator*, in *Fed. and U.E.*, cit., p. 81.

³²⁶ HARTLEY, *Federalism, Courts and Legal System: the emerging Constitution of the European Community*, in *American Journ. of Comp. Law*, 1986, p. 229.

³²⁷ SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzioni*, cit., p. 99. Lo stesso Autore cita il principio di uguaglianza come esempio della suddetta statuizione: «Si consideri, a mero titolo esemplificativo, la considerazione comunitaria del principio di uguaglianza, inizialmente limitato alla previdenziale, confidenziale con le logiche di mercato, de divieto di discriminazione.

L'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia testimonia, invece, la progressiva espansione normativa del principio in questione, sino a farne universale chiave di lettura nel processo ermeneutico finalizzato a conformare le norme interne al diritto comunitario, a tutela di tutti i diritti fondamentali nei singoli paesi membri, cui è stata data cittadinanza nel sistema comunitario».

³²⁸ NAPOLI, *La Corte dinanzi ai "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario": tra applicazione dell'art. 117, primo comma e rispetto dei poteri interpretativi della Corte di Giustizia*, in *Le reg.*, 2006, p. 485-486, si occupa, principalmente, del rapporto tra legge e principio giurisprudenziale comunitario.

Si sofferma, invece, sul rapporto tra Amministrazione e diritto comunitario SINAGRA, *La Corte europea di Giustizia comunitaria come giudice di legittimità amministrativa*, in *Comunicazioni e studi*, XXII, 2007, pp. 789 e ss.

3.1. La certezza del diritto e l'attività amministrativa: un grimaldello per invadere la sfera interna?

Esempio di quanto finora affermato può ritenersi il ruolo della giurisprudenza comunitaria nell'ambito della certezza del diritto (e, soprattutto dell'attività amministrativa).

Il principio della certezza del diritto, infatti, si è affermato come *supervalore*, parallelo al principio di legalità e consustanziale del diritto³²⁹.

L'attenzione della Corte di Giustizia verso questo principio si è rivelata fondamentale: la certezza, più che una mera dichiarazione di intenti, costituisce, da un lato, il passaggio cruciale per garantire l'affermazione globale della primazia del diritto comunitario³³⁰ e, dall'altro, legittima l'intendimento comunitario di omogeneizzazione delle discipline nazionali, procedurali e processuali³³¹.

Proprio dal punto di vista processuale l'applicazione del suddetto principio si è rivelata pregnante. Il diritto processuale, infatti, è sempre stato considerato un baluardo di sovranità statualistica, in cui, talvolta, addirittura, si specchia l'intima essenza ordinamentale³³². Proprio per questo motivo, le norme processuali non sono aggredibili direttamente³³³, neanche mediante il ricorso all'obbligo della disapplicazione.

La Corte di giustizia, secondo autorevole dottrina, ha utilizzato il principio della certezza del diritto come "grimaldello"³³⁴ al fine di influenzare il legislatore interno (e l'Amministrazione) al fine di garantire la salvaguardia dei diritti riconosciuti ai privati dalle norme comunitarie.

Il ragionamento appena effettuato è ben visibile se si considera quanto già detto in tema di contrasto tra giudicati: proprio al fine di assicurare la certezza del diritto come valore supremo, il giudicato nazionale cede sempre di fronte alla pronuncia comunitaria, con effetti anche sul provvedimento emanato sulla base di quel giudicato domestico.

Dunque, la giustizia comunitaria influenza il merito delle decisioni amministrative, intervenendo sull'autonomia procedurale, sulla procedura stessa ed, infine, sui principi da applicare.

³²⁹ SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzioni*, cit., p. 102.

³³⁰ Id., p. 103.

³³¹ TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, p. 108.

³³² SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in SILVESTRI (a cura di), *Lo Stato senza principe*, Torino, 2005, pp. 7 e ss.

³³³ SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzioni*, cit., p. 105 ritiene l'attacco frontale «improduttivo – anzi nefasto».

³³⁴ L'espressione è di SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzioni*, cit., p. 105: «È questo il grimaldello – apparentemente poco invasivo ed ispirato ad esigenze di giustizia del caso concreto e, soprattutto, di certezza – di cui si serve il diritto comunitario».

4. Lo “Spazio Giuridico Europeo”.

Con l’espressione “Spazio giuridico europeo” (di seguito, anche SGE) si indica l’unione di ordinamenti giuridici determinatasi con l’istituzione dell’Unione europea nel 1992³³⁵, ed è una delle connotazioni giuridiche principali dell’Unione europea, e rappresenta il portato della radicale innovazione costituzionale avvenuta con il Trattato di Maastricht sull’Unione europea³³⁶.

Abbandonata la concezione, anche grafica della Comunità europea come tempio greco sorretto da pilastri³³⁷, oggi l’Unione può essere considerata come un grande cerchi con una pluralità di elementi, ovvero come un sistema di sistemi³³⁸.

In questa visione, viene superata d’un balzo il dilemma tra dualismo o monismo per i rapporti Comunità-Stati membri. Lo SGE è infatti una “cornice istituzionale” entro la quale si svolgono innumerevoli rapporti, non necessariamente tendenti all’assimilazione degli ordinamenti nazionali nell’ordinamento comunitario, secondo il criterio del monismo³³⁹.

A differenza di altre nozioni istituzionali, quali “mercato comune”, “spazio giudiziario comune” e ordinamento giuridico comunitario³⁴⁰, lo SGE non

³³⁵ CHITI, *Lo spazio giuridico europeo*, in www.astrid.it. Sul punto si veda anche FERRARO, *Lo spazio giuridico europeo tra sovranità e diritti fondamentali. Democrazia, valori e rule of law nell’Unione al tempo della crisi*, Napoli, 2014.

³³⁶ CHITI, *Lo spazio giuridico europeo*, cit., precisa che: «In tale occasione si è abbandonata la prospettiva esclusivamente comunitaria della integrazione comunitaria a favore di una più comprensiva visione ordinamentale in cui coesistono tanto le Comunità europee quanto gli Stati membri ed una serie di forme di cooperazione intergovernativa, con criteri e procedure di esecuzione flessibili; ed ove è prevista una cittadinanza europea quale completamento delle tradizionali cittadinanze nazionali».

³³⁷ Sul quale si veda STROZZI, *Diritto dell’Unione Europea. Dal Trattato di Roma alla Costituzione europea*, tomo I, Torino, 2005, p. 6.

³³⁸ CHITI, *Lo spazio giuridico europeo*, cit.

³³⁹ ID., cit.

³⁴⁰ ID., cit., svolge anche una comparazione specifica tra questi termini e lo SGE: «Che la Comunità europea rappresenti un ordinamento giuridico è principio sostenuto dalla Corte di giustizia fin dai primi anni sessanta con le sentenze che hanno fondato il sistema comunitario, delineato nei suoi tratti originali come ordinamento di “terzo tipo” rispetto a quelli sinora noti, ovvero gli ordinamenti statuali e l’ordinamento internazionale. Per quanto ancora in cerca di un assetto definitivo, la Comunità rappresenta un’entità con precisi tratti distintivi, con poteri che nel tempo si sono estesi prepotentemente, retta da principi (quali il primato del diritto comunitario nei confronti del diritto degli Stati membri e l’effetto diretto) che sono particolari a quell’ordinamento ed ai rapporti con gli Stati membri. Un’entità, inoltre, dalle connotazioni tipicamente “verticali” nel senso che privilegia gli strumenti dell’integrazione in una prospettiva top-down e che per tali motivi ha quale sua caratteristica quello del monismo giuridico con conseguente tendenziale assorbimento degli ordinamenti giuridici degli Stati membri nel nuovo ordinamento comunitario. Come ogni ordinamento giuridico, anche la CE determina un proprio “spazio giuridico”, che però tende ad essere in sé concluso per il carattere intrinsecamente monistico. Quello del “monismo istituzionale” è uno dei caratteri genetici del diritto comunitario, chiaro fino dalla sentenza Costa del 1964 (Corte di giustizia, 15.7.1964, causa 6/64) secondo la quale l’ordinamento giuridico comunitario è integrato in quello

ha carattere verticale ma aperto all'apporto dei vari ordinamenti che compongono l'Unione; mira a garantire il massimo pluralismo, ma non è destrutturato, come lo sono altri ordinamenti internazionali; è policentrico ed è finalizzato ad individuare strumenti di interazione tra i diversi Stati Europei; infine, si sviluppa in modo più che altro informale³⁴¹.

Se è vero, dunque, che l'Unione non può considerarsi come un solo, unico ordinamento giuridico³⁴², non può negarsi la grade interazione esistente tra i vari ordinamenti giuridici (nazionali e comunitario), alla base della concezione stessa dello Spazio Giuridico Europeo.

Ed, ancora, non può non essere notata la rilevanza della Corte di Giustizia nell'ambito di questa interazione.

In particolare, a differenza degli altri elementi analizzati, la visione della Corte all'interno dello SGE ci discosta dall'idea che essa abbia una vera e propria funzione interna. Non considerandosi, come detto, lo SGE come un unico ordinamento, il Giudice europeo ha il compito, analizzato nei precedenti capitoli, di costituire nuovi principi, o adattarne i già esistenti, dettare interpretazioni delle norme dei Trattati, maggiormente conformi alla prassi o alle nuove condizioni sociali verificatesi.

Conseguentemente, la funzione pubblica svolta dalla Corte sarebbe, da questo punto di vista, del tutto esterno, non intaccando in alcun modo i poteri di ciascuno Stato membro.

degli Stati membri, che hanno limitato i propri poteri sovrani e creato un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi. A sua volta, la nozione di mercato comune, e poi quella di mercato interno a seguito dell'Atto unico europeo, implica certamente la stessa idea di "spazio complesso" che è propria anche alla nozione di SGE. Inoltre, è caratterizzata significativamente in senso orizzontale, dando vita ad una serie di relazioni e di impegni tra gli Stati membri e non soltanto tra questi e la Comunità europea. Si tratta però di una nozione settoriale, in quanto finalizzata solo a garantire l'effettività delle libertà economiche fondamentali; nonché con portata giuridica limitata alla Comunità. Anche lo spazio giudiziario europeo è nozione assai vicina a quella di SGE, come desumibile dal nome stesso, che da tempo utilizzata perché espressamente citata in vari documenti dell'Unione e richiamata nell'art. 29, c. 2, TUE. Ma intuitivamente la nozione di spazio giudiziario europeo non è sinonimo dello SGE, bensì ne è una manifestazione settoriale in riferimento alla funzione giurisdizionale, che sta assumendo una specifica rilevanza al fine di dare concretezza all'obiettivo di realizzare "uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia" (art. 29, c. 1, TUE). In tal senso, una volta chiarita la nozione di SGE, quella di spazio giudiziario europeo deve in essa ritrovare la sua collocazione, come manifestazione parziale ancorché di cruciale importanza. Come infatti ha rilevato il Parlamento europeo nella risoluzione del 12.12.2001 (A5-0414/2001), è da ritenere indispensabile "adottare le misure necessarie per attuare una strategia europea coerente, coordinata e proattiva in tale settore e integrare le questioni di giustizia e affari interni nella definizione e nell'attuazione di altre politiche e azioni comunitarie"».

³⁴¹ Alcuni Autori hanno affiancato questo tipo di ordinamento all'epoca dello *jus commune*: si veda sul punto HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, 1999, p. 98; GORLA, *Il ricorso alla legge di un luogo vicino nell'ambito del dritto comune europeo*, in *Dir. comp. e dir. comune eu.*, 1981, p. 619; MANNORI-SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, p. 17.

³⁴² VON BOGDANDY, *La fusion des Communautés dans l'Union Européenne*, in *Rev. du Dr. de l'U.E.*, 2001, p. 405.

5. Alla ricerca di una soluzione.

A questo punto, deve sintetizzarsi qualche considerazione in riferimento alla natura dell'influenza della Corte di Giustizia e, come detto, sulla sua natura di funzione interna o esterna al nostro ordinamento.

Iniziando con un'analisi prettamente strutturale, emerge, evidentemente, la terzietà dell'organo europeo rispetto al nostro ordinamento nazionale.

Se, infatti, elementi della funzione sono la materia, le attribuzioni, i fini, i destinatari³⁴³, appare carente l'elemento dell'attribuzione.

Infatti, la stessa è definita come il complesso di compiti conferiti dalle norme in ordine alla materia. Il nostro ordinamento, tuttavia, non conferisce detti compiti. Peraltro, anche i Trattati non delineano tutte le funzioni che oggi sono di competenza del Giudice europeo³⁴⁴.

Tuttavia, al di là di formali discorsi sulla struttura degli ordinamenti, appare chiaro come, ormai, la Corte influenzi decisamente l'operato delle amministrazioni nazionali.

Da una parte, l'influsso avviene mediante l'utilizzo del principio della primazia del diritto europeo e della certezza, elementi che preesistevano alla stessa Corte e che possono trovarsi nella normativa europea scritta.

Dall'altra, però – aspetto maggiormente importante –, il Giudice europeo crea principi, i quali influiscono sia nel merito delle scelte amministrative nazionali, sia nelle stesse procedure³⁴⁵.

Ed allora, definire come interna o esterna la funzione della Corte di Giustizia non è facile.

Probabilmente ancora dobbiamo accettare l'idea che si tratti di un giudice esterno, da cui dipendono, tuttavia, molti aspetti della vita giuridica del nostro Paese. Una funzione estranea ed esterna, dunque, la cui definizione non è destinata a rimanere cristallizzata a lungo.

³⁴³ CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., p. 130.

³⁴⁴ STARR-DEELEN – DEELEN, *The European Court of Justice as a Federator*, cit., p. 81.

³⁴⁵ Si pensi al ruolo del principio di precauzione, ad esempio.

Capitolo 4
Spunti per un'analisi comparata

Una visione comparata della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Fino ad ora, la nostra trattazione si è rivolta agli effetti della giurisprudenza europea sull'Amministrazione (nonché, sull'attività giudiziaria) italiana.

In particolare, sono stati analizzati anche casi non derivanti da vicende italiane ma che hanno influenzato (o dovrebbero influenzare) un cambiamento nell'ambito del nostro ordinamento.

La ricerca in esame, tuttavia, non sarebbe completa se non affiancata da una breve analisi dell'influsso della giurisprudenza comunitaria su altri Paesi dell'Unione. Infatti, tutti gli Stati membri hanno dovuto fare i conti con una cessione di sovranità³⁴⁶, con un giudice comunitario sempre più partecipe delle scelte governative domestiche.

E, soprattutto, ogni Stato membro ha dovuto inserire il punto di vista comunitario all'interno del proprio ordinamento. Proprio per questo motivo si è scelto di analizzare le situazioni due Paesi molto diversi tra loro dal punto di vista giudiziario ed ordinamentale: la Spagna, che basa il suo sistema giudiziario sul *civil law*, e la Gran Bretagna, unico paese di stretto *common law* in Europa.

Come si evince dal titolo, si tratta di "spunti", di brevi riflessioni sugli aspetti che, ad una lettura del panorama giurisprudenziale nazionale, paiono essere più rilevanti dal punto di vista dell'influsso sull'Amministrazione e dell'eco dottrinale ricevuta.

³⁴⁶ TESAURO, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di Giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, p. 483.

1. Spagna.

1.1. L'adesione spagnola nell'Unione Europea ed il rapporto ordinamenti spagnolo e comunitario.

La Spagna ha fondato la propria partecipazione all'Unione Europea sull'art. 93 Cost. spagnola³⁴⁷. Secondo la norma citata, deve essere approvata una legge organica, a maggioranza assoluta del Parlamento per autorizzare la conclusione di Trattati, che attribuisca ad organizzazioni internazionali l'esercizio di competenze previste dalla Costituzione³⁴⁸.

La stessa disposizione, peraltro, deve essere letta in combinato disposto con quanto previsto dall'art. 96, 1° comma Cost. spagn.³⁴⁹, secondo la quale i Trattati stipulati entrano a far parte dell'ordinamento spagnolo e possono essere modificate secondo le norme previste dallo stesso trattato o dalle norme di diritto internazionale³⁵⁰.

Proprio dalla lettura del suddetto combinato disposto deriva l'attribuzione al diritto dell'Unione del rango super-primario, che gli studiosi spagnoli definiscono con l'aggettivo “*infra-constitucional*” e che non comporta, tradizionalmente, il riconoscimento di rango costituzionale alle norme di diritto europeo³⁵¹.

Inoltre, proprio come in Italia, il fenomeno dell'integrazione europea è stato sì è basato su una norma scritta, costituzionale e che potesse legittimare, in generale, fenomeni di natura internazionalistica³⁵².

³⁴⁷ Art. 93 Cost. spagnola: «*Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión*». Con riferimento all'intero testo della Costituzione spagnola (nonché delle altre costituzioni europee) si veda PALICI DI SUNI PRAT – CASSELLA – COMBA, *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, Padova, 2001, pp. 791 e ss.

Con riferimento all'integrazione spagnola nell'ambito europeo si veda LOPEZ CASTILLO, *Constitución e integración. El fundamento constitucional*, Madrid, 1996, pp. 158 e ss.

³⁴⁸ BIANCO – MARTINICO, *Il rapporto fra ordinamenti spagnolo ed europeo alla luce del caso Iberdrola*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 1070.

³⁴⁹ ID., p. 1070.

³⁵⁰ «*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional*».

³⁵¹ BIANCO – MARTINICO, *Il rapporto fra ordinamenti spagnolo ed europeo alla luce del caso Iberdrola*, cit., p. 1070.

³⁵² Deve dotarsi come la *Declaration del Tribunal Constitucional* n. 1/992 sul Trattato di Maastricht aveva auspicato anche ad una norma diversa dell'art. 93 Cost. spagn. su cui potesse essere fondata la partecipazione europea del regno iberico. Proprio a questo auspicio si dovrebbe la modifica dell'art. 135 Cost. spagn., il quale ora prevede un espresso riferimento all'unione Europea: si veda BIANCO – MARTINICO, *Il rapporto fra ordinamenti spagnolo ed europeo alla luce del caso Iberdrola*, cit., p. 1070.

Gli artt. 93 e 96, 1° comma Cost. Spagn. per lungo tempo sono stati ritenuti norme procedimentali, cioè norme che disciplinano meramente le modalità di applicazione del diritto europeo. Ultimamente, al contrario, esse sono state qualificate come norme sostanziali³⁵³.

Ad erodere la prima interpretazione fu, prima di tutto, l'opinione di Perez Tremps³⁵⁴, il quale non vedeva nei precetti costituzionali un solo precetto strumentale, bensì una vera e propria norma di ingresso del diritto europeo all'interno del sistema giuridico spagnolo. Lo stesso studioso, peraltro, anelava ad un influsso diretto del diritto europeo sul diritto spagnolo, anche dal punto di vista giurisprudenziale³⁵⁵.

1.1.1. Giudice costituzionale spagnolo e conflitti tra norma spagnola e norma UE.

Come detto, il diritto europeo, nell'ordinamento spagnolo, non ha rango costituzionale. Pertanto, il Tribunale Costituzionale è incompetente a risolvere eventuali conflitti fra norme interne e norme UE che, nella sua ricostruzione, danno origine a questioni di legalità e non, appunto, di costituzionalità³⁵⁶.

³⁵³ LÓPEZ CASTILLO, *La Unión Europea «en constitución y la Constitución estatal en (espera de) reformas. A propósito de la DTC 1/2004 de 13 diciembre*, in LOPEZ CASTILLO - SAIZ ARNAIZ- FERRERES COMELLA, *Constitución española y Constitución europea*, Madrid, 2005, pag. 22, consultabile anche su www.cepc.gob.es/docs/doc_publicaciones/coleccion_foro1.pdf?sfvrsn=4.

³⁵⁴ PÉREZ TREMP, *Constitución Española y Comunidad Europea*, Madrid, 1994.

³⁵⁵ La tendenza generale del TC era (e in parte è ancora così) quella di non tenere eccessivamente in considerazione il diritto UE per la risoluzione delle questioni che gli si presentano, a differenza ad esempio della giurisprudenza relativa alla CEDU: cfr. VIDAL PRADO, *El impacto del nuevo derecho europeo en los tribunales constitucionales*, Madrid, 2004, p. 150.

³⁵⁶ BIANCO – MARTINICO, *Il rapporto fra ordinamenti spagnolo ed europeo alla luce del caso Iberdrola*, cit., p. 1070. Peraltro, gli stessi autori precisano anche che: «Deve essere altresì ricordato che il diritto UE può anche essere utilizzato come parametro interpretativo dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione spagnola grazie all'art. 10.2 Cost. spagnola, sebbene tale tipo di utilizzo non sia abituale. Ciò si spiega con il fatto che i Trattati istitutivi delle Comunità europee non avevano come finalità specifica la tutela dei diritti umani, anche se il discorso sembra essere parzialmente cambiato soprattutto dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che ha dato, come noto, efficacia giuridica vincolante alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Ciò perché, come ricorda Saiz Arnaiz, il TC non adotta un criterio restrittivo o formale per l'individuazione delle convenzioni cui allude l'art. 10.2 Cost, non limitando il richiamo costituzionale ai soli Trattati specificamente dedicati alla tutela dei diritti umani».

Peraltro, deve notarsi come, a differenza della Corte Costituzionale italiana, l'analogo organo giudiziario spagnolo non utilizza direttamente la norma europea come parametro di legittimità costituzionale: sul punto si veda NAPOLI, *La Corte dinanzi ai "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario": tra applicazione dell'art. 117, primo comma e rispetto dei poteri interpretativi della Corte di Giustizia*, in *Le reg.*, 2006, p. 485.

La Corte spagnola aveva sintetizzato la propria posizione nella Declaration 1/1992³⁵⁷, nel quale il tribunale ha riconosciuto, ovviamente, il fondamento dell'appartenenza del regno spagnolo all'Unione Europea nell'art. 93 Cost. spagn., senza però consentire l'ingresso di atti che possono derogare, implicitamente o esplicitamente, la Carta fondamentale, né riconoscendo un proprio ruolo con riferimento al contrasto tra le normative dei due ordinamenti³⁵⁸.

Dunque, il Giudice costituzionale spagnolo aveva sempre ritenuto la Corte di giustizia come l'unica che potesse interpretare i Trattati europei, senza che questo potesse intaccare il suo ruolo di "giudice supremo della costituzione"³⁵⁹.

Peraltro, in alcune pronunce, il Giudice costituzionale iberico aveva ampliato questo suo orientamento riconoscendo la possibilità di controllo sull'adeguamento del diritto nazionale alla normativa comunitaria. Si tratta di casi relativamente ristretti, nei quali l'inadempimento comunitario era frutto di errore palese, irrazionalità manifesta oppure produceva danno ad un diritto fondamentale³⁶⁰.

³⁵⁷ Consultabile nel sito <http://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/Home.aspx>.

³⁵⁸ Si vedano ancora BIANCO – MARTINICO, *Il rapporto fra ordinamenti spagnolo ed europeo alla luce del caso Iberdrola*, cit., p. 1070, che aggiungono: «*Sempre il TC, nella stessa pronuncia, aggiungeva che l'art. 95 Cost.: "Atribuye al Tribunal Constitucional la doble tarea de preservar la Constitución y de garantizar, al tiempo, la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional. Como intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal es llamado a pronunciarse sobre la posible contradicción entre ella y un Tratado cuyo texto, ya definitivamente fijado, no haya recibido aún el consentimiento del Estado (art. 78.1 de la LOTC). Si la duda de constitucionalidad se llega a confirmar, el Tratado no podrá ser objeto de ratificación sin la previa revisión constitucional (art. 95.1 de la Norma fundamental). De este modo, la Constitución ve garantizada, a través del procedimiento previsto en su Título X, su primacía, adquiriendo también el Tratado, en la parte del mismo que fue objeto de examen, una estabilidad jurídica plena, por el carácter vinculante de la Declaración del Tribunal (art. 78.2 de la LOTC), como corresponde al sentido de este examen preventivo"*».

³⁵⁹ BIANCO – MARTINICO, *Il rapporto fra ordinamenti spagnolo ed europeo alla luce del caso Iberdrola*, cit., p. 1071.

Peraltro, lo stesso indirizzo del Tribunal costituzional non ha mancato di ricevere critiche: sul punto si veda SARMIENTO, *Poder judicial e integraciòn europe; la construcciòn de un modelo juiurisdiccional para la uniòn*, Madrid, 2004.

Deve anche precisarsi che il rifiuto del controllo degli atti legislativi spagnoli con riferimento alla contrarietà alle norme europee non include anche il ricorso di *amparo* contro la decisione del giudice costituzionale di non aver sottoposto la questione al Giudice comunitario: sul punto si vedano ALONSO GARCÌA – BAÑO LEÒN, *El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión europea*, in *Rev. Esp. de der. constitucional.*, 1990, pgg. 193 ss.

³⁶⁰ BIANCO – MARTINICO, *Il rapporto fra ordinamenti spagnolo ed europeo alla luce del caso Iberdrola*, cit., p. 1072, nonché la decisione TC, n. 180/1993 da loro richiamata: «*este Tribunal está llamado a ejercitar un cierto control sobre la selección de la norma aplicable llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales, si bien este control solo podría producirse, en términos generales, si se ha tratado de una selección arbitraria manifiestamente irrazonable (STC 23/1987) o ha sido fruto de un error patente; o si de dicha selección se ha seguido daño para otro derecho fundamental distinto al de la tutela judicial efectiva e igualmente tutelable a través de la vía del recurso de amparo*».

1.2. Le conseguenze dell'atteggiamento del *Tribunal nacional* sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia ed effetti per gli Stati membri (rinvio).

L'orientamento sopra esposto della Corte costituzionale spagnola è andato mutando all'inizio del nuovo millennio³⁶¹.

In particolare, due principali pronunce della Corte di Giustizia, derivanti da due rinvii pregiudiziali spagnoli, hanno contribuito alla definizione sia del potere di adeguamento degli Stati membri, sia ai limiti dell'autotutela decisoria.

Il primo caso è la sentenza *Melloni*, già analizzata *supra*³⁶². Lo stesso ha infatti, permesso di stabilire che il dovere di adeguamento della normativa nazionale al diritto comunitario deve ritenersi obbligatoria anche qualora la prima prevedesse standards di protezione del diritto del cittadino più elevati della seconda.

Con riferimento al contributo alla definizione del potere eliminatorio, si ritiene fondamentale analizzare il noto caso *Iberdrola*³⁶³. La pronuncia citata, infatti, è fondamentale nella comprensione del rapporto tra Corte di Giustizia ed amministrazione spagnola.

1.2.1. Il caso Iberdrola.

Il caso giurisprudenziale da esaminare è molto simile a quello che ha originato la sentenza *Lucchini*³⁶⁴, ma porta ad esiti di applicazione del diritto europeo in parte molto diversi.

La vicenda fattuale riguardava la società *Iberdrola*, avente come scopo sociale la vendita e l'acquisizione di energia elettrica³⁶⁵. La stessa, a fronte

³⁶¹ Sul punto sempre BIANCO – MARTINICO, *Il rapporto fra ordinamenti spagnolo ed europeo alla luce del caso Iberdrola*, cit., p. 1070.

³⁶² Cfr. par. 4.1.1., cap. 2.

³⁶³ Con riferimento alla sentenza europea, si veda Corte Giust., 17 ottobre 2013, *Iberdrola e più*, cause riunite C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11 e C-640/11.

Con riferimento al giudizio spagnolo si veda Trib. Constitucional, 2 luglio 2012, n. 145.

³⁶⁴ Cfr. *supra*, cap. 2.

³⁶⁵ Si riporta il fatto più compiutamente, ben sintetizzato da BIANCO – MARTINICO, *Il rapporto fra ordinamenti spagnolo ed europeo alla luce del caso Iberdrola*, cit., p. 1070: «*I fatti all'origine della decisione del TC si riferiscono all'incremento, dal 12 al 20 per cento, del capitale sociale detenuto dalla società per azioni Iberdrola (uno dei maggiori gruppi spagnoli operanti nel campo energetico) all'interno della società ispano-franco-algerina Medgaz (che si occupa della costruzione e futuro sfruttamento di un gasdotto sotterraneo dall'Algeria all'Europa tramite la Spagna). L'incremento fu effettuato il 10 gennaio 2007 e comunicato il mese successivo alla Commissione nazionale per l'energia. Quest'ultima, con due atti adottati a febbraio e marzo 2007, sollecitò Iberdrola a richiedere l'autorizzazione amministrativa per tale aumento di partecipazione azionaria, ai sensi della legge sul settore degli idrocarburi (legge n. 34 del 7 ottobre 1998, come modificata dal real decreto*

di un diniego con riferimento all'autorizzazione amministrativa per incrementare la propria partecipazione azionaria nella società per azioni Medgaz, proponeva ricorso giurisdizionale al fine di veder applicato il principio sancito dalla Corte di Giustizia, in una pronuncia nelle more intervenuta³⁶⁶.

legge n. 4/2006), che conferisce alla Commissione nazionale per l'energia la funzione di autorizzare l'acquisizione di partecipazioni in una percentuale di capitale sociale superiore al 10 per cento, o comunque una percentuale che permetta un'influenza significativa in società che sviluppano "attività di immagazzinamento di gas naturale o di trasporto di gas naturale per mezzo di gasdotti internazionali che abbiano come meta o transito il territorio spagnolo". A fronte di tali provvedimenti, la società Iberdrola presentò un ricorso amministrativo, ritenendo che la norma succitata non fosse applicabile all'incremento di capitale da essa operato. Il procedimento amministrativo non si concluse in senso favorevole a Iberdrola: la Direzione generale per la politica energetica e le miniere emanò una sanzione pecuniaria per un valore di 60101,21 euro, confermata in appello dalla Secretaría General de la Energía, a fronte della lamentata violazione del diritto alla difesa di cui all'art. 24 della Costituzione (Cost.) spagnola e della mancata tipicità della condotta (in virtù della disapplicazione della norma "incriminatrice" per incompatibilità con il diritto dell'Unione) fatte valere dalla ricorrente; inoltre, il Ministero dell'industria, del turismo e del commercio giudicò inammissibile il ricorso contro i provvedimenti della Commissione nazionale per l'energia. La società Iberdrola adì il giudice amministrativo, presentando ricorso innanzi alla Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia di Madrid, competente in prima e unica istanza (l'ammontare della sanzione precludeva infatti la possibilità di adire il Tribunal Supremo); invocando nelle conclusioni la sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee nel frattempo intervenuta nella causa Commissione contro Spagna, del 17 luglio 2008. Tale decisione aveva espressamente rilevato l'incompatibilità dell'obbligo dell'autorizzazione preventiva all'aumento della partecipazione azionaria, previsto dalla disposizione citata supra, con il diritto comunitario, specificamente con la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali di cui agli artt. 43 e 56 TCE (oggi, artt. 49 e 63 TFUE). Tale procedura, infatti, avrebbe potuto "disuadir a los inversores establecidos en los Estados miembros distintos del Reino de España de adquirir participaciones en las empresas españolas que operan en el sector energético y, por tanto, puede impedir o limitar la adquisición de participaciones en dichas empresas" e non sussistevano motivi sufficienti a giustificare una restrizione della libertà fondamentale. La stessa Commissione nazionale per l'energia ne aveva preso atto, dichiarando la disposizione inapplicabile in un provvedimento ("acuerdo") del settembre 2008».

³⁶⁶ Si tratta di Corte Giust., 17 luglio 2008, Commissione delle Comunità Europee c. Regno di Spagna, C-207/2007. Nel sito www.curia.it è possibile leggere soltanto il dispositivo: «Avendo adottato le disposizioni del n. 1, secondo comma, della quattordicesima funzione della Commissione nazionale per l'energia prevista dall'undicesima disposizione addizionale, parte terza, n. 1, della legge 7 ottobre 1998, n. 34/1998, disciplinante il settore degli idrocarburi (Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos), come modificata dal Regio decreto legge 24 febbraio 2006, n. 4/2006 (Real Decreto-ley 4/2006), al fine di assoggettare a previa autorizzazione della Commissione nazionale per l'energia l'acquisizione di talune partecipazioni in imprese che esercitano determinate attività regolamentate nel settore dell'energia nonché l'acquisizione degli attivi necessari per svolgere tali attività, il Regno di Spagna ha violato gli obblighi ad esso incombenti in forza degli artt. 43 CE e 56 CE».

Per comodità di lettura, si aggiunge anche l'art. 43 (oggi art. 49 TFUE) CE affermava che «Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di uno Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'art. 48 (oggi 54 TFUE), secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di

Quest'ultima, infatti, aveva sancito che detta autorizzazione amministrativa per l'incremento delle partecipazioni societarie, richiesta dalla normativa spagnola, era contraria al diritto comunitario.

Il *Tribunal superior de Justicia*, tuttavia, non accolse le argomentazioni portate dalla società ricorrente, ritenendo che la pronuncia comunitaria imponesse un obbligo di adeguamento soltanto per il futuro per il legislatore spagnolo, ma che il caso in esame non poteva essere giudicato secondo il principio espresso dalla Corte di Giustizia poiché *ius superveniens*³⁶⁷.

Dinanzi al rifiuto della giustizia amministrativa di riconoscere gli effetti della decisione della Corte di giustizia a essa favorevole, la società presentò al Tribunal costitucional *recurso de amparo*³⁶⁸, nel quale argomentò come la violazione del diritto dell'Unione europea conducesse ad una lesione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla Costituzione spagnola³⁶⁹.

Il *Tribunal* apre il proprio ragionamento affermando, da un lato, il primato dell'*acquis communautaire* sul diritto domestico, e, dall'altro, sulla efficacia *ex tunc* dei principi espressi nelle sentenze comunitarie.

Pertanto, nel caso analizzato, la Corte costituzionale spagnola ammette che il diniego alla società Iberdrola sia lesivo della normativa europea, proprio perché relega ad una efficacia *ex nunc* la precedente sentenza della Corte di Giustizia³⁷⁰.

Gli studiosi, tuttavia, hanno diffidato della presente interpretazione, ritenendo che, in realtà, il Tribunal costitucional non abbia aperto l'ordinamento spagnolo ad una apertura incondizionata alla normativa comunitaria, nonché alle sentenze della Corte di Giustizia.

In primo luogo, infatti, la pronuncia non ha sottolineato il rango delle norme europee, dichiarando anche la loro irrilevanza costituzionale³⁷¹.

In secondo luogo, non si comprende quale organo dovrebbe verificare se la giurisprudenza europea sia stata efficacemente applicata dai giudici

stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali».

Inoltre, l'art. 56 CE (oggi sostituito dall'art. 63 TFUE) disciplina la libertà di circolazione dei capitali disponendo che «Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi.

Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni sui pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi».

³⁶⁷ BIANCO – MARTINICO, *Il rapporto fra ordinamenti spagnolo ed europeo alla luce del caso Iberdrola*, cit., p. 1076.

³⁶⁸ Come visto *supra*, è comunque consentito il ricorso in *amparo* per le decisioni che si ritengono essere contrastanti con la normativa europea: cfr. vedano ALONSO GARCÍA – BAÑO LEÓN, *El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión europea*, cit., p. 193.

³⁶⁹ BIANCO – MARTINICO, *Il rapporto fra ordinamenti spagnolo ed europeo alla luce del caso Iberdrola*, cit., p. 1076.

³⁷⁰ ID., p. 1078.

³⁷¹ ID., p. 1078.

nazionali, poiché, esclusi i casi di *recurso en amparo*, il *Tribunal constitucional*, come prima affermato, si sente non competente sul punto³⁷².

Peraltro, ai fini della nostra ricerca, deve aggiungersi anche la citata pronuncia spagnola non fa risaltare neppure il ruolo dell'Amministrazione nell'ambito dell'applicazione della disciplina dettata dalla Corte di Giustizia. In particolare, il *Tribunal*, se riporta l'illegittimità al rifiuto dell'autorizzazione alla società Iberdrola da parte dell'Amministrazione³⁷³, non esplicita un vero e proprio potere-dovere di adeguamento in capo alla stessa.

1.3. Abuso del diritto e abilitazione alla professione forense.

Un altro caso, che ha interessato principalmente cittadini italiani, riguarda la definizione dell'abuso del diritto (con particolare riferimento all'esercizio della professione forense mediante titolo acquisito in altro Paese membro), data dalla Corte di Giustizia³⁷⁴.

La pronuncia, infatti, appare fondamentale non solo per comprendere il ruolo nomofilattico che la Corte svolge, ma anche la funzione di armonizzare le diverse normative di molteplici Stati membri.

La fattispecie concreta riguarda due cittadini italiani che, dopo essersi abilitati all'esercizio della professione forense in Spagna, richiedono l'iscrizione in un Albo Avvocati italiano.

L'Ordine forense presso cui chiedono l'iscrizione, tuttavia, rifiuta di compiere il predetto adempimento, adducendo che la richiesta derivasse da un abuso del diritto.

La Corte europea, tuttavia, rifiuta detta interpretazione, adducendo, prima di tutto, che la direttiva 98/5, regolante proprio lo stabilimento di avvocati

³⁷² Critico, da questo punto di vista, è TORRES PÉREZ, *Report on Spain*, in G. MARTINICO-O. POLLICINO (a cura di), *The national judicial treatment of the ECHR and EU Laws: A Comparative Constitutional Perspective*, Groningen, 2010, p. 467: «*This decision was celebrated because the TC [Constitutional Tribunal] gave constitutional relevance to the failure to raise the preliminary question. The reasoning, however, was rather disturbing because the TC seemed to limit its eventual intervention to cases in which a legislative act had been set aside. In addition, the comparison with the constitutional question was quite unfortunate. In a later decision, the TC emphasized that it was necessary for ordinary courts to raise a preliminary reference before setting aside a legislative act. The TC added a caveat parenthetically: 'provided that the conditions established by EU law concur, and this is for the ordinary courts to decide.' But, if this is for ordinary courts to decide, what is the TC going to examine in order to decide whether the right to due process has been violated?*».

³⁷³ BIANCO – MARTINICO, *Il rapporto fra ordinamenti spagnolo ed europeo alla luce del caso Iberdrola*, cit., p. 1078.

³⁷⁴ Corte Giust., 17 luglio 2014, *Torresi c. Consiglio dell'Ordine Avvocati di Macerata*, C-58/13. Per un commento si veda NOCERA, *Abilitazione in Spagna e esercizio della professione in Italia? Non è abuso del diritto*, in *D&G*, 2014, p. 144.

comunitari, avesse il precipuo scopo della libertà di stabilimento degli avvocati in tutto il territorio dell'Unione³⁷⁵.

Successivamente, la Corte chiarisce che l'abuso del diritto necessita di un elemento oggettivo (insieme di circostanze oggettive che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa europea, fanno capire che l'obbiettivo della normativa non è stato raggiunto) e di un elemento soggettivo (volontà di un indebito vantaggio)³⁷⁶.

³⁷⁵ La Corte, nello specifico, afferma che: «*Il considerando 6 della direttiva 98/5 è formulato nei seguenti termini: "considerando che un'azione comunitaria è giustificata anche dal fatto che alcuni Stati membri già consentono ad avvocati provenienti da altri Stati membri di esercitare attività professionali, sotto forma diversa dalla prestazione di servizi, sul proprio territorio con il loro titolo professionale d'origine; che, tuttavia, negli Stati membri che riconoscono tale diritto le modalità del suo esercizio sono profondamente diverse in relazione, ad esempio, al campo di attività e all'obbligo di iscrizione presso le autorità competenti; che una siffatta disparità di situazioni dà luogo a disparità di trattamento e a distorsioni della concorrenza fra gli avvocati degli Stati membri e costituisce un ostacolo alla loro libera circolazione; che solo una direttiva che stabilisca le condizioni per l'esercizio della professione, sotto forma diversa dalla prestazione di servizi, da parte degli avvocati che esercitano la loro attività con il loro titolo professionale di origine, è in grado di risolvere questi problemi e di dare, in tutti gli Stati membri, identiche possibilità agli avvocati ed agli utenti del diritto".*

Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, di tale direttiva, essa ha lo scopo di facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato, come libero professionista o come lavoratore subordinato, in uno Stato membro diverso da quello nel quale è stata acquisita la qualifica professionale.

L'articolo 2 della direttiva 98/5, intitolato «Diritto di esercitare la professione con il proprio titolo professionale di origine», al comma 1 dispone quanto segue: "Gli avvocati hanno il diritto di esercitare stabilmente le attività di avvocato precisate all'articolo 5 in tutti gli altri Stati membri con il proprio titolo professionale di origine".

L'articolo 3 della stessa direttiva, intitolato «Iscrizione presso l'autorità competente», ai paragrafi 1 e 2 così prevede: "L'avvocato che intende esercitare in uno Stato membro diverso da quello nel quale ha acquisito la sua qualifica professionale deve iscriversi presso l'autorità competente di detto Stato membro.

L'autorità competente dello Stato membro ospitante procede all'iscrizione dell'avvocato su presentazione del documento attestante l'iscrizione di questi presso la corrispondente autorità competente dello Stato membro di origine. Essa può esigere che l'attestato dell'autorità competente dello Stato membro di origine non sia stato rilasciato prima dei tre mesi precedenti la sua presentazione. Essa dà comunicazione dell'iscrizione all'autorità competente dello Stato membro di origine". (...)

A tale riguardo, la Corte ha già avuto modo di constatare che tale direttiva istituisce un meccanismo di mutuo riconoscimento dei titoli professionali degli avvocati migranti che desiderino esercitare con il titolo conseguito nello Stato membro di origine (...).

Inoltre, come emerge dal suo considerando 6, con la direttiva 98/5 il legislatore dell'Unione ha inteso, in particolare, porre fine alle disparità tra le norme nazionali relative ai requisiti d'iscrizione presso le autorità competenti, da cui derivavano ineguaglianze ed ostacoli alla libera circolazione (...).

In tale contesto, l'articolo 3 della direttiva 98/5 provvede ad armonizzare completamente i requisiti preliminari richiesti ai fini di esercitare il diritto di stabilimento conferito da tale direttiva, prevedendo che l'avvocato che intende esercitare in uno Stato membro diverso da quello nel quale ha acquisito la sua qualifica professionale deve iscriversi presso l'autorità competente di detto Stato membro, la quale è tenuta a procedere a tale iscrizione «su presentazione del documento attestante l'iscrizione di questi presso la corrispondente autorità competente dello Stato membro di origine».

³⁷⁶ NOCERA, *Abilitazione in Spagna e esercizio della professione in Italia? Non è abuso del diritto*, cit., p. 144.

Di conseguenza, conclude la Corte, «*il fatto che un cittadino di uno Stato membro che ha conseguito una laurea in tale Stato si rechi in un altro Stato membro al fine di acquisirvi la qualifica professionale di avvocato e faccia in seguito ritorno nello Stato membro di cui è cittadino per esercitarvi la professione di avvocato, con il titolo professionale ottenuto nello Stato membro in cui tale qualifica è stata acquisita, costituisce uno dei casi in cui l'obiettivo della direttiva 98/5 è conseguito e non può costituire, di per sé, un abuso del diritto di stabilimento risultante dall'articolo 3 della direttiva 98/5*»³⁷⁷.

³⁷⁷ Par. 49 della sentenza.

2. Gran Bretagna.

2.1. L'ordinamento giudiziario britannico ed il ricorso al Giudice Europeo: le dieci *guidelines* di Lord Denning.

L'ordinamento britannico³⁷⁸, pur essendo un ordinamento di common law e che utilizza principalmente il diritto casistico³⁷⁹, ha comunque incontrato problemi nell'adattarsi alla nuova supremazia dell'organo giudiziario europeo.

In particolare, un problema rilevante da affrontare è stato quello di comprendere i casi che potevano essere oggetto di rinvio pregiudiziale. Sul punto, decisivo è stato il caso *H.P. Bulmer Ltd v. Bollinger SA* (1974)³⁸⁰, nel quale sono state dettate esaurienti linee guida in merito alla necessità di intervento della Corte di Giustizia.

In breve, le dieci condizioni elencate³⁸¹:

- 1) L'interpretazione della Corte di Giustizia deve essere “*conclusive*”, cioè consentire di decidere il caso. Si deve trattare, più precisamente, di una fattispecie in cui due differenti interpretazioni possono dar vita a due decisioni opposte nel merito.
- 2) La fattispecie (o altra sostanzialmente analoga) non deve essere stata oggetto di ulteriori interpretazioni della Corte Europea³⁸².
- 3) La norma del Trattato non deve essere pacificamente interpretabile in un solo modo: si tratterà, in questo caso, di “*acte clair*”.
- 4) “*Decide the facts first*”: la Corte di Giustizia non deve essere chiamata a fornire un'interpretazione laddove la stessa non abbia un chiaro impatto, anche temporale nella decisione del Giudice nazionale. Non deve essere, tuttavia, confusa con la prima regola: la pronuncia della Corte deve essere non solo in grado di far decidere in caso, ma anche deciderlo in maniera processualmente più efficiente.
- 5) Correlata alla precedente appare la regola relativa alla valutazione del tempo necessario alla pronuncia della Corte: il giudice nazionale,

³⁷⁸ Deve precisarsi che il Regno Unito è entrato a far parte della Comunità Europea nel 1972, con la firma del Trattato di Lussemburgo. Sul punto GREMENTIERI - GOLDEN JR., *The United Kingdom and the European Court of Justice: An Encounter Between Common and Civi law Traditions*, in *Am. Journ. Comp. Law*, 1973, p. 664, consultabile nella banca dati www.jstor.eu.

³⁷⁹ Sul punto si veda HUNNINGS, *The European Courts*, Londra, 1996, pp. 73 e ss., il quale analizza le differenze comunque esistenti (in particolar modo, differenze procedurali e di istruttoria) tra il sistema inglese e quello della Corte comunitaria; MATTEI, *Il modello di common law*, Torino 2004.

³⁸⁰ Consultabile sulla banca dati *JustCite*.

³⁸¹ Per una completa sintesi deve farsi riferimento a HUNNINGS, *The European Courts*, cit., p. 38.

³⁸² Peraltro, questa regola è implicitamente vigente per tutti gli Stati membri, dato che è un diretto precipitato del valore cogente della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

infatti, dovrebbe prima valutare, in accordo con le parti, se sia il caso di attendere un mero consiglio di applicazione del Trattato piuttosto che decidere la questione.

6) Tener conto del parere delle parti, in particolar modo laddove tutte volgiano adire la Corte di Giustizia.

7) Non si può intralciare la Corte mediante un cospicuo numero di domande: in altre parole, bisogna adire la Corte soltanto quando sia realmente necessario.

8) È necessario formulare chiaramente il proprio quesito, tenendo ben presente che si deve trattare di una domanda riguardante esclusivamente l'interpretazione dei Trattati.

9) Altresì, bisogna distinguere se il proprio quesito sia, allo stesso tempo, complicato ed importante per lo svolgimento della causa.

10) Bisogna, infine, tener conto delle spese che le parti dovranno sostenere per il suddetto incidente processuale.

2.2. I cambiamenti derivanti dal ruolo della Corte di Giustizia: l'incontro tra *common law* e *civil law*³⁸³.

La Corte di Giustizia, al momento dell'ingresso del Regno Unito nella comunità (poi Unione) Europea, era organizzata secondo le tradizioni dei Paesi già costituenti, i quali erano di tradizione di *civil law*³⁸⁴.

Pertanto, la Gran Bretagna si trovò ad affrontare problemi ordinamentali, derivanti dall'assenza, nel proprio ordinamento di una costituzione scritta³⁸⁵, e pratico-processuali.

Questi ultimi hanno riguardato principalmente, la disciplina del dissenso in caso di sanzione verso un Paese dell'Unione e l'assistenza delle parti nel giudizio nanti la Corte di Giustizia

Con riferimento al primo profilo, autorevole dottrina nota come la Corte elabori la propria decisione senza alcuna opinione contraria. In particolare, la requisitoria avviene mediante l'Avvocato generale, il quale fa parte della stessa Corte.

Con riferimento al secondo aspetto, com'è noto, gli avvocati inglesi si distinguono in *barristers* and *solicitors*. Non era chiaro, dunque, se solo una

³⁸³ L'intero paragrafo prende spunto da GREMENTIERI - GOLDEN JR., *The United Kingdom an the European Court of Justice: An Encounter Between Common and Civi law Traditions*, cit. Pertanto, per ulteriore dottrina, si richiama quella ivi citata.

³⁸⁴ GREMENTIERI - J. C. GOLDEN JR., *The United Kingdom an the European Court of Justice: An Encounter Between Common and Civi law Traditions*, in *Am. Journ. Comp. Law*, 1973, p. 667 pongono l'accento sulla organizzazione del processo, maggiormente fásico e scritto rispetto all'oralità dei processi di *common law*.

³⁸⁵ Da questo derivava la difficoltà nell'inserire le norme europee dentro un determinato rango, nonché nel definire la primazia del diritto europeo.

categoria di queste potesse rappresentare la nazione di fronte al giudice Europeo.

La situazione diveniva maggiormente complicata per le Amministrazioni, per quali non era chiaro se potessero, in proprio, essere rappresentate da propri funzionari.

Detti problemi hanno, senza dubbio, influenzato il rapporto UE-Regno Unito, nonché il rapporto tra le pronunce e le statuizioni amministrative nazionali.

Il giudice nazionale, infatti, così come le Amministrazioni inglesi, ha spesso riconosciuto alla Corte di Giustizia (ovviamente) il potere di interpretare le norme, ma non anche di decidere il caso concreto nazionale. Pertanto, non di rado, è capitato che il Giudice comunitario ponesse il principio, il quale venisse poi “adattato” dal Giudice nazionale per confermare il proprio giudizio³⁸⁶.

³⁸⁶ Si veda, per esempio, English High Court, Case 131/79, ex parte Santillo, citato da HUNNINGS, *The European Courts*, cit., pp. 134 e ss.

Bibliografia

A.ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in AA.VV., *Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 20-22 settembre 2007, Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008.

ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1978.

R. ALONSO GARCÍA – J. M. BAÑO LEÓN, *El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión europea*, in *Rev. Esp. de der. constitucional.*, 1990, pgg. 193.

A.ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988.

G. ANTONUCCI, *La Corte di Giustizia ed il Tribunale di Primo grado delle Comunità Europee nella nuova Costituzione dell'Europa*, in *Cons. St. – Rass. Giur. e dottr.*, 2003, p. 1647.

A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 2006.

APELLI – ATERNO – CACCIARI – CAUTERUCCIO, *Codice dell'amministrazione digitale. Commentario*, Roma, 2008.

AUBY – DUTHEIL DE LA ROCHERE (a cura di), *Droit Administratif européen*, Bruxelles, 2007 e SCHWARZE, *European Administrative Law*, Londra, 2006.

A.BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008.

A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006.

A.BARONE, *The European «nomofilachia» network*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 355.

G. BENVENUTI, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, p. 537.

G.M. BERRUTTI– C. M. BARONE– R. PARDOLESI – M. GRANIRI– E. SCONDITTI, *La giurisprudenza fra autorità e autorevolezza: la dottrina delle corti*, in *Foro it.*, 2013, V, c. 181.

G. BIANCO – G. MARTINICO, *Il rapporto fra ordinamenti spagnolo ed europeo alla luce del caso Iberdrola*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 1069.

R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

G. BREBR, *Judicial control of European communities*, New York, 1962.

- E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012.
- BUTLER – BIEBER – PIPKORN – STREIL – WEILER, *L'Unione Europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 1998.
- P. CALAMANDREI, *Costituente italiana e federalismo europeo*, in *Scritti e discorsi politici*, Milano, 1965, I, p. 414.
- L. CALÒ, *Il giudice nazionale dinanzi alla giurisprudenza Cedu. La metafora dei «tre cappelli»*, in *Foro it.*, 2013, I, c. 814
- CANNADA BARTOLI, *Annullamento e annullabilità*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, p. 484.
- F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Tavole rotonde di diritto comunitario. Raccolta delle relazioni scritte*, vol. II, 1983, p.164.
- F. CAPOTORTI, *Le sentenze della Corte di giustizia delle Comunità Europee*, in BESSONE-GUASTINI (a cura di), *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, Padova, 1994, p. 457.
- S. M. CARBONE, *Il ruolo della giurisprudenza comunitaria nell'integrazione europea*, in SANDULLI – TROTTA (a cura di), *Il Ruolo del giudice. Le magistrature superiori*, all. a *Foro amm.*, 2007, p. 3.
- A.CARDONE, voce *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. Dir.-Annali*, Milano, 2010, IV, p. 335.
- F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI – O. TORIELLO, *La riforma Renzi della Pubblica Amministrazione*, Roma, 2014.
- F. CARINGELLA – M. GIANNINI (a cura di), *Codice del procedimento amministrativo*, Roma, 2010.
- F. CARINGELLA – PASTORE, *Manuale di diritto amministrativo – L'invalidità del provvedimento*, Roma, 2014.
- CARRÈ DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, Parigi, 1984.
- E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007.
- A. CASSESE, *Lo stato e la Comunità internazionale*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione italiana - artt. 1-12*, Bologna, 1975.
- S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000.
- V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997.

V. CERULLI – IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006

V. CERULLI IRELLI, *Violazioni del diritto europeo e rimedi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 658.

M. G. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 477.

M. G. CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 701.

M. G. CHITI, *Lo spazio giuridico europeo*, in www.astrid.it.

M. G. CHITI, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 301.

M. CHITI – GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997.

S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993.

CONDINANZI, *La responsabilità dello stato per violazione del diritto dell'unione europea: prime applicazioni dei recenti orientamenti della Corte di Cassazione*, in *Giur. merito*, 2010, p. 3063.

CONTI, *La natura "non illecita" dell'illecito comunitario*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 19.

CORSO – MASSERA – SPASIANO – DELLA CANANEA – GALETTA – GIGANTE – MARCHETTI – GOLA – DI PACE – MARZUOLI, sub art.1, l. 241/1990, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, p. 111.

G. CORAGGIO, voce *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. Giur. it.*, Roma, 1988.

P. CRAIG – G. DE BURCA, *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford, 2003.

D'ARPE, *Il potere di autotutela della pubblica amministrazione dopo la legge 11 febbraio 2005, n. 15*, in *I Tribunali Amministrativi Regionali: rassegna di giurisprudenza e dottrina*, 2005, p. 1.

DANZA, *La stabilizzazione nella giurisprudenza del pubblico impiego contrattualizzato*, in www.altalex.it.

DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Roma-Padova, 2001.

DE LUCA, *Diritti di lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2013, p. 940.

G. DUNI, *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, Milano, 2008.

EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law*, London, 1996.

V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, Torino, 2012.

FANTINI, *Ricorso principale e incidentale: alla ricerca dell'interesse strumentale*, in *Urb. e app.*, 2014, p. 1078.

L. FERRARI BRAVO – F.M. DI MAJO– A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea commentata con la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e con i documenti rilevanti*, Milano, 2001.

FERRARO, *Lo spazio giuridico europeo tra sovranità e diritti fondamentali. Democrazia, valori e rule of law nell'Unione al tempo della crisi*, Napoli, 2014.

F. FRACCHIA, *Il pubblico dipendente nella «formazione sociale»-«organizzazione pubblica»*, in *Scritti economico-giuridici in memoria di Franco Ledda*, Torino, 2004, p. 486.

D. U. GALETTA, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *GDA*, 2006, p. 1106.

D. U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise lost?*, Torino, 2009.

D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 837.

D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo nazionale*, in *Foro amm. TAR*, 2007, p. 603.

D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

R. GAROFOLI, *Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme CE self-executing*, in *Urb. e app.*, 1997, p. 336.

R. GAROFOLI, *Le lezioni di diritto amministrativo*, Roma, 2012.

GATTO, *I poteri del giudice amministrativo rispetto a provvedimenti individuali e concreti contrastati con i diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, p. 1430

GHETTI, voce *Autotutela della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, p. 80.

S. GIACCHETTI, *Disapplicazione? No, grazie*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 726.

M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1950.

R. P. GIANNOTTE, *La stabilizzazione del precariato tra istanze sociali e principio del pubblico concorso: quando l'armatore cerca di cambiare le regole della navigazione*, in *Atti del convegno Legal imagination(s) – Visioni del Giuridico*, Perugia, 10-12 luglio 2014 di prossima pubblicazione con *Univali-Brasile*.

R. GIOVAGNOLI – M. FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza. Invalidità ed autotutela*, II, Milano, 2007.

G. GORLA, *Esperienza scientifica – Diritto comparato*, in *AA. VV., Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982.

G. GORLA, *Il ricorso alla legge di un luogo vicino nell'ambito del dritto comune europeo*, in *Dir. comp. e dir. comune eu.*, 1981, p. 619.

G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, p. 1.

G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, p. 505.

V. GREMENTIERI – J. C. GOLDEN JR., *The United Kingdom an the European Court of Justice: An Encounter Between Common and Civi law Traditions*, in *Am. Journ. Comp. Law*, 1973, p. 664.

GRÜNER, *L'annullamento d'ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi di certezza del diritto e dell'autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 240.

T. C. HARTLEY, *Federalism, Courts and Legal System: the emerging Constitution of the Euroopean Community*, in *American Journ. of Comp. Law*, 1986, p. 229.

T. C. HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 2003.

HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, 1999.

HÜBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993.

HOFFMAN, *The Influence of European Principle of Proportionality upon UK Law*, in ELLIS (edited by), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999, p. 114.

N. M. HUNNINGS, *The European Courts*, Londra, 1996.

M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Riv. Ass. It. Costituzionalisti*, 2013.

IACONO, *Diritto del prestatore al rimborso dell'Iva non dovuta restituita al committente: compatibilità del regime nazionale di restituzione dell'indebito*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, p. 150.

N. IBBA, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2014 in tema di rapporto tra ricorso principale ed incidentale riuscirà a porre fine all'annoso dibattito sorto a seguito della precedente Adunanza Plenaria n. 4/2011 in materia di ricorso incidentale?*, in *Riv. Giur. Sarda*, 2014, 3, p.

JACOB, *Introducing the Court's Paper*, in DASHWOOD – JOHNSTON (edited by), *The future of the judicial system of European Union*, Cambridge, 2001, p. 9.

JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 2009.

LAMBERTI, *Per la Corte di Giustizia l'incidentale non è più "escludente"?*, in *Urb. e app.*, 2014, p. 1003.

G. LAZZARO, *Come legiferare?*, in BASCIU (a cura di), *Legislazione- Profili giuridici e politici*, Milano, 1992, pp. 157.

LEISNER, *Der Abwägungsstaat.: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit*, Berlino, 1997.

LEONE, *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. comunit.*, 2003, p. 898.

A. LOLLI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studi sulla qualificazione giuridica*, Milano, 2000.

A. LOPEZ CASTILLO, *Constitución e integración. El fundamento constitucional*, Madrid, 1996.

A. LÓPEZ CASTILLO, *La Unión Europea « en constitución y la Constitución estatal en (espera de) reformas. A propósito de la DTC 1/2004 de 13 diciembre*, in A. LOPEZ CASTILLO-A. SAIZ ARNAIZ-V. FERRERES COMELLA, *Constitución española y Constitución europea*, Madrid, 2005.

F. LUBRANO, *L'atto amministrativo presupposto. Spunti di una teorica*, Milano, 1967.

P. MAHONEY, *Marvellous richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?* In AA.VV., *The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Right: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice*, in *Human Rights Law Journal*, vol. 19, n. 1, p. 1.

G.F. MANCINI, *Le sfide costituzionali alla Corte di giustizia europea*, in MANCINI S. (a cura di), *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione Europea*, Bologna, 2004, p. 63.

MANNORI-SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001.

M. MARCHESE, *Il principio di precauzione tra luci e ombre*, in www.comparazionedirittocivile.it.

D. MARONGIU, *Il governo dell'informatica pubblica*, Roma, 2007.

MASSARI, *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2014.

B.G. MATTARELLA, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa, relazione al 53° Convegno di Studi amministrativi di Varenna del 20-22-settembre 2007*, in www.astrid-online.it.

U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino 2004.

U. MATTEI – G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Torino, 1997.

E. MAURO, *Appunti su tempo esatto e tempo opportuno con particolare riferimento alla legge italiana sul procedimento amministrativo*, relazione al convegno *Legal Imagination(s) – Visioni del Giuridico*, Perugia 10-12 luglio 2014, con atti di prossima pubblicazione a cura dell'Università Univali – Brasile.

MEDHI, *L'autonomie institutionelle et procédurale et le droit administratif*, in AUBY – DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Droit Administratif Européen*, Buxelles, 2007, p. 705.

MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996.

MICARI, *La c.d. pregiudiziale amministrativa e l'esercizio del potere di autotutela della Pubblica Amministrazione*, in *Giur. merito*, 2005, p. 428.

MILANI, *Le misure di stabilizzazione del lavoro precario nel settore pubblico previste dalla finanziaria 2007*, in *GDA*, 2007, p. 1265.

G. MONTEDORO, *Ruolo del giudice e diritto europeo*, in SANDULLI – TROTTA (a cura di), *Il Ruolo del giudice. Le magistrature superiori*, all. a *Foro amm.*, 2007, p. 9.

F. MODUGNO, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in BASCIU (a cura di), *Legislazione- Profili giuridici e politici*, Milano, 1992, p. 141.

C. NAPOLI, *La Corte dinanzi ai “vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario”*: tra applicazione dell’art. 117, primo comma e rispetto dei poteri interpretativi della Corte di Giustizia, in *Le reg.*, 2006, p. 485.

C. NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, in *Foro amm. CDS*, 2012, p. 2946.

I.L. NOCERA, *Abilitazione in Spagna e esercizio della professione in Italia? Non è abuso del diritto*, in *D&G*, 2014, p. 144.

G.P. ORSELLO (a cura di), *Il diritto dell’Unione Europea*, in SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1999.

S.P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005;

E. PALICI DI SUNI PRAT – F. CASSELLA – M. COMBA, *Le Costituzioni dei Paesi dell’Unione Europea*, Padova, 2001.

G. PARODI, *Le fonti del diritto*, in CICU – MESSINEO – MENGONI – SCHLESINGER (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012, p. 52.

PASQUINELLI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità dello Stato-legislatore per violazione del diritto comunitario. Un inatteso revirement*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 1012.

G. PASQUINI – A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001.

G. PEPE, *Principi generali dell’ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Roma, 2012.

P. PÉREZ TREMPES, *Constitución Española y Comunidad Europea*, Madrid, 1994.

P. PESCATORE, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, a des normes déduites de la comparaison de droits des États membres*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1980, p. 343.

E. PICOZZA, *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 1209.

- E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004.
- C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale ed i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 194.
- A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1995.
- PONTE, *La nullità dell'atto amministrativo – Procedimento e Processo*, Milano, 2015.
- N. POSTERARO, *Brevi note sull'obbligo di provvedere della P.A. alla luce del «nuovo» art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Foro amm.*, 2014, 4, p. 1338.
- M. PROTTO, *Ordine di esame del ricorso principale e incidentale in materia di appalti pubblici: la parola al giudice comunitario*, in *Urb. e app.*, 2012, p. 437.
- A. PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla L. 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, 1993.
- A. PUBUSA, *Procedimento amministrativo ed interessi sociali*, Torino, 1988.
- F. PUBUSA, *Diritto di accesso ed automazione. Profili giuridici e prospettive*, Torino, 2006.
- S. PUDDU, *Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico*, Napoli, 2006.
- M. RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa – Principi operativi e ambiti applicativi*, Milano, 2006.
- M. C. REALE– M. BORRACCETTI, *Da giudice a giudice. Il dialogo tra giudice italiano e Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Milano, 2008.
- G. RECCHIA, *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Padova, 1996.
- A. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione europea ed il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, in www.diritticomparati.it.
- A. RUGGERI, *Mandato d'arresto europeo e primo rinvio pregiudiziale del TCE: la via solitaria della Corte di giustizia*, in www.diritticomparati.it.
- A. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione europea ed il suo mancato bilanciamento col valore della*

salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema", in www.diritticomparati.it.

A.RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004.

I. RUGGIU, voce *Comparazione (dir. cost.)*, in *Dig. Dir. pubbl.*, p. 1058.

SALAZAR, *Il bello dell'essere diversi*, in SALAZAR-SPADARO, *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Milano, 2009, p. 22.

A. M. SANDULLI, *La proporzionalità amministrativa*, Padova, 1998.

G. SANTORO, *Diritto e diritti: lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione*, Torino, 2008.

SARMIENTO D., *Poder judicial e integraciòn europe; la construcciòn de un modelo jùrisdiccional para la uniòn*, Madrid, 2004.

SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2009.

A.SCHEPISI, *Rinvio pregiudiziale obbligatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, Trieste, 2003.

F. G. COCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011.

G. SCORRANO, *L'esercizio delle competenze*, in MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo*, vol. II, Milano, 2006, p. 367.

F. SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, Milano, 2010.

SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in SILVESTRI (a cura di), *Lo Stato senza principe*, Torino, 2005.

SINAGRA, *La Corte europea di Giustizia comunitaria come giudice di legittimità amministrativa*, in *Comunicazioni e studi*, XXII, 2007, p. 789.

A.SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001.

A.SOMMA, *Metodi e scopi della comparazione giuridica nelle decisioni delle Corti*, in www.altalex.it.

F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. com.*, 2005, p. 79.

F. SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *Dir. pubbl.comp. e eu.*, 2002, p. 1355.

M. G. STANZIONE, *Principio di precauzione e diritto alla salute. Profili di diritto comparato*, in www.comparazionedirittocivile.it.

STARR-DEELEN – DEELEN, *The European Court of Justice as a Federator*, in *Fed. and U.E.*, 1996, p. 81.

STIGLIANI, *Atti amministrativi nazionali e norme comunitarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, p. 1413.

G. STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea*, 3° ed., Torino, 2005.

TARUFFO, *La Corte di Cassazione e la legge*, in *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991.

S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004.

G. TESAURO, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di Giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, p. 483.

TORRES PÉREZ, *Report on Spain*, in G. MARTINICO-O. POLLICINO (a cura di), *The national judicial treatment of the ECHR and EU Laws: A Comparative Constitutional Perspective*, Groningen, 2010, p. 460.

TREBASTONI, *la disapplicazione nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 2000, p. 675.

TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 843.

VALAGUZZA, *La teoria dei controlimiti nella giurisprudenza del Consiglio di Stato: la primauté del diritto nazionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 816.

VALLAURI, *Sulla conformità della disciplina del contratto a termine alla direttiva europea (prima e dopo il d.l. n. 34/2014 convertito con l. n. 78/2014)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, p. 951.

S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008.

S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, Torino, 2012.

VILLATA, *Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 857.

G. VITALE, *La logica del rinvio pregiudiziale tra l'obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza e responsabilità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, p. 59.

VON BOGDANDY, *La fusion des Communautés dans l'Union Européenne*, in *Rev. du Dr. de l'U.E.*, 2001.

T. ZAGO, *Attività amministrativa e attività politica del potere esecutivo*, Milano, 1963

G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

ZILLER, *Diritto delle politiche e delle Istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, 2013.