

collana
CERIDAP

monografie

diretta da
Diana-Urania Galetta

In un contesto in cui l'evoluzione delle Amministrazioni Pubbliche muove costantemente dal dato giuridico, normativo e giurisprudenziale, che ne conforma ogni organizzazione ed attività, per districarsi in un sistema amministrativo complesso e pluriarticolato le Pubbliche Amministrazioni debbono necessariamente integrare ampie e diverse conoscenze, specifiche ed interdisciplinari, relative tanto all'organizzazione quanto all'esercizio delle proprie competenze, con l'obiettivo di realizzare un'azione amministrativa sempre più efficiente ed imparziale e di cogliere le esigenze della società e del sociale e le aspettative dei cittadini nei confronti dei soggetti pubblici nella comunità amministrata.

In tale prospettiva la collana CERIDAP – nata nel contesto delle attività dell'omonimo Centro di Ricerca Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche dell'Università degli Studi di Milano ed in stretto collegamento con CERIDAP Rivista (<https://ceridap.eu>) – intende ospitare approfondimenti su temi che riguardano tutti e tre i pilastri dell'amministrazione (organizzazione, attività e tutela giurisdizionale) e svolti in una prospettiva anche multidisciplinare. La collana CERIDAP si pone infatti come luogo di approfondimento e ricerca sui temi connessi al funzionamento della Pubblica Amministrazione, in una prospettiva di c.d. "buona amministrazione".

MASSIMO GIAVAZZI

ANATOMIA DEL PROCESSO
AMMINISTRATIVO

Riflessioni sull'autonomia processuale negli Stati dell'UE

Editoriale Scientifica
Napoli

Proprietà letteraria riservata

Immagine in copertina: *Pink* di Federico Guida, Milano, 2021, tutti i diritti riservati.

© Editoriale Scientifica S.r.l. 2021
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 979-12-5976-173-6

*lo dedico a Angela,
ché senza i suoi sacrifici
nulla sarebbe stato scritto*

Mi piace ringraziare pubblicamente la prof.ssa Diana-Urania Galetta, alla quale devo, in primo luogo, la fondamentale ispirazione e, poi, la mia gratitudine per l'instancabile pazienza con cui ella mi ha seguito passo dopo passo (e mi ha persino incoraggiato nei momenti di sconforto). La mia riconoscenza va anche al prof. Guido Greco, del quale sono debitore per la passione allo studio del diritto amministrativo che egli ha saputo trasfondere in me.

La vita è bella, e degna
che severamente e magnificamente
la viva l'uomo rifatto intiero dalla libertà

(art. XIV della Carta del Carnaro)

INDICE

<i>Introduzione</i>	XIII
---------------------	------

CAPITOLO PRIMO

LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE

1.1	Una questione (non solo) semantica	1
1.2	Il plausibile significato del concetto giuridico indeterminato di « <i>interesse</i> », quale unica condizione dell'azione nel processo amministrativo sugli appalti pubblici	4
1.3	L'interesse strumentale, come fattore di legittimazione processuale nella risalente giurisprudenza dell'Adunanza plenaria	7
1.4	La differenziazione delle due condizioni dell'azione (interesse ad agire e legittimazione processuale) nel nuovo approccio del giudice della nomofilachia amministrativa	10
1.5	Le sentenze <i>Fastweb</i> e <i>Hackermüller</i> (il contrasto soltanto apparente)	13
1.6	La resilienza nazionale	15
1.7	La sentenza <i>Puligienica</i> , nell'interpretazione dei giudici nazionali	16
1.8	La sentenza <i>Puligienica</i> , nell'interpretazione del giudice della nomofilachia comunitaria	17
1.9	La sentenza <i>Lombardi</i>	18
1.10	La legittimazione processuale nei settori non armonizzati	20
1.11	Il problema della legittimazione processuale con riguardo agli atti di amministrazione diretta	22

CAPITOLO SECONDO

IL PRINCIPIO DISPOSITIVO

2.1	Il principio dispositivo (la sceverazione)	33
2.2	Il principio dispositivo sostanziale (<i>Dispositionsmaxime</i>)	36
2.3	Il principio dispositivo processuale (<i>Verhandlungmaxime</i>)	37
2.4	La sua declinazione nel processo amministrativo	39
2.5	La prospettiva comunitaria	41
2.6	L'interpretazione conforme	46
2.7	Il principio dispositivo con metodo acquisitivo	49

2.8	L'onere della prova nella giurisprudenza della Corte di giustizia e il suo effetto conformativo della norma processuale	51
-----	---	----

CAPITOLO TERZO

L'INOPPUGNABILITÀ

3.1	La giustificazione dogmatica dell'inoppugnabilità	57
3.2	La prospettiva comunitaria	59
3.3	La relatività dei termini di impugnazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia	60
3.4	L'errore scusabile nell'interpretazione della giurisprudenza nazionale	64
3.5	La disapplicazione dei provvedimenti amministrativi anticomunitari (l'individuazione del problema)	65
3.6	La disapplicazione dei provvedimenti amministrativi nella dogmatica e nella prassi giurisprudenziale nazionale	68
3.7	La disapplicazione dei provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte di giustizia	73
3.8	La rilettura della sentenza <i>Ciola</i> alla stregua dell'art. 5 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo	79
3.9	La disapplicazione dei provvedimenti amministrativi anticomunitari nella giurisprudenza nazionale	83
3.10	L'interpretazione conforme	85

CAPITOLO QUARTO

LA RELATIVITÀ DEL GIUDICATO

4.1	L'autorità del giudicato	91
4.2	I principi UE sul giudicato	94
4.3	Il nuovo approccio	95
4.4	L'ingannevole prospettiva	97
4.5	L'innovazione nella tradizione	98
4.6	La relativizzazione del principio	101
4.7	L'apparente eresia	102
4.8	Il ritorno alla tradizione	106
4.9	Il definitivo chiarimento	108
4.10	L'interpretazione conforme: la sentenza <i>inutiliter data</i>	110
4.11	La ricaduta del principio di relatività del giudicato all'interno del nostro ordinamento	117
4.12	Eureka!	118

4.13	Il giudicato a formazione progressiva	121
4.14	Gli inopportuni slanci in avanti	123
4.15	<i>De iure condendo</i>	124

CAPITOLO QUINTO

L'AUTOTUTELA DECISORIA

5.1	L'annullamento d'ufficio nella dogmatica nazionale (provvedimento di amministrazione attiva vs atto di autotutela)	131
5.2	Segue: discrezionalità amministrativa vs buona fede	139
5.3	Segue: opportunità vs doverosità	141
5.4	L'annullamento d'ufficio nella giurisprudenza della Corte di giustizia (con riguardo all'amministrazione comunitaria diretta)	150
5.5	Segue: con riguardo ai provvedimenti delle amministrazioni nazionali in esecuzione di atti normativi dell'Unione europea (l'amministrazione comunitaria indiretta e la coamministrazione)	154
5.6	L'autotutela funzionalizzata all' <i>effet utile</i> della norma UE (l'annullamento d'ufficio a discrezionalità orientata)	159
5.7	L'annullamento d'ufficio nella giurisprudenza nazionale	164
5.8	Conclusioni	167

CAPITOLO SESTO

LA TUTELA CAUTELARE

6.1	I principi che informano la tutela cautelare secondo la tradizione	179
6.2	Le evoluzioni normative sollecitate dalla giurisprudenza pretoria	183
6.3	Il nuovo regime della tutela cautelare nel codice del processo amministrativo	187
6.4	L'apparente paradosso	190
6.5	La coerenza di queste evoluzioni con la Costituzione	192
6.6	Le recenti involuzioni legislative a protezione di un indefinito interesse pubblico	195
6.7	La tutela cautelare nella giurisprudenza della Corte di giustizia (con riguardo agli atti amministrativi nazionali in contrasto con le norme UE)	197
6.8	Segue: con riguardo agli atti amministrativi nazionali conformi a norme UE invalide	202
6.9	Segue: con riguardo all'incisività della tutela che deve essere accordata nella fase interinale	205

6.10	La tutela cautelare nel processo armonizzato	208
6.11	L'insufficienza di una definizione ad ampliare e rendere più efficace la tutela cautelare	211

CAPITOLO SETTIMO

LE SPESE DEL GIUDIZIO

7.1	Il principio di soccombenza	221
7.2	La sua concreta applicazione nel processo civile	224
7.3	La sua declinazione nel processo amministrativo	226
7.4	I <i>protective costs orders</i>	230
7.5	La conformazione della disciplina processuale della soccombenza all'effetto utile dell'effetto diretto	232
7.6	I tributi giudiziari	235
7.7	La ragionevolezza e la proporzionalità	237

CAPITOLO OTTAVO

LA NOMOFILACHIA

8.1	La nomofilachia nel dialogo interno tra le Corti	245
8.2	Lo <i>stare decisis</i>	248
8.3	L'inammissibilità di un filtro nomofilattico (anche solo fattuale) sui rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia	249
8.4	L'interpretazione conforme	252
	<i>La sintesi</i>	255

INTRODUZIONE

A. L'Unione europea come comunità di diritto amministrativo

In passato si era ritenuto che quella comunitaria¹ fosse una amministrazione senza diritto amministrativo²; all'epoca risultava, in effetti, difficile pensare a un diritto amministrativo (disciplina delle «*contrapposizioni dialettiche fra il momento dell'autorità e il momento della libertà*») non statale, in quanto il diritto amministrativo era inteso quale prerogativa dei soli ordinamenti giuridici a «*fini generali e plurisoggettività individuale*», quali appunto erano ritenuti solo quelli statuali.

Oggi nessuno più dubita che l'Unione europea sia una comunità di diritto amministrativo³; in tal modo completandosi la risalente definizione della Corte di giustizia secondo cui la «*Comunità economica europea è una comunità di diritto*»⁴: perché quel diritto implica indubbiamente l'esercizio di potestà amministrative, coinvolgenti soggetti che rivendicano un loro «*momento della libertà*» in contrapposizione al «*momento dell'autorità*»⁵.

¹ Nel senso espresso da V. ONIDA, *A Cinquanta anni dalla sentenza Costa/Enel: riflettendo sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario alla luce della giurisprudenza*, in B. NASCIBENE, *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto cinquant'anni dopo*, 2015, 30: «Uso ... la tradizionale espressione "diritto comunitario" nonostante le innovazioni terminologiche introdotte con la istituzione dell'Unione europea ... perché non vedo ragione di abbandonare un termine che esprime bene la natura di un ordinamento facente capo ad una comunità di Stati e di popoli quale è oggi l'Unione europea».

² M.S. GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2003, 979 ss. Si tratta, però, di un'opinione risalente a una conferenza tenuta nel 1967, nell'ambito di un seminario su «L'ordinamento delle Comunità europee nei suoi rapporti con il diritto internazionale e con il diritto interno». La tesi tuttavia, già allora, probabilmente, contrastava con i primi, fondamentali, pronunciamenti della Corte di giustizia. Sennonché, l'A. ne disconosceva la rilevanza, sul distinguo tra «*figure soggettive dell'ordinamento*» e «*oggetti dell'ordinamento*»; quanto derivava dalla constatazione che «*i privati sono figure soggettive dell'ordinamento, non sono soggetti dell'ordinamento: come figure soggettive hanno delle posizioni subordinate, delle legittimazioni processuali, possono forse essere anche titolari di alcune situazioni soggettive rilevanti dell'ordinamento, però mancano della pienezza di riferibilità virtuale di ogni situazione giuridica soggettiva che sia conosciuta da un ordinamento giuridico, che costituisce l'essenza del concetto di soggetto giuridico*».

³ J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, Londra, 2006, 3.

⁴ Corte di giustizia, 23/4/1986, causa 294/83, *Parti écologiste Les Verts*, ove appunto si legge: «*la Comunità economica europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato. In particolare, con gli artt. [263 TFUE] e [277 TFUE], da un lato, e con l'art. [267 TFUE], dall'altro, il Trattato ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti inteso ad affidare alla Corte di giustizia il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni. Le persone fisiche e le persone giuridiche sono in tal modo tutelate contro l'applicazione, nei loro confronti, di atti di portata generale che esse non possono impugnare direttamente davanti alla Corte a causa dei particolari presupposti di ricevibilità specificati nell'art. [263 TFUE]. Quando spetti alle istituzioni comunitarie rendere tali atti operativi sul piano amministrativo, le persone fisiche e le persone giuridiche possono ricorrere direttamente davanti alla Corte contro i provvedimenti di attuazione di cui esse siano destinatarie o che le riguardino direttamente e individualmente, e dedurre, a sostegno del ricorso, l'illegittimità dell'atto generale di base. 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*».

⁵ Nell'attuale evoluzione del diritto comunitario, non si può certo sostenere che «*tutto questo manca in un ordinamento di tipo comunitario, perché il momento della libertà non ha rilevanza, e non ha rilevanza proprio perché non*

Invero, come affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Johnston*⁶, «qualsiasi persona ha il diritto di esperire un ricorso effettivo dinanzi a un giudice competente avverso gli atti che essa ritenga contrastanti [con il diritto UE]».

Nei settori assegnati alle sue competenze esclusive (art. 3 TFUE) e concorrenti (art. 4 TFUE), l'Unione europea «può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti» (art. 2 TFUE); secondo la giurisprudenza comunitaria è provvedimento amministrativo dell'Unione europea «qualsiasi provvedimento adottato dalle Istituzioni, indipendentemente dalla sua natura e dalla sua forma, che miri a produrre effetti giuridici»⁷, a prescindere dal fatto che esso sia o no imputabile alla Commissione⁸, purché sia destinato a «produrre effetti giuridici obbligatori idonei a incidere sugli interessi di chi li impugna, modificando in misura rilevante la situazione giuridica del medesimo»⁹.

Tuttavia, sono soprattutto gli Stati membri a dare attuazione agli atti dell'Unione; dovendo essi «adotta[re] 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» (art. 4 TUE).

I provvedimenti amministrativi di attuazione della norma UE sono, dunque, sia atti delle istituzioni comunitarie (amministrazione diretta) sia, soprattutto, di funzionari pubblici organicamente inseriti nella struttura amministrativa degli Stati membri ma che operano funzionalmente nel perseguimento degli obiettivi e degli interessi dell'Unione europea (amministrazione indiretta), quantunque facendo applicazione delle norme procedurali nazionali e sotto il regime di un controllo giurisdizionale diffuso da parte dei giudici nazionali, operanti come «organi decentrati della giurisdizione europea»¹⁰.

Da ultimo, i due alternativi e tradizionali modelli di amministrazione si confondono sempre più spesso¹¹ nella c.d. amministrazione intrecciata¹², correntemente definita coamministrazione¹³, e talvolta, volendone evidenziare l'aspetto problematico, anche amministrazione composita¹⁴. Quanto trova conferma, ora, nel Codice ReNEUAL (acronimo di *Research Network on EU Administrative Law*) che definisce

si tratta di un ordinamento generale, ma si tratta di un ordinamento particolare con fini determinati (M.S. GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, cit., 985).

⁶ Corte di giustizia, 15/5/1986, causa 222/84.

⁷ Tribunale UE, 12/12/2007, causa T-308/05.

⁸ Tribunale UE, 8/10/2008, causa T-411/06.

⁹ Tribunale UE, 17/4/2008, causa T-260/04.

¹⁰ R. ADAM e A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, 350.

¹¹ C. H. HOFMANN e A. H. TÜRK, *Conclusions: Europe's integrated administration*, in AA.VV., *EU administrative governance*, Cheltenham, 2006, 582, affermano che «it is difficult to identify an area of administrative activity in the EU which is purely either direct or indirect administrations».

¹² D. U. GALETTA, *Coamministrazione, reti di amministrazioni, Verwaltungsverbund: modelli organizzativi nuovi o alternative semantiche alla nozione di "cooperazione amministrativa" dell'art. 10 TCE, per definire il fenomeno dell'amministrazione intrecciata?*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2009, 1689 ss.

¹³ C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993.

¹⁴ E. SCHMIDT-ABMANN, *Introduction: European composite administration and the role of European administrative law*, in E. SCHMIDT-ABMANN e B. SCHÖNDORF-HAUBOLD, *The European Composite Administration*, Oxford, 2011, 1 ss.

«procedimento composto» un «procedimento amministrativo in cui le autorità UE e le autorità di uno o più Stati membri hanno funzioni distinte e interdipendenti. Un procedimento composto può anche indicare una combinazione di due procedimenti amministrativi direttamente collegati tra loro»¹⁵.

B. L'autonomia procedurale

L'amministrazione comunitaria (per tale intendendosi la amministrazione diretta UE, l'amministrazione indiretta attraverso gli organi della pubblica amministrazione nazionale operanti in rapporto strumentale al perseguimento degli obiettivi comunitari e la coamministrazione ove gli organi amministrativi nazionali e quelli europei si succedono senza soluzione di continuità nei singoli segmenti procedurali nella formazione di un unico provvedimento¹⁶) si svolge in attuazione di un quadro normativo che è dato dall'integrazione dell'ordinamento nazionale e di quello europeo¹⁷.

Com'è noto, si registra tuttora una discordanza tra la ricostruzione dogmatica del rapporto tra gli ordinamenti affermata dalla nostra Corte costituzionale e quella seguita dalla Corte di giustizia¹⁸: alla teorica nazionale definita dall'ossimoro degli «ordinamenti autonomi ma coordinati»¹⁹, si contrappone, infatti, la dogmatica della Corte di giustizia dell'integrazione tra gli ordinamenti²⁰. Ma, in entrambe le prospettive

¹⁵ Così la versione tradotta in G. DELLA CANANEA, D.U. GALETTA, *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, Napoli, 2016, 27.

¹⁶ G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione europea*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2004, 307 ss.

¹⁷ D.U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, 90, afferma che le diversificate fonti del diritto europeo «contribuiscono a costituire quel quadro di riferimento generale entro cui poi l'azione amministrativa puntuale dell'Unione europea si svolge, per il tramite e delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione europea (c.d. amministrazione europea diretta) e delle amministrazioni degli Stati membri (c.d. amministrazione europea indiretta) ovvero, come oramai sempre più spesso avviene, per il tramite dell'azione congiunta dei soggetti appena menzionati (c.d. amministrazione intrecciata o coamministrazione)».

¹⁸ Inizialmente, la Corte costituzionale con sentenza 17/2/1964, n. 14, in antitesi con la giurisprudenza comunitaria, affermava che «La norma [Art. 11 della Costituzione] significa che, quando ricorrano certi presupposti, è possibile stipulare trattati con cui si assumano limitazioni della sovranità ed è consentito darvi esecuzione con legge ordinaria; ma ciò non importa alcuna deviazione dalle regole vigenti in ordine alla efficacia nel diritto interno degli obblighi assunti dallo Stato nei rapporti con gli altri Stati, non avendo l'art. 11 conferito alla legge ordinaria, che rende esecutivo il Trattato, un'efficacia superiore a quella propria di tale fonte del diritto». Essa, poi, con la sentenza 18/12/1973, n. 18 ha riconosciuto la resilienza della norma comunitaria anche rispetto a norme nazionali successive sul rilievo dell'autonomia tra i due ordinamenti, assegnando, con la sentenza 22/10/1975, n. 232 la soluzione dell'antinomia al giudizio di legittimità costituzionale. Solo con la sentenza 5/6/1984, n. 170 la Corte costituzionale si è, infine, arresa alla logica dell'automatica disapplicazione, in tal modo riallineandosi alla giurisprudenza della Corte di giustizia, rispetto alla quale, ora, si distingue solo sul dato nominalistico della «non applicazione» in luogo della «disapplicazione» (sentenza 8/4/1991, n. 168), e per la rivendicazione di un residuo di controllo giurisdizionale nella prefigurazione della c.d. teoria dei controlimiti.

¹⁹ Corte costituzionale, 18/12/1973, n. 183.

²⁰ Corte di giustizia, 15/7/1964, causa 6/64, *Costa/Enel*.

teoriche²¹, la fattispecie giuridica è, in concreto, definita dalla norma europea, anche in antitesi con la contrastante norma nazionale, che deve, perciò, essere disapplicata²², o – come sostiene la nostra Corte costituzionale – «non applicata»²³, non solo dai giudici investiti di un'eventuale controversia, ma persino direttamente dagli organi della pubblica amministrazione²⁴.

Quanto non sempre, però, trova adeguato riscontro negli strumenti di giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nell'esercizio di una potestà amministrativa condivisa tra gli organi della pubblica amministrazione nazionale e le istituzioni comunitarie, che sono, invece, retti dall'opposto principio di autonomia.

Ciò che ha dato luogo al problema della giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive nell'ambito di procedimenti amministrativi intrecciati, risolto dalla Corte di giustizia nella sentenza *Oleificio Borelli*²⁵, ove essa ha concluso che «nell'ambito di un ricorso proposto ai sensi dell'art. [263 TFUE], la Corte non è competente a statuire sulla legittimità di un atto emanato da un'autorità nazionale ... Questa constatazione non può essere infirmata dal fatto che l'atto di cui trattasi si inserisce nell'ambito di un iter decisionale comunitario, poiché dalla ripartizione delle competenze fra le autorità nazionali e le istituzioni comunitarie effettuata nella materia considerata emerge chiaramente che l'atto emanato dall'autorità nazionale vincola l'organo decisionale comunitario e determina pertanto i termini dell'emananda decisione comunitaria ... È pertanto compito dei giudici nazionali statuire, se necessario previo rinvio pregiudiziale alla Corte, sulla legittimità dell'atto nazionale di cui trattasi conformemente alle modalità di controllo giurisdizionale applicabili a qualsiasi atto definitivo che, emanato dalla stessa autorità nazionale, possa recare pregiudizio a terzi, e di conseguenza considerare ricevibile il ricorso proposto a questo scopo, anche se le norme procedurali nazionali non lo prevedono in un caso del genere».

Dunque, al centro del sistema (a formare la chiave di volta della composita e complessa struttura) di giustizia amministrativa europea vi sono il giudice nazionale e le regole del processo nazionale.

²¹ Secondo L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 426, la c.d. «separazione attenuata» degli ordinamenti («autonomi e distinti, ancorché coordinati») è fondata su di una «visione parziale e unilaterale dei fenomeni in esame». Ma, come vedremo, solo la teoria dualista consente di giustificare (e rendere compatibili con il nucleo irrinunciabile dei nostri valori costituzionali) taluni interventi della Corte di giustizia, a valorizzare l'*effet utile* della norma UE, che altrimenti sarebbe impossibile armonizzare con i principi fondanti della nostra Carta costituzionale.

²² Corte di giustizia, 9/3/1978, causa 106/77, *Simmenthal*: «l'applicabilità diretta va intesa nel senso che le norme di diritto comunitario devono esplicare la pienezza dei loro effetti, in maniera uniforme in tutti gli Stati membri, a partire dalla loro entrata in vigore e per tutta la durata della loro validità; dette norme sono quindi fonte immediata di diritti e di obblighi per tutti coloro ch'esse riguardano [e] questo effetto riguarda anche tutti i giudici che, aditi nell'ambito della loro competenza, hanno il compito, in quanto organi di uno Stato membro, di tutelare i diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario ... è quindi incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto comunitario qualsiasi disposizione facente parte dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto comunitario per il fatto che sia negato al giudice, competente ad applicare questo diritto, il potere di fare, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino alla piena efficacia delle norme comunitarie».

²³ Corte costituzionale, 8/4/1991, n. 168.

²⁴ Corte di giustizia, 22/6/1989, causa 103/88, *Costanzo*.

²⁵ Corte di giustizia, 3/12/1992, causa C-97/91, *Oleificio Borelli*.

Invero, quantunque l'Unione europea abbia «*competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri [nella] cooperazione amministrativa*» (art. 6 TFUE), e sebbene il Trattato di Lisbona abbia inserito una specifica disposizione sulla «*cooperazione amministrativa*» a specificare che «*L'attuazione effettiva del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri, essenziale per il buon funzionamento dell'Unione, è considerata una questione di interesse comune*» (art. 197 TFUE), la disciplina del procedimento amministrativo nazionale e del processo sulle situazioni giuridiche in esso coinvolte sono a tutt'oggi una competenza esclusiva degli Stati membri (art. 5 TUE).

Quantomeno, lo sono in questa fase dello sviluppo dell'Unione europea, che è comunque un continuo divenire (art. 1 TUE; ove è appunto affermato che il Trattato di Lisbona «*segna una nuova tappa nel processo di un'unione sempre più stretta tra i popoli d'Europa*»). Donde, la possibilità, in futuro, di una diversa organizzazione dell'intreccio tra la disciplina sostanziale e le norme procedurali e processuali; ma questa è solo una futuribile prospettiva, nemmeno realistica nell'attuale momento difficile del processo comunitario d'integrazione.

In questa (momentanea?) tappa di quel continuo sviluppo, come definita appunto dal Trattato di Lisbona, nelle materie attribuite all'Unione europea in condivisione con gli Stati membri (art. 4 TFUE), la norma sostanziale è sovranazionale (o da essa deriva), ma il procedimento amministrativo e (per quanto qui d'interesse) il processo coinvolgenti situazioni giuridiche soggettive definite dalla norma UE sono disciplinati dalla norma nazionale.

Si deriva da ciò la c.d. «*autonomia procedurale*» degli Stati membri.

Tuttavia, «*il miglior diritto sostanziale emerge poco, se la sua realizzazione non è garantita attraverso un diritto procedimentale adeguato*»²⁶; donde il procedimento e il processo, quantunque estranei alle attribuzioni dell'Unione europea, sono al centro dell'azione comunitaria.

Quanto equivale a dire che, «*Conformemente ai principi generali su cui si basa il sistema istituzionale della Comunità e che disciplinano i rapporti fra la Comunità e gli Stati membri, spetta a questi, in forza dell'art. [5 TUE], garantire sul loro territorio l'attuazione della normativa comunitaria [quindi] Qualora il diritto comunitario, ivi compresi i principi generali dello stesso, non contenga in proposito norme comuni, le autorità nazionali, per attuare la norma comunitaria, agiscono applicando i criteri di forma e di sostanza del loro diritto nazionale [ma] tale principio va temperato con l'esigenza di uniforme applicazione del diritto comunitario*»²⁷.

Ciò che si declina con specifico riguardo al processo nell'affermazione che, «*Benché l'efficacia riconosciuta dall'art. [110 TFUE] escluda l'applicazione di qualsiasi provvedimento nazionale con esso incompatibile, detto articolo non limita il potere dei giudici nazionali competenti di applicare, tra i vari mezzi offerti dall'ordinamento interno, quelli che appaiono loro più appropriati onde tutelare i diritti soggettivi attribuiti dal diritto comunitario*»²⁸.

²⁶ O. BACHOF, *Verfahrensrecht, Verfahrenspraxis*, in DöV, 1982, 757 ss., nella traduzione di D.U. GALETTA, in *Attività e procedimento nel diritto amministrativo europeo, anche alla luce della risoluzione del parlamento europeo sulla disciplina del procedimento per istituzioni, organi e organismi dell'Unione europea*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2017, 391 ss.

²⁷ Corte di giustizia, 21/9/1983, causa 205/82, *Deutsche Milchkontor*.

²⁸ Corte di giustizia, 4/4/1968, causa 34/67, *Lübeck*.

C. Il giudice comunitario di diritto comune

Il controllo sugli atti di amministrazione indiretta/intrecciata è, quindi, devoluto alla giurisdizione del giudice nazionale, che opera come «*giudice comunitario di diritto comune*»²⁹, facendo al contempo applicazione della norma sostanziale UE e della norma processuale nazionale.

Questo con l'eccezione del processo sugli appalti pubblici, disciplinato dalle direttive 1989/665/CEE e 1992/13/CEE, così come integrate e modificate dalla direttiva 2007/66/CE³⁰, introdotte nel nostro ordinamento, oltre i limiti definiti dalle competenze di attribuzione, giusta l'eccezionale potestà normativa che i Trattati attribuiscono all'Unione europea attraverso le norme di «*ravvicinamento delle legislazioni*», che «*hanno per oggetto*» (art. 114 TFUE) o comunque «*abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno*» (art. 115 TFUE)

In quell'ambito (il processo armonizzato), tuttavia, l'autonomia procedurale si affievolisce nella meno lata «*competenza in merito alla forma e ai mezzi*» di cui all'art. 288 TFUE; com'è tipico dell'atteggiarsi della primazia comunitaria nel rapporto tra direttiva e norma nazionale³¹.

Nondimeno, anche a prescindere dagli effetti conformativi diretti della norma processuale comunitaria sulla norma processuale nazionale nei processi armonizzati, all'esterno dunque del ristretto (per quanto di assai rilevante impatto economico) perimetro del contenzioso sugli appalti pubblici, è probabilmente ingannevole la prospettiva indotta dal concetto di autonomia procedurale³².

Invero, anche dove non vi sia una norma comunitaria a disciplinare il processo, non vi è, in realtà, uno spazio di libera determinazione degli Stati membri, ciò che appunto indurrebbe a immaginare il richiamo all'autonomia procedurale degli stessi³³.

²⁹ Così si legge, tra gli altri, nelle conclusioni dell'Avvocato Generale P. Léger nella causa C-224/01, il quale precisa però che «*Questa espressione non deve essere intesa letteralmente, ma piuttosto in maniera simbolica. Infatti, allorché il giudice nazionale si occupa del diritto comunitario, lo fa come organo di uno Stato membro e non come organo comunitario in seguito a un'operazione di sdoppiamento funzionale*».

³⁰ In realtà, come riferisce E.G. WILMAN, *The end of the absence? The growing body of EU legislation on private enforcement and the main remedies it provides for*, in CMLR, 2016, 901, vi sono stati molti altri interventi al livello della legislazione europea di diritto derivato, volti a facilitare l'azione giudiziaria del privato a garanzia della tutela giurisdizionale effettiva e anche dell'effettività della norma UE. Così è, tra le altre, nelle direttive 2006/54/CE (sulle pari opportunità in materia di occupazione e impiego), 93/13/CEE (sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori), 2005/29/CE (relativa alle pratiche commerciali sleali), 2001/29/CE (sul diritto d'autore), 85/374/CEE (sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi), 2004/48/CE (sulla proprietà intellettuale), 2009/22/CE (sulla tutela dei consumatori).

³¹ Come affermato dall'Avvocato Generale G. Tesoro nella causa C-300/89, al proposito dell'art. 100/A TCE (quanto ora corrisponde all'art. 114 TFUE), «*il campo di applicazione di tale disposizione non è determinato ratione materiae, bensì in virtù di un criterio di carattere funzionale, estendendosi in modo trasversale all'insieme delle misure destinate alla realizzazione del mercato interno*». L'art. 114 TFUE consente di intervenire anche con regolamenti (nel richiamo generico a «*misure relative*»); quanto comporterebbe l'annientamento dell'autonomia procedurale. Ma in ambito processuale si è sempre intervenuti con direttive, sia pure nel richiamo agli artt. 100/A TCEE e 95 TCE, che corrispondono, appunto, all'art. 114 TFUE.

³² D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?, Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009.

³³ E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in Dir. Un. eur.,

Fu, invero, subito evidente che «l'effetto diretto delle norme comunitarie dipende non tanto dalle qualità intrinseche delle norme in questione, quanto dal problema della loro giustiziabilità»³⁴.

Quindi, se, in un primo momento, fu essenziale allo sviluppo dell'Unione europea la «europeizzazione del diritto amministrativo»³⁵ divenne poi centrale alla dinamica di integrazione comunitaria la «europeizzazione della tutela giurisdizionale amministrativa»³⁶.

Si legge, al proposito, nella sentenza *Jégo-Quéré*³⁷: «mediante gli artt. [263 TFUE] e [277 TFUE], da un lato, e l'art. [267 TFUE], dall'altro, il Trattato ha istituito un sistema completo di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni, affidandolo al giudice comunitario. Nell'ambito di tale sistema, non potendo impugnare direttamente, a causa dei requisiti di ricevibilità di cui all'art. [263 TFUE], gli atti comunitari di portata generale, le persone fisiche o giuridiche hanno la possibilità, a seconda dei casi, di far valere l'invalidità di tali atti, vuoi, in via incidentale in forza dell'art. [277 TFUE], dinanzi al giudice comunitario, vuoi dinanzi ai giudici nazionali e di indurre questi ultimi, non competenti ad accertare direttamente l'invalidità di tali atti, a rivolgersi al riguardo alla Corte in via pregiudiziale [art. 267 TFUE]».

Quanto assegna ai giudici nazionali («organi decentrati della giurisdizione europea») il compito di rispondere alla domanda di giustizia, quando non sia possibile ottenerla direttamente in sede comunitaria, interpretando (e eventualmente anche «manipolando»³⁸) la norma processuale nazionale per soddisfare quell'ineludibile istanza.

Vi è, al proposito, da considerare che l'accesso diretto alla Corte di giustizia da parte dei soggetti lesi dai provvedimenti comunitari è reso oltremodo problematico dal principio affermato nella sentenza *Plaumann*³⁹, secondo il quale «Chi non sia destinatario di una decisione può sostenere che questa lo riguarda individualmente soltanto qualora il provvedimento lo tocchi a causa di determinate qualità personali, ovvero di particolari circostanze atte a distinguerlo dalla generalità, e quindi lo identifichi alla stessa stregua dei destinatari»; in tal modo impedendo (in molte situazioni di conflittualità con le istituzioni

2008, 447 ss., afferma che: «Nel determinare gli effetti del diritto comunitario sui sistemi processuali nazionali, la giurisprudenza della Corte di giustizia si è ispirata variamente a due concezioni difficilmente conciliabili fra loro. Da un lato, essa ha costantemente affermato il principio dell'autonomia processuale degli Stati membri. Secondo tale principio, in assenza di disposizioni di armonizzazione, la realizzazione di posizioni soggettive comunitarie va assicurata nel quadro degli strumenti processuali di garanzia di ciascun ordinamento nazionale. D'altro lato, in talune pronunce assai conosciute, la Corte ha ritenuto che la salvaguardia dei principi del primato e degli effetti diretti del diritto comunitario implica la necessità di disapplicare istituti processuali nazionali suscettibili di interferire con norme comunitarie e ostacolare l'effettività».

³⁴ P. PESCATORE, *The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law*, in ELR, 1983, 156: «the direct effect of Community rules depends less on the intrinsic qualities of the rules concerned than on the question of their justiciability».

³⁵ F. SCHOCH, *Die Europäisierung des Verwaltungsrechts*, in J.Z., 1995, 109.

³⁶ F. SCHOCH, *Die Europäisierung des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, Berlino, 2000. Scrive al proposito G. TESAURO, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in Dir. Un. eur., 2013, 483 ss.: «il sistema di controllo giurisdizionale ... è il cuore del sistema comunitario ... ne è la forza e la garanzia al tempo stesso, lo strumento di quella Comunità di diritto che rappresenta l'esemplare modo di essere ... del disegno della Comunità europea contenuto nei Trattati di Roma del 1957 e confermato dal Trattato di Lisbona».

³⁷ Corte di giustizia, 1/4/2004, causa C-263/02.

³⁸ D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri*, cit., 28.

³⁹ Corte di giustizia, 15/7/1963, causa 25/62.

UE) al soggetto leso la possibilità di agire per annullamento del provvedimento lesivo dinanzi al giudice comunitario: ciò che gli è consentito solo «contro gli atti adottati nei suoi confronti o che li riguardano direttamente e individualmente» (art. 263 TFUE)⁴⁰.

Sicché, anche in ragione di ciò, il giudice nazionale («giudice comunitario di diritto comune»/«organo decentrato della giurisdizione europea») è il cardine della giustizia amministrativa europea.

D. L'effetto utile dell'effetto diretto (*effet utile*)

Il processo nazionale, ogniquale volta siano in esso coinvolte situazioni giuridiche definite da una norma comunitaria, è massivamente conformato al c.d. effetto utile dell'effetto diretto (*effet utile*)⁴¹.

Nell'ambito del processo amministrativo (non armonizzato), né l'effetto diretto⁴² né il principio del primato⁴³ entrano in rapporto diretto con l'autonomia procedurale.

⁴⁰ L'Avvocato Generale F. Jacobs nella sue conclusioni nella causa C-50/00, riferisce che «questa giurisprudenza è stata oggetto di numerose critiche sia in commenti resi a titolo personale da membri della Corte». E richiama al proposito, tra gli altri, F. SCHOCKWEILER, *L'accès à la justice dans l'ordre juridique communautaire*, in JTDE, 1996, 6-8; J. MOUTINHO DE ALMEIDA, *Le recours en annulation des particuliers (article 173, deuxième alinéa, du traité CE): nouvelles réflexions sur l'expression "la concernent (...) individuellement"*, in AA.VV., *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden, 1995, I, 857-866; G. MANCINI, *The role of the supreme courts at the national and international level: a case study of the Court of Justice of the European Communities*, in AA.VV., *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*, Thessaloniki, 1998, 437-438; K. LENAERTS, *The legal protection of private parties under the EC Treaty: a coherent and complete system of judicial review?*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, 1998, II, 617; A. SAGGIO, *Appunti sulla ricevibilità dei ricorsi d'annullamento proposti da persone fisiche o giuridiche in base all'art. 173, quarto comma, del Trattato CE*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, 1998, II, 903-904.

⁴¹ La felice formula si deve a J. MERTENS DE WILMARS, *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations de droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, in CDE, 1981, 381.

⁴² Corte di giustizia, 5/2/1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*: «la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini. Pertanto il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi».

⁴³ Corte di giustizia, 15/7/1964, causa 6/64, *Costa/Enel*: «scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità [sicché] Il trasferimento, effettuato dagli stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile col sistema della comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia». Il Principio del primato è «insito nella natura specifica della Comunità europea» (parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22/6/2007, allegato all'atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona). Così che il Trattato di Lisbona si è limitato a richiamarlo in una dichiarazione allegata all'atto finale della conferenza intergovernativa: «La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza».

Fondamentale, al proposito, è quanto si legge nella sentenza *Rewe*⁴⁴: «secondo il principio della collaborazione, enunciato dall'art. [4 TFUE], è ai giudici nazionali che è affidato il compito di garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta. Conseguentemente, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, modalità che non possono, beninteso, essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale. Gli artt. [114 – 115 TFUE] e [352 TFUE] consentono, eventualmente, di adottare i provvedimenti necessari per ovviare alle divergenze fra le relative disposizioni legislative, regolamentari o amministrative dei vari Stati membri, qualora tali divergenze risultassero atte a provocare distorsioni o a nuocere al funzionamento del mercato comune. In assenza di siffatti provvedimenti di armonizzazione, i diritti attribuiti dalle norme comunitarie devono essere esercitati, dinanzi ai giudici nazionali, secondo le modalità stabilite dalle norme interne. Una diversa soluzione sarebbe possibile soltanto qualora tali modalità e termini rendessero, in pratica, impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare».

Da qui l'emersione dei due fondamentali principi (equivalenza ed effettività) che consentiranno poi ai giudici nazionali («giudici comunitari di diritto comune») di funzionalizzare le norme processuali nazionali all'*effet utile* delle norme UE, armonizzando in tal modo i diversi sistemi processuali degli Stati membri sotto la regia della Corte di giustizia⁴⁵, quantunque non uniformandoli; ogni singolo ordinamento nazionale risponde, infatti, in modo differente al problema della giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive, ancorché uniforme debba essere il risultato: l'effetto utile dell'effetto diretto della norma comunitaria (come nel mito della caverna di Platone, infiniti oggetti possono avere la stessa ombra sul muro).

In seguito, con la sentenza *San Giorgio*⁴⁶ il principio di effettività si è meglio declinato nell'endiadi «*impossibile o eccessivamente difficile*».

Quanto deve essere verificato dal giudice nazionale attraverso i criteri valutativi che la stessa Corte di giustizia suggerirà poi nella sentenza *Van Schijndel*⁴⁷ «Ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario deve essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento».

⁴⁴ Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76.

⁴⁵ Corte di giustizia, 27/3/1963 cause riunite 28, 29, 30/62, *Da Costa*. «Quando, nell'ambito concreto di una controversia vertente avanti un giudice nazionale, la Corte dà un'interpretazione del Trattato, essa si limita a trarre dalla lettera e dallo spirito di questo il significato delle norme comunitarie, mentre l'applicazione alla fattispecie delle norme così interpretate rimane riservata al giudice nazionale; tale concezione corrisponde alla funzione assegnata alla Corte dall'articolo [267 TFUE], che mira a garantire l'unità dell'interpretazione del diritto comunitario nei sei Stati membri».

⁴⁶ Corte di giustizia, 9/11/1983, causa 199/82.

⁴⁷ Corte di giustizia, 14/12/1995, causa C-430/93.

E. La funzionalizzazione del processo alla tutela della legalità oggettiva

L'*effet utile* della norma UE coinvolge in un intricato rapporto principi che spesso sono (o comunque operano in modo da apparire) tra loro antagonisti: l'autonomia procedurale, *sub specie* di autonomia processuale, da un lato; e, sul fronte opposto, l'effettività del diritto e della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di diritto comunitario.

Con questo distinguo (effettività del diritto e della tutela giurisdizionale) si vuole qui subito evidenziare che l'effettività della norma europea dovrà sempre essere considerata in una prospettiva non solo soggettiva (la tutela dei diritti) ma anche oggettiva (la tutela del diritto)⁴⁸, dovendo qui incessantemente essere tenuto ben saldo l'insegnamento della Corte di giustizia nella storica sentenza *Van Gend & Loos*⁴⁹, secondo cui «La vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti, costituisce d'altronde un efficace controllo che si aggiunge a quello che gli articoli [258 e 259 TFUE] affidano alla diligenza della Commissione e degli Stati membri»⁵⁰.

Distingo tra esigenze di tutela oggettiva della norma e di tutela giurisdizionale dei diritti che trova ora conferma formale nell'art. 19 TUE, ove appunto, testualmente si legge che «La Corte di giustizia ... Assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati ... Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare la tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione».

Il «rispetto del diritto» è, dunque, un obiettivo in sé⁵¹, a prescindere dalle esigenze di effettività della «tutela giurisdizionale» che è declamata altresì come diritto a un «ricorso effettivo» nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali UE⁵².

⁴⁸ Secondo A. SANDULLI, *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2018, 1169 ss., «il diritto europeo spinge nel senso dell'oggettivizzazione del processo amministrativo (per cui il ricorrente si farebbe promotore dell'interesse pubblico alla legalità comunitaria dell'azione dei poteri pubblici nazionali) in luogo di una opzione della Carta costituzionale in materia di tutela giurisdizionale che pare andare chiaramente in direzione di una giurisdizione amministrativa di tipo soggettivo».

⁴⁹ Corte di giustizia, 5/2/1963, causa 26/62.

⁵⁰ Quanto del resto corrisponde a una risalente dogmatica; R. JHERING, *Der Kampf ums Recht*, nella traduzione inglese *The Struggle for Law* (di J. H. LALOR), Chicago, 1915, 2, così si esprimeva: «Law is an uninterrupted labour, and not of the state power only, but of the entire people. The entire life of the law, embraced in one glance, presents us with the same spectacle of restless striving and working of a whole nation ... Every individual placed in a position in which he is compelled to defend his legal rights, takes part in the work of the nation, and contributes his mite towards the realization of the idea of law on earth».

⁵¹ N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le «tecniche» della sua formazione: l'opera della Corte di giustizia*, in Europa e dir. priv., 2010, 361 ss.

⁵² G. TESAURO, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia*, cit., 483 ss., osserva: «I singoli non apparivano esattamente al centro dell'attenzione, nel disegno originario e testuale del Trattato; nella pratica, sono stati utilizzati dal giudice comunitario per far crescere il sistema e consolidarne le articolazioni anche apparentemente secondarie». M. RUFFERT, *Rights and Remedies in European Community Law: A Comparative View*, in CMLR, 1997, 316, afferma al proposito: «The individual European citizen becomes - via the national courts - part of the implementation process». Analogamente, S. DRAKE, *Twenty years after "Von Colson": the impact of "indirect effect" on the protection of the individual's Community rights*, in ELR, 2005, 329, sostiene: «The ability of individuals to enforce these rights in the event of a breach is of critical importance to the success, and arguably the legitimacy, of European integration». In accordo a ciò, J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, cit., 40 sostiene: «the rule of law and the protection of the law should be realised primarily non by safeguarding the legal situation of individuals, but by means of

F. La competenza processuale funzionalizzata

L'effetto utile dell'effetto diretto (*effet utile*) della norma comunitaria impone, dunque, di funzionalizzare la norma processuale nazionale alle esigenze di effettività (nelle due accezioni sopra precisate) del diritto europeo, così da stingere il principio di autonomia in una meno lata «competenza processuale funzionalizzata»⁵³; giacché, come avremo modo di verificare, gli ambiti di libera determinazione del legislatore nazionale nella definizione delle regole del processo ove sono coinvolte situazioni giuridiche soggettive comunitarie (per tali intendendosi i diritti e gli interessi legittimi che trovano la loro origine o comunque la loro protezione in norme UE) sono assai più ridotti di quanto il principio delle competenze di attribuzione ex art. 5 TUE induca a immaginare⁵⁴.

Ciò non solo per l'effetto del principio del primato (com'è nei processi armonizzati), bensì principalmente in conseguenza dell'effetto di osmosi tra gli ordinamenti degli Stati membri discendente dall'effetto conformativo dei principi generali UE (leale cooperazione, competenze di attribuzione, primato, effetto utile, autonomia procedurale, Stato di diritto, tutela dei diritti fondamentali, uguaglianza e non discriminazione, buona amministrazione, proporzionalità, tutela dell'affidamento e certezza del diritto, protezione giurisdizionale effettiva⁵⁵) sul diritto processuale nazionale, reso possibile dall'opera di tessitura dello *jus commune* realizzata costantemente dalla Corte di giustizia, attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE⁵⁶.

La formula giurisprudenziale dell'*effet utile* è stata, in un primo tempo, utilizzata dalla Corte di giustizia in forme per lo più ablative, imponendo la disapplicazione della norma interna che rendeva impossibile o eccessivamente difficile la tutela

generally binding principles of administrative law». Anche D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2005, 29, afferma che gli interventi comunitari in materia di autonomia procedurale sono caratterizzati «dalla preoccupazione prevalente di garantire, primariamente, l'effet utile del diritto della Comunità».

⁵³ D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri*, cit., 126. Si è sostenuto da A. CARRATTA, *Libertà fondamentali del Trattato dell'Unione europea e processo civile*, in Riv. dir. proc., 2015, 1400 ss., che la funzionalizzazione dell'autonomia procedurale sarebbe, in realtà, un ossimoro. Ma il problema è, appunto, che la conformazione dell'autonomia procedurale ai principi *Reve* di equivalenza e di effettività induce a ritenere che quella in discussione sia piuttosto una competenza.

⁵⁴ A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in Dir. proc. amm., 2016, 456 ss., sostiene che «La pluralità degli ordinamenti e delle fonti, che ormai contraddistingue, in chiave sovranazionale, il sistema giuridico attuale, ha determinato, oltre alla generale crisi del concetto di sovranità statale come tradizionalmente inteso, una profonda incisione sul monopolio statale in materia di giurisdizione, tanto da porre in discussione la stessa inclusione, sic et simpliciter, del potere giudiziario tra i poteri dello Stato».

⁵⁵ G. FALCON, *Qualche sottolineatura in tema di principi generali del diritto dell'Unione europea*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2017, 363 ss.

⁵⁶ A. PAJNO, *Il giudice amministrativo italiano come giudice europeo*, in Dir. proc. amm., 2018, 585 ss., osserva: «Al carattere "composito" del diritto europeo – risultante dalla combinazione di più componenti nazionali e di una sovranazionale, e di più componenti sovranazionali – corrisponde un assetto "transnazionale" degli organi posti a garanzia della sua applicazione e del suo primato. Gli ordini giudiziari, pur dotati di un elevato grado di autonomia (in quanto non soggetti a forme di controllo accentrato), sono tra loro "interconnessi" attraverso il tessuto connettivo dei valori giuridici, attorno ai quali va edificandosi in modo incrementale una comune cultura giuridica europea e "coordinati", mercé il meccanismo del rinvio pregiudiziale».

giurisdizionale; ma successivamente il canone di effettività, attraverso l'enfasi dell'obbligo di interpretazione conforme⁵⁷, quale necessaria declinazione processuale del principio di leale cooperazione (art. 4 TUE), ha acquisito una più incisiva finalità conformativa della regola processuale nazionale al più elevato grado di protezione garantito dall'ordinamento comunitario⁵⁸, restringendo oltremodo i confini all'interno dei quali lo Stato membro gode di autonomia processuale.

Nella convergenza, poi, dell'obbligo d'interpretazione conforme⁵⁹ con il principio di interpretazione uniforme⁶⁰, che assegna alla Corte di giustizia, attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, la funzione nomofilattica sul diritto UE⁶¹, si sono poste le basi di un diritto processuale uniforme⁶².

Si è, dunque, ritenuto che «*il canone della garanzia dell'effetto utile finisce per togliere ogni capacità selettiva ai ... criteri dell'equivalenza e dell'effettività [perché] Esso tendenzialmente imporrebbe il travolgimento di qualunque limite di diritto nazionale [e] dunque imporrebbe, più che una limitazione, una vera e propria eliminazione dell'autonomia procedurale degli Stati membri*»⁶³.

⁵⁷ Corte di giustizia, 13/11/1990, causa C-106/89, *Marleasing*: «nell'applicare il diritto nazionale ... il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima». Si chiarisce, tuttavia, in Corte di giustizia, 8/10/1987, causa 80/86, *Kolpinghuis* che «l'obbligo, imposto da una direttiva agli Stati membri di conseguire il risultato che essa si prefigge, come pure il dovere, cui sono tenuti, ex art. [4 TUE], di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali. Ne consegue che nell'applicare il diritto nazionale, e in particolare la legge nazionale espressamente emanata per l'attuazione della direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto interno alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato contemplato dall'art. [288 TFUE]. Tuttavia, questo obbligo del giudice nazionale, di riferirsi al contenuto della direttiva, nell'interpretare le pertinenti norme di diritto nazionale, incontra il limite dei principi generali che fanno parte del diritto comunitari ed in particolare quelli della certezza del diritto e dell'irretroattività». Quantunque spetti ai giudici nazionali di interpretare la norma nazionale in modo tale da assicurarne la conformità con quella europea, la Corte di giustizia ha sviluppato talune regole comuni d'interpretazione, affermando che, nella sua più ampia latitudine, l'obbligo d'interpretazione conforme «esige che il giudice nazionale prenda in considerazione tutto il diritto nazionale per valutare in quale misura possa essere applicato» (Corte di giustizia, 5/10/2004, cause riunite da C-397 a C-403/01, *Pfeifer*), ma «non può servire a fondare un'interpretazione contra legem del diritto nazionale» (Corte di giustizia, 15/4/2008, causa C-268/06, *Impact*), e impone al giudice nazionale di conseguire il risultato perseguito dalla norma europea «nonostante l'esistenza di elementi interpretativi contrari che possano risultare dai lavori preparatori della norma nazionale» (Corte di giustizia, 29/4/2004, causa C-371/02, *Björnackulla*), sia pure in contrasto con la consolidata giurisprudenza domestica (Corte di giustizia, 19/4/2016, causa C-441/14, *Dansk Industri*).

⁵⁸ D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri*, cit., 38, sostiene che quell'obbligo d'interpretazione conforme, negli ambiti di libera determinazione dell'autonomia procedurale, «assume i contorni ... di un vero e proprio dovere di "funzionalizzazione" del diritto nazionale», in modo da richiedere, ove necessario, di operare una «interpretazione anche manipolativa del diritto nazionale».

⁵⁹ Corte di giustizia, 13/11/1990, causa C-106/89, *Marleasing*.

⁶⁰ Corte di giustizia, 9/3/1978, causa 106/77, *Simmenthal*.

⁶¹ A. BARONE, *Nomofilachia, corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 557 ss., afferma al proposito che «l'organizzazione della funzione nomofilattica della Corte di giustizia sia stata strutturata in via pretoria dalla stessa Corte attraverso un vero e proprio network, un meccanismo reticolare i cui nodi sono costituiti anche dai giudici nazionali di primo grado, i quali dialogano direttamente con la Corte del Lussemburgo indipendentemente dai loro rapporti con i giudici nazionali di ultima istanza. La nomofilachia europea si realizza quindi attraverso un dialogo tra Corti che non coinvolge esclusivamente le Corti "supreme", essendo alimentato anche dai giudici locali e addirittura aprendosi alle amministrazioni nazionali».

⁶² W. VAN GERVEN, *Bridging the gap between Community and National Laws: towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies?*, in *CMLR*, 1995, 679 ss.

⁶³ G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 12.

G. L'interpretazione valutativa del concetto giuridico indeterminato di effettività, quale formante della giurisprudenza comunitaria

Ora, se è vero che l'uso del sintagma «*autonomia procedurale*» non è rappresentativo di ciò che realmente accade nella dinamica di conformazione delle norme processuali nazionali all'*effet utile* delle norme UE quale conseguenza dell'incessante elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia (quanto è meglio rappresentato nella definizione di «*competenza procedurale funzionalizzata*»⁶⁴), non si può, invece convenire sull'elisione giurisprudenziale della «*capacità selettiva*» dei principi giurisprudenziali di equivalenza e di effettività. Quasi che la giurisprudenza comunitaria sul tema fosse la «*notte in cui tutte le vacche sono nere*» di hegeliana memoria.

In realtà, il problema è differente e coinvolge non solo il rapporto tra la norma processuale nazionale e l'*effet utile* della norma comunitaria, bensì, più in generale, l'adozione, a definire il modello processuale, di un concetto giuridico indeterminato, quale indubbiamente è quello di effettività (ma anche di «*giusto processo*» ex art. 111 Cost.), che ribalta il tradizionale meccanismo di sussunzione, essendo il fatto a definire la norma, concorrendo, dunque, in tal modo a definire la fattispecie giuridica.

Quanto, in effetti, consente ai giudici di «*inseri[re] anche le leggi processuali nel mondo magmatico dei valori, assumendosi il compito di sindacare l'idoneità delle regole rispetto all'obiettivo*»⁶⁵.

È, tuttavia, da dimostrare che l'attrazione del processo al «*mondo magmatico dei valori*» sia un difetto della definizione della fattispecie normativa; quanto è piuttosto da dubitare, essendo stata ben rappresentata la funzione omeostatica dei concetti giuridici indeterminati e adeguatamente dimostrata la loro idoneità a consentire all'ordinamento di gestire l'invecchiamento delle norme (prospettiva diacronica) e le diversità emergenti da una società plurale (prospettiva sincronica) attraverso clausole elastiche⁶⁶.

Vi è, tuttavia, che il precetto normativo è stato da ultimo configurato dai «*Signori dei Trattati*»⁶⁷ come concetto giuridico indeterminato, nel richiamo a una «*tutela giurisdizionale effettiva*» (art. 19 TUE) assicurata attraverso il «*diritto a un ricorso effettivo*» (art. 47 Carta di Nizza).

Quindi, la definizione del modello processuale attraverso un concetto di vago

In questo senso, anche E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali*, cit., 447 ss., il quale ritiene che l'aver messo in correlazione le regole processuali nazionali con l'effetto utile della norma comunitaria elimina di fatto l'autonomia procedurale, giacché qualsiasi strumento processuale è idoneo a interferire con l'applicazione di norme sostanziali.

⁶⁴ D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri*, cit.

⁶⁵ G. VERDE, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 367 ss.

⁶⁶ S. RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in A. ORESTANO, *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009.

⁶⁷ «*Herren der Verträge*»; secondo l'espressione tradizionalmente utilizzata dalla Corte costituzionale tedesca a segnare i limiti di quanto è consentito all'Unione europea di disporre della sovranità nazionale, senza travalicare in un atto «*ultra vires*».

contenuto (effettività) è ora un postulato normativo, non più bisognoso di dimostrazione.

L'esito dell'interpretazione della norma processuale nazionale (come conformata al principio dell'*effet utile* della norma UE) dipende, perciò, inevitabilmente dalle circostanze di fatto del contenzioso, che contribuiscono alla definizione a posteriori della fattispecie normativa, costringendo il giudice nazionale alla ricerca, al di fuori della norma ma pur sempre all'interno dell'ordinamento, di valori⁶⁸ con i quali rappresentare nel processo una clausola generale (effettività/giusto processo) altrimenti priva di un tangibile contenuto precettivo.

Sicché, l'imprevedibilità a priori (altro è la coerenza, a posteriori) degli esiti giurisprudenziali è connaturata al sistema, perché è proprio delle clausole generali/concetti giuridici indeterminati di essere il loro significato non definibile a priori, secondo un modello astratto, bensì soltanto a posteriori, in ragione della valutazione (secondo i principi generali dell'ordinamento) del fatto da parte del giudice.

Ogniquale volta si tratti di dare tangibile significato a un concetto giuridico indeterminato (effettività/giusto processo) il giudizio non è, infatti, fondato sulla logica binaria (vero/falso), bensì su quella sfocata dai contorni necessariamente indefiniti, perché inevitabilmente condizionata dalle peculiarità del caso concreto, così da meglio adeguarsi al bisogno di tutela emergente nella vicenda in contenzioso (la funzione omeostatica delle clausole generali⁶⁹).

Significativa, al proposito, è la sentenza *Lucchini*⁷⁰ sulla relatività del giudicato.

Nondimeno tutto ciò non travalica nell'arbitrio giurisprudenziale di una (costituzionalmente inaccettabile, perché impingente su di un «controlimiti»⁷¹) funzione nomopoietica del giudice, perché il giudice nella definizione del concetto giuridico

⁶⁸ V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, individua il tratto caratterizzante delle clausole generali nel rapporto tra indeterminatezza normativa e integrazione valutativa.

⁶⁹ S. RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, cit.

⁷⁰ Corte di giustizia, 18/7/2007, causa C-119/05.

⁷¹ In effetti, Corte di giustizia, 26/3/2013, causa C-399/11, *Melloni*, ne ha escluso persino l'astratta prospettabilità, perché «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, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato». Quanto, però, non consente di superare l'affermazione di Corte costituzionale, 13/4/1989, n. 232: «Vero è che l'ordinamento comunitario ... prevede un ampio ed efficace sistema di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi dei singoli, di cui il ricorso incidentale alla Corte di Giustizia ex art. [267 TFUE] costituisce lo strumento più importante; ed è non meno vero che i diritti fondamentali desumibili dai principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri costituiscono, secondo la giurisprudenza della Corte delle Comunità europee, parte integrante ed essenziale dell'ordinamento comunitario. Ma ciò non significa che possa venir meno la competenza di questa Corte a verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una qualsiasi norma del Trattato, così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o non attenti ai diritti inalienabili della persona umana. In buona sostanza, quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile; inoltre, va tenuto conto che almeno in linea teorica generale non potrebbe affermarsi con certezza che tutti i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale si ritrovino fra i principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri e quindi siano compresi nell'ordinamento comunitario». Ciò che è confermato dalla pressoché unanime adesione delle giurisdizioni di tutti gli Stati membri alla teoria dei controlimiti (altrimenti anche definita come degli atti «*ultra vires*» secondo la condivisa dogmatica germanica), e dall'attivazione, persino, in taluni di essi della teoria in concreto, com'è accaduto nella Repubblica Ceca (Corte costituzionale, 31/1/2012, n. 5/12) e in Danimarca (Corte Suprema, 6/12/2016, n. 15/14).

indeterminato di effettività non crea il diritto, bensì gli dà un significato tangibile integrandolo con i valori (i principi generali) che esso rinviene all'interno dell'ordinamento giuridico (nazionale, così come integrato dalle norme e dai principi UE).

H. L'anatomia del processo amministrativo (l'impostazione dell'indagine)

Si deve alla più attenta dottrina l'intuizione che il problema dell'autonomia procedurale degli Stati membri dovesse essere affrontato ricercando la *ratio* (la logica connettiva) dei sempre più invasivi interventi del giudice europeo, piuttosto che ricondurre, di volta in volta, i singoli arresti giurisprudenziali allo specifico istituto processuale coinvolto dall'effetto conformativo della giurisprudenza della Corte di giustizia, così da stabilirne il nuovo regime comunitario secondo la logica di un sistema a matrice giurisprudenziale⁷².

Quanto era, in effetti, necessario: «*come in ogni altra opera di giurisprudenza, la teoria può essere elaborata solo poco alla volta e si desume dal confronto tra le sentenze; essa costituisce un punto di arrivo*»⁷³.

Solo in quel modo, infatti, è stato possibile ritrarre dall'analisi della giurisprudenza comunitaria quell'elemento connettivo (la funzionalizzazione del processo all'effetto utile dell'effetto diretto attraverso la valorizzazione dell'obbligo d'interpretazione conforme della norma processuale nazionale in una logica di protezione della norma europea prima ancora che di tutela delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nel processo⁷⁴) suscettibile di ricondurre a unità interventi contingenti sulla disciplina processuale nazionale, altrimenti, difficili da comprendere: tanto da apparire inammissibili attentati alla sovranità degli Stati membri⁷⁵.

Questo è indispensabile a evitare che il compromesso sull'irrisolto, complesso e perciò probabilmente irrisolvibile problema della parziale sovrapposizione del principio delle competenze di attribuzione di cui all'art. 5 TUE (l'altra faccia della moneta dell'irrinunciabile, o perlomeno sinora irrinunciata, sovranità degli Stati membri⁷⁶) con quello dell'effettività delle norme comunitarie ora codificato

⁷² D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri*, cit., 42.

⁷³ Conclusioni dell'Avvocato Generale J. Gand nelle cause riunite 5, 7 e 13 a 24-66, *Kampffmeyer*.

⁷⁴ W. VAN GERVEN, *Of rights, remedies and procedures*, in CMLR, 2000, 506 ss., sostiene: «*the evolution in the ECJ's case law from rights secured through the doctrine of direct effect to remedies required to achieve full and effective judicial protection, and from disapplication of national laws to uniform application of Community law through harmonization of national legal remedies*».

⁷⁵ G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, cit., 1 ss.

⁷⁶ Quanto consegue all'approccio funzionalista che è il tratto genetico delle Comunità europee. In questo senso, R. SCHUMAN, Dichiarazione del 9 maggio 1950: «*L'Europa non potrà farsi in una volta sola, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto ... A tal fine, il governo francese propone di concentrare immediatamente l'azione su un punto limitato ma decisivo. Il governo francese propone di mettere l'insieme della produzione franco-tedesca di carbone e di acciaio sotto una comune Alta Autorità, nel quadro di un'organizzazione alla quale possono aderire gli altri paesi europei ... Sarà così effettuata, rapidamente e con mezzi semplici, la fusione di interessi necessari all'instaurazione di una comunità economica e si introdurrà il fermento*

dall'art. 19 TUE (l'irresistibile tensione verso l'omogeneizzazione degli ordinamenti) – quello che ellitticamente potremmo definire il problema dell'autonomia procedurale – dipenda da un opinabile e perciò imprevedibile principio equitativo che conduca l'interprete (e quale interprete privilegiato il giudice) alla ricerca di una soluzione che risponda a un soggettivo senso di giustizia e di appagamento per la soluzione di volta in volta proposta, piuttosto che da una logica sistemica - quale quella invece, rinvenibile nell'effetto utile dell'effetto diretto - che consenta di rendere prevedibili gli esiti interpretativi.

Ciò a smentire l'affermazione secondo cui «*Si percepisce, al fondo di queste tendenze giurisprudenziali, una spiccata indeterminatezza del principio di effettività, e un suo impatto potenzialmente destabilizzante sull'intero sistema delle fonti e sui rapporti legge/giudice, oltre che, più ampiamente, sui rapporti fra ordinamenti e diritto sostanziale/processuale*»⁷⁷, giacché «*Le applicazioni giurisprudenziali, che variamente incidono sull'autonomia procedimentale degli Stati membri, sono imprevedibili e prive di carattere sistematico*»⁷⁸.

Non è così.

Come bene evidenziato⁷⁹, il principio di effettività nella rielaborazione della Corte di giustizia ha condotto a esiti giurisprudenziali inaspettati, per esempio, sul c.d. effetto indiretto nella sentenza *Von Colson*⁸⁰, che predica l'effetto conformativo delle norme comunitarie quantunque prive di effetto diretto sulle norme nazionali quale conseguenza dell'obbligo di interpretazione conforme, sul primato delle norme europee su quelle nazionali nella sentenza *Costa/Enel*⁸¹, sulla responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazione del diritto comunitario nella sentenza *Franco*⁸², ricevendo il consenso della dottrina e infine la piena adesione dei giudici nazionali; ma quello stesso principio di effettività coerentemente applicato dal giudice comunitario, per esempio, ad affermare che ad assicurare la piena efficacia delle norme europee fossero consentiti interventi di armonizzazione per garantire sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle com-

di una comunità più profonda tra Paesi lungamente contrapposti da sanguinose scissioni. Questa proposta ... costituirà il primo nucleo di una Federazione europea indispensabile al mantenimento della pace. L'approccio funzionalista al progetto d'integrazione europea si deve, principalmente, all'originale intuizione di D. MITRANY, *A Working Peace System: An argument for the Functional Development of International Organizations*, Londra, 1943, il cui pensiero è così sintetizzato «*In a world of a hundred and more states sovereignty can simple fact never be dismantled through a formula but only through function, shedding national functions and pooling authority in them*» (D. MITRANY, *The prospect of Integration – Federal or Functional*, in JCMS, 1965, 119 ss.).

⁷⁷ G. TROPEA, *Diritto alla sicurezza giuridica nel dialogo 'interno' ed 'esterno' tra corti*, in Dir. proc. amm., 2018, 1244 ss., il quale sostiene, a conforto della sua tesi, che la vulnerabilità della certezza del diritto consegue dalla «*giurisprudenza fortemente casistica e a-sistematica della Corte di Lussemburgo*», e afferma che «*In tal senso, anche le osservazioni sulla eccezionalità delle deroghe alla centralità della cosa giudicata nazionale, seppur magari fondate, non rassicurano, in quanto mostrano, anche per questa via, l'imprevedibilità dell'approccio casistico e l'ulteriore vulnus così apportato al principio di certezza/prevedibilità*».

⁷⁸ A. PAJNO, *Il giudice amministrativo italiano*, cit., 585 ss.

⁷⁹ P. CRAIG, *The ECJ and ultra vires action: a conceptual analysis*, in CMLR, 2011, 401 ss.

⁸⁰ Corte di giustizia, 10/4/1984, causa 14/83.

⁸¹ Corte di giustizia, 15/7/1964, causa 6/64.

⁸² Corte di giustizia, 19/11/1991, cause riunite C-6/90 e C9/90.

petenti autorità nazionali⁸³ è stato invece criticato come impropria esorbitazione dai confini segnati dal principio di attribuzione.

L'esito di un percorso interpretativo (quale quello instancabilmente seguito dalla Corte di giustizia nella rielaborazione dei principi *Rewe*⁸⁴ di equivalenza e di effettività) non può, tuttavia, dipendere dalla condivisione o no del risultato concreto, bensì deve rispondere a un principio di non contraddizione con i razionali che si ricavano dal formante giurisprudenziale⁸⁵.

Una volta che quella *ratio* ci è stata efficacemente svelata⁸⁶, è, però, necessario realizzare ora il percorso inverso (dal principio emergente quale logica connettiva degli interventi della Corte di giustizia al singolo istituto processuale), per comprendere come il nostro processo si è evoluto secondo la logica europea e quale *deficit* di effettività eventualmente ancora si registri in alcuni momenti topici dell'incedere processuale.

Ho, dunque, impostato la ricerca dei luoghi di maggiore emergenza del dialogo cooperativo tra le Corti, in un approccio che avesse a valorizzare l'autonomia, il rispetto reciproco e l'agire insieme dei diversi tribunali, che «operano come prismi diversamente sfaccettati, che riflettono, ma contemporaneamente rendono anche possibili, differenti concezioni giuridiche»⁸⁷.

Ciò che bene può essere tradotto nella formula ellittica dell'obbligo d'interpretazione conforme, quale conseguenza dell'obbligo di «leale cooperazione» (art. 4 TUE).

In questa logica, intendo indagare sulle interazioni sollecitate dall'*effet utile* delle norme UE sul processo amministrativo, ogni qual volta sia coinvolto in giudizio un atto amministrativo nazionale di amministrazione indiretta o di amministrazione intrecciata, quando cioè il procedimento amministrativo si svolga, quantomeno per un suo segmento, davanti a un organo della pubblica amministrazione nazionale funzionalmente operante nel perseguimento degli obiettivi comunitari ai fini della più efficace applicazione delle norme UE

In quest'ambito (il processo amministrativo funzionalizzato), esaminerò alcuni degli elementi critici del rapporto tra l'autonomia procedurale (*sub specie* processuale, intesa alla maniera europea, come qualsiasi istituto di coercizione giuridica per

⁸³ Corte di giustizia, 13/9/2005, causa C-176/03.

⁸⁴ Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76.

⁸⁵ P. CRAIG, *The ECJ and ultra vires action*, cit., 402, ove egli afferma: «If criticism concerning the alleged ultra vires nature of EU action is to be coherent then the arguments deployed in one context must be consistent with those advanced in other contexts, more especially where it is the same concept that drives the development of EU law in the respective spheres. Approbation and disapprobation must be rationally and coherently explained. We lose sight of this at our peril, with the attendant danger that the characterization of EU behaviour as ultra vires will be nothing more than teleological interpretation of which the particular commentator disapproves ... This speaks to the need for coherence from national constitutional court when they consider the application of ultra vires "locks" as a reason to deny the application of the contested EU measure of ECJ judicial interpretation within particular Member States».

⁸⁶ D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri*, cit.

⁸⁷ A. VOBKUHLE, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in NVw, 2010, 4, nella traduzione di A. CAPONI, *Giusto processo, retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, in Giur. cost., 2011, 3756.

assicurare il rispetto del diritto sostanziale⁸⁸) e l'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE: (1) la legittimazione ad agire; (2) il principio dispositivo; (3) l'inoppugnabilità del provvedimento amministrativo; (4) la relatività del giudicato; (5) l'autotutela decisoria; (6) la tutela cautelare; (7) le spese del giudizio; (8) la nomofilachia amministrativa.

Questo al fine di saggiare, nel concreto, quale sia (se vi è stato) l'effetto del dialogo cooperativo tra le Corti e di intuirne, se possibile, gli sviluppi futuri.

⁸⁸ J. MERTENS DE WILMARS, *L'efficacité des différentes techniques*, cit., 379 ss.

Bibliografia

- ADAM R. e TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010
- BACHOF O., *Verfahrensrecht, Verfahrenspraxis*, in DÖV, 1982
- BARONE A., *Nomofilachia, corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in Dir. proc. amm., 2020
- CANNIZZARO E., *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in Dir. Un. eur., 2008
- CARBONE A., *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in Dir. proc. amm., 2016
- CARRATTA A., *Libertà fondamentali del Trattato dell'Unione europea e processo civile*, in Riv. dir. proc., 2015
- CRAIG P., *The ECJ and ultra vires action: a conceptual analysis*, in CMLR, 2011
- DELLA CANANEA G., *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione europea*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2004
- DELLA CANANEA G., GALETTA D.U. (a cura di), *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, Napoli, 2016
- DRAKE S., *Twenty years after "Von Colson": the impact of "indirect effect" on the protection of the individual's Community rights*, in ELR, 2005
- DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2002
- FALCON G., *Qualche sottolineatura in tema di principi generali del diritto dell'Unione europea*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2017
- FRANCHINI C., *amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993
- GALETTA D.U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?, Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009
- GALETTA D. U., *Coamministrazione, reti di amministrazioni, Verwaltungsverbund: modelli organizzativi nuovi o alternative semantiche alla nozione di "cooperazione amministrativa" dell'art. 10 TCE, per definire il fenomeno dell'amministrazione intrecciata?*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2009
- GALETTA D.U., *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013
- GIANNINI M.S., *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2003
- GRECO G., *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2014
- HOFMANN C. H. e TÜRK A. H., *Conclusions: Europe's integrated administration*, in AA.VV., *EU administrative governance*, Cheltenham, 2006
- JHERING R., *Der Kampf ums Recht*, nella traduzione inglese *The Struggle for Law* (di J. H. LALOR), Chicago, 1915
- LENAERTS K., *The legal protection of private parties under the EC Treaty: a coherent and*

- complete system of judicial review?*, in Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini, Milano, 1998
- MANCINI G., *The role of the supreme courts at the national and international level: a case study of the Court of Justice of the European Communities*, in AA.VV., *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*, Thessaloniki, 1998
- MERTENS DE WILMARS J., *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations de droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, in CDE, 1981
- MITRANY D., *A Working Peace System: An argument for the Functional Development of International Organizations*, Londra, 1946
- MITRANY D., *The prospect of Integration – Federal or Functional*, in JCMS, 1965
- MOITINHO DE ALMEIDA J., *Le recours en annulation des particuliers (article 173, deuxième alinéa, du traité CE): nouvelles réflexions sur l'expression "la concernant (...) individuelle"*, in AA.VV., *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden, 1995
- ONIDA V., *A Cinquanta anni dalla sentenza Costa/Enel: riflettendo sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario alla luce della giurisprudenza*, in B. NASCIMBENE, *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto cinquant'anni dopo*, Milano, 2015
- PAJNO A., *Il giudice amministrativo italiano come giudice europeo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018
- PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996
- PESCATORE P., *The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law*, in *ELR*, 1983
- RODOTÀ S., *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in A. ORESTANO (a cura di), *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009
- RUFFERT M., *Rights and Remedies in European Community Law: A Comparative View*, in *CMLR*, 1997
- SANDULLI A., *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018
- SAGGIO A., *Appunti sulla ricevibilità dei ricorsi d'annullamento proposti da persone fisiche o giuridiche in base all'art. 173, quarto comma, del Trattato CE*, in Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini, Milano, 1998
- SCHMIDT-ABMANN E., *Introduction: European composite administration and the role of European administrative law*, in E. SCHMIDT-ABMANN e B. SCHÖNDORF-HAUBOLD, *The European Composite Administration*, Oxford, 2011
- SCHOCH F., *Die Europäisierung des Verwaltungsrechts*, in *J.Z.*, 1995
- SCHOCH F., *Die Europäisierung des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, Berlino, 2000
- SCHOCKWEILER F., *L'accès à la justice dans l'ordre juridique communautaire*, in *JTDE*, 1996
- SCHÖNDORF-HAUBOLD, *The European Composite Administration*, Oxford, 2011
- SCHWARZE J., *European Administrative Law*, Londra, 2006
- TESAURO G., *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2013

- TROCKER N., *Il diritto processuale europeo e le «tecniche» della sua formazione: l'opera della Corte di giustizia*, in *Europa e dir. priv.*, 2010
- TROPEA G., *Diritto alla sicurezza giuridica nel dialogo 'interno' ed 'esterno' tra corti*, in *Dir. proc. amm.*, 2018
- VAN GERVEN W., *Bridging the gap between Community and National Laws: towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies?*, in *CMLR*, 1995
- VAN GERVEN W., *Of rights, remedies and procedures*, in *CMLR*, 2000
- VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010
- VERDE G., *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013
- WILMAN E.G., in *The end of the absence? The growing body of EU legislation on private enforcement and the main remedies it provides for*, in *CMLR*, 2016
- VOBKUHLE A., *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *NVw*, 2010

Giurisprudenza comunitaria

- Corte di giustizia, 5/2/1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*
- Corte di giustizia, 27/3/1963 cause riunite 28, 29, 30/62, *Da Costa*
- Corte di giustizia, 15/7/1963, causa 25/62, *Plaumann*
- Corte di giustizia, 15/7/1964, causa 6/64, *Costa/Enel*
- Corte di giustizia, 4/4/1968, causa 34/67, *Lück*
- Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76, *Reve*
- Corte di giustizia, 9/3/1978, causa 106/77, *Simmenthal*
- Corte di giustizia, 21/9/1983, causa 205/82, *Deutsche Milchkontor*
- Corte di giustizia, 9/11/1983, causa 199/82, *San Giorgio*
- Corte di giustizia, 10/4/1984, causa 14/83, *Von Colson*
- Corte di giustizia, 23/4/1986, causa 294/83, *Parti écologiste Les Verts*
- Corte di giustizia, 15/5/1986, causa 222/84, *Johnston*
- Corte di giustizia, 22/6/1989, causa 103/88, *Costanzo*
- Corte di giustizia, 13/11/1990, causa C-106/89, *Marleasing*
- Corte di giustizia, 19/11/1991, cause riunite C-6/90 e C9/90, *Francoovich*
- Corte di giustizia, 3/12/1992, causa C-97/91, *Oleificio Borelli*
- Corte di giustizia, 14/12/1995, causa C-430/93, *Van Schijndel*
- Corte di giustizia, 13/1/2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*
- Corte di giustizia, 1/4/2004, causa C-263/02, *Jégo-Quéré*
- Corte di giustizia, 29/4/2004, causa C-371/02, *Björnackulla*
- Corte di giustizia, 5/10/2004, cause riunite da C-397 a C-403/01, *Pfeifer*
- Corte di giustizia, 13/9/2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*
- Corte di giustizia, 18/7/2007, causa C-119/05, *Lucchini*
- Tribunale UE, 12/12/2007, causa T-308/05, *Commissione/Paesi Bassi*
- Corte di giustizia, 15/4/2008, causa C-268/06, *Impact*
- Tribunale UE, 17/4/2008, causa T-260/04, *Cestas*

Tribunale UE, 8/10/2008, causa T-411/06, *Sogelma*

Corte di giustizia, 26/3/2013, causa C-399/11, *Melloni*

Corte di giustizia, 19/4/2016, causa C-441/14, *Dansk Industri*

CAPITOLO PRIMO

LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE

SOMMARIO: 1.1. Una questione (non solo) semantica. – 1.2. Il plausibile significato del concetto giuridico indeterminato di «*interesse*», quale unica condizione dell'azione nel processo amministrativo sugli appalti pubblici. – 1.3. L'interesse strumentale, come fattore di legittimazione processuale nella risalente giurisprudenza dell'Adunanza plenaria. – 1.4. La differenziazione delle due condizioni dell'azione (interesse ad agire e legittimazione processuale) nel nuovo approccio del giudice della nomofilachia amministrativa. – 1.5. Le sentenze *Fastweb* e *Hackermüller* (il contrasto soltanto apparente). – 1.6. La resilienza nazionale. – 1.7. La sentenza *Puligienica*, nell'interpretazione dei giudici nazionali. – 1.8. La sentenza *Puligienica*, nell'interpretazione del giudice della nomofilachia comunitaria. – 1.9. La sentenza *Lombardi*. – 1.10. La legittimazione processuale nei settori non armonizzati. – 1.11. Il problema della legittimazione processuale con riguardo agli atti di amministrazione diretta.

1.1. Una questione (non solo) semantica

Sulla legittimazione processuale nelle controversie sugli appalti pubblici, dove gli Stati membri hanno una limitata competenza sulla forma e sui mezzi ex art. 288 TFUE, piuttosto che una più estesa competenza processuale funzionalizzata (dai principi *Reve* di equivalenza e di effettività) all'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE, la giurisprudenza ha percorso, negli ultimi anni, un sentiero assai accidentato, reso incerto dalla continua tensione tra i due opposti poli (effettività della norma/effettività della tutela) cui il processo amministrativo conformato dalle norme e dai principi UE è incessantemente sottoposto¹.

In questo ambito (il processo amministrativo sugli appalti pubblici), l'Unione europea ha, infatti, acquistato dirette competenze processuali, in ragione dei poteri di intervento che l'art. 114 TFUE le assegna al fine di realizzare il «*ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno*». È, infatti, proprio con riferimento agli artt. 100 A del Trattato CEE e 95 del Trattato CE (entrambi, ora 114 TFUE) che sono state approvate le direttive ricorsi². Donde, l'errore (evidente) di chi lamenta che «*la Corte non ha giurisdizione relativamente a questioni inerenti ai diritti processuali nazionali*»³.

¹ A. ROMANO TASSONE, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 584, sostiene al proposito che «*I ritorni e i ripensamenti della giurisprudenza ... possono spiegarsi ... con la percezione delle multiformi sollecitazioni provenienti dalla viva realtà, il cui complesso quadro di valori non è certo riducibile nei termini dell'alternativa tra giurisdizione di diritto obiettivo e giurisdizione di diritto soggettivo, tanto più che – mai come in questo caso – i due elementi della coppia esprimono piuttosto gli estremi di una polarità, tra i quali sono immaginabili varie gradazioni e sfumature intermedie, anziché una secca contrapposizione "a terzo escluso"*».

² Direttive 89/665/CEE, 92/13/CEE e 2007/66/CE.

³ E. M. BARBIERI, *Ricorso principale e ricorso incidentale reciprocamente escludenti davanti alla Corte di giustizia*, in

Sicché, il tema della legittimazione processuale sul contenzioso degli appalti pubblici non va affrontato e risolto nella logica dell'autonomia processuale degli Stati membri, con il solo limite dell'equivalenza (a evitare di discriminare situazioni giuridiche soggettive UE rispetto ad analoghe situazioni giuridiche soggettive definite da norme di diritto interno) e dell'effettività (a impedire che le norme processuali rendano impossibile o eccessivamente difficile la tutela delle situazioni giuridiche soggettive UE) secondo i ben noti principi *Rewe*⁴, bensì nell'esegesi di quanto specificamente statuito al proposito dall'art. 1 della direttiva 89/665/CEE che, al paragrafo 3, statuisce che «*Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso ... a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione*»⁵.

Donde, a volere individuare un contrasto (che l'interpretazione conforme consentirebbe, in realtà, di evitare) tra l'individuazione delle condizioni dell'azione nel processo sugli appalti pubblici conformato dal diritto UE e la configurazione del nostro processo amministrativo, questo non sarebbe certo l'effetto della giurisprudenza nomopoietica della Corte di giustizia nell'interpretazione valutativa del concetto giuridico indeterminato di effettività affermato dalla sentenza *Rewe*⁶, bensì l'applicazione di una norma comunitaria (la direttiva 89/665/CEE)⁷, per di più, definita attraverso una fattispecie a descrizione analitica, quantunque integrata dal concetto giuridico polisensu, e quindi anch'esso indeterminato, di «*interesse*»⁸.

Così che l'integrazione tra gli ordinamenti processuali (comunitario e nazionale) non opera secondo l'atipica direttrice dal basso (nel rapporto indiretto tra la norma processuale nazionale e la norma sostanziale UE mediato dagli indefiniti principi comunitari di effettività e di equivalenza), bensì secondo la tipica conformazione dall'alto (la norma processuale UE a plasmare la norma processuale nazionale in virtù del primato del diritto comunitario), dovendo quindi qui operare l'effetto diretto piuttosto che l'effetto utile dell'effetto diretto⁹.

Si tratta, dunque, di interpretare la norma processuale UE e di valutare, quindi, di rimando se la norma processuale nazionale sia conforme alla disciplina comuni-

Riv. it. dir. pubbl. com., 2012, 260.

⁴ Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76.

⁵ S. D'ANCONA, *Il rapporto tra ricorso incidentale e ricorso principale fra diritto interno e diritto dell'Unione europea: note a margine delle pronunce della Cass. SS. UU. 21 giugno 2012 e del C.d.S., Sez. III, 30 agosto 2012, n. 4656*, in www.giustamm.it, 2012, afferma al proposito che «*Si tratta di una disposizione che ... non lascia spazio a margini di autonomia procedurale in capo agli Stati membri né tantomeno un'autonomia applicativa ai giudici nazionali, e che impone di recepire, nel contesto dei contenziosi nazionali in tema di gare, un concetto di legittimazione particolarmente atteggiato*».

⁶ Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76.

⁷ G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1991, 837, sostiene che la direttiva ricorsi «*incide sulla nozione di interesse legittimo (o forse è meglio dire che reagisce a letture restrittive della nozione) di cui è del resto nota la relatività storica ... il che porta ad una attrazione nel territorio degli interessi protetti di posizioni in precedenza appartenenti al territorio degli interessi di fatto, in quanto preordinati ad assicurare il primato del diritto comunitario*».

⁸ M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005.

⁹ D. U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale, ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009, 122.

taria, resa precetto intellegibile dalla giurisprudenza della Corte di giustizia; e non, invece, come prevalentemente si è fatto, di interpretare la norma processuale nazionale in senso conforme ai principi di equivalenza e di effettività.

Il confronto è, quindi, tra due fattispecie normative concrete: l'art. 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE («*Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso ... a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto*») e l'art. 100 c.p.c. («*Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse*») integrato dagli artt. 81 c.p.c. («*nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui*») e 24 Cost. («*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*»). Sicché, l'eventuale antinomia va risolta secondo il principio del primato¹⁰, con la prevalenza dunque della norma UE e la disapplicazione della norma nazionale¹¹.

Si comprende, dunque, l'errore di prospettiva delle ordinanze di rinvio, con le quali i giudici nazionali hanno voluto coinvolgere la Corte di giustizia nel dibattito interno sul ricorso incidentale c.d. escludente, sul presupposto che i principi affermati dal giudice della nomofilachia amministrativa oltrepassassero i confini (segnati dai principi *Rewe* di effettività e di equivalenza) dell'autonomia procedurale.

Così è stato, all'inizio, per il rinvio pregiudiziale su impulso del quale la Corte di giustizia ha pronunciato la sentenza *Fastweb*¹², ove, appunto, il giudice nazionale ha chiesto di valutare la giurisprudenza nazionale sul ricorso incidentale escludente con riferimento ai «*principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza nei pubblici appalti*»¹³, e così è stato, da ultimo, nel rinvio pregiudiziale che si è concluso con la sentenza *Lombardi*¹⁴, con il quale l'Adunanza plenaria ha interrogato la Corte di giustizia su quali fossero i residui margini di «*autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri [per rendere] armonica la tutela ... dell'interesse dedotto con il ricorso principale ... rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova dell'interesse affermato (art. 2697 c.c.), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 c.c.)*»¹⁵.

La Corte di giustizia, nelle sue tre sentenze *Fastweb*¹⁶, *Puligienica*¹⁷ e *Lombardi*¹⁸ sul ricorso incidentale escludente si è, infatti, sempre espressa sull'interpretazione dell'art. 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE, come modificato dalla direttiva 2007/66/CE, così da consentire al giudice nazionale di valutare la compatibilità della norma processuale nazionale con la norma UE, come interpretata dal giudice della nomofilachia comunitaria.

¹⁰ Corte di giustizia, 15/7/1964, causa 6/64, *Costa-Enel*.

¹¹ Corte di giustizia, 9/3/1978, causa 106/77, *Simmenthal*.

¹² Corte di giustizia, 4/7/2013, causa C-100/12.

¹³ T.A.R. Piemonte, Torino, 9/2/2012, n. 208.

¹⁴ Corte di giustizia, 5/9/2019, causa C-333/18.

¹⁵ Consiglio di Stato, Ad. plen., 11/5/2018, n. 6.

¹⁶ Corte di giustizia, 4/7/2013, causa C-100/12.

¹⁷ Corte di giustizia, 5/4/2016, causa C-689/13.

¹⁸ Corte di giustizia, 5/9/2019, causa C-333/18.

Perciò, in questo ambito, l'autonomia processuale, i principi *Reve* di equivalenza e di effettività e l'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE di diritto sostanziale sono erroneamente richiamati a risolvere l'apparente antinomia. E, quindi, pare davvero fuori tema chi definisce l'esito ultimo della giurisprudenza comunitaria sul ricorso incidentale come il «*de profundis del principio di autonomia procedurale*»¹⁹.

1.2. Il plausibile significato del concetto giuridico indeterminato di «*interesse*», quale unica condizione dell'azione nel processo amministrativo sugli appalti pubblici

La questione della legittimazione nel contenzioso sugli appalti pubblici non deve, dunque, essere affrontata, in prima istanza, sull'esegesi della norma processuale nazionale e dei principi che la ispirano e, poi, nella valutazione di compatibilità dell'interpretazione così ottenuta con i principi *Reve* di equivalenza e di effettività.

Vi è piuttosto (più semplicemente) da assegnare un significato tangibile ai due sintagmi «*abbia o abbia avuto*»/«*sia stato o rischi di essere lesa*», che definiscono le condizioni dell'azione prescritte dalla norma UE (la direttiva 89/665/CEE) sul ravvicinamento delle norme processuali nazionali sugli appalti pubblici.

Si è scritto che il regime del ricorso incidentale è un problema di diritto positivo e che si deve resistere alla tentazione di aderire a una «*concezione metafisica*» del processo²⁰. Quanto è indubbiamente vero. Solo che, con riguardo al processo sugli appalti pubblici, la norma è europea, residuando al legislatore nazionale solo la competenza sulla forma e sui mezzi ex art. 288 TFUE (limitata, per espressa volontà del legislatore comunitario, alle sole «*modalità*» di accesso al giudice). E, allora, non si può certo individuare il diritto positivo nell'art. 276, comma 2, c.p.c. («*Il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa*»), a sovvertire le condizioni dell'azione già esaustivamente regolate (senza lasciare altro margine di libera determinazione al legislatore nazionale) dalla norma UE.

Sicché, dall'esegesi dell'art. 1, paragrafo 3 della direttiva 89/665/CEE («*chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione denunciata*») bisogna partire.

Con riguardo all'individuazione delle condizioni dell'azione, la competenza degli Stati membri (meglio: degli organi giurisdizionali nazionali, tuttavia operanti come giudici comunitari decentrati) si esaurisce, dunque, nell'assegnare un significato tangibile (l'interpretazione valutativa) al concetto giuridico indeterminato di «*interesse*»²¹. Ciò che deve essere fatto nella considerazione che la norma UE richiede

¹⁹ G. TROPEA, *Il ricorso incidentale escludente: illusioni ottiche*, in Dir. proc. amm. 2019, 1120.

²⁰ M. MARINELLI, *Ricorso incidentale e ordine di esame delle questioni (in margine a Cons. Stato, Ad. plen., 10 novembre 2008, n. 11)*, Dir. proc. amm., 2009, 614.

²¹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedu-*

cumulativamente anche la lesione di una situazione giuridica soggettiva («sia stato o rischi di essere lesi»), così da definire la fattispecie attraverso due distinte condizioni dell'azione: la legittimazione e l'interesse; come poi chiarirà la sentenza *Hackermüller*²².

Questo impedisce di condividere l'affermazione che il processo sugli appalti pubblici conformato dalle norme UE si configuri secondo il modello di tutela oggettiva della legalità comunitaria e si ponga quindi in antitesi alla caratterizzazione soggettiva del nostro processo; così da definire un modello differenziato di giurisdizione amministrativa per i soli appalti pubblici, all'interno del quale assurgerebbe a un ruolo centrale l'interesse pubblico, idoneo a influenzare (oltre che l'esito ultimo del processo, attraverso la modulazione nel tempo degli effetti della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione, come consente espressamente di fare l'art. 122 c.p.a.) anche la definizione delle condizioni dell'azione con la sostanziale elisione della legittimazione ad agire²³.

In realtà, il modello processuale imposto dalle direttive ricorsi è di giurisdizione soggettiva, come si ricava ora chiaramente anche dal considerando n. 122 della direttiva 2014/24/UE, ove si legge che «La direttiva 89/665/CEE prevede che determinate procedure di ricorso siano accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere lesi a causa di una violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto. La presente direttiva non dovrebbe pregiudicare tali procedure di ricorso. Tuttavia, i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto. Dovrebbero pertanto avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all'autorità o alla struttura competente».

Così che l'uomo qualunque (il contribuente della giurisprudenza inglese²⁴) ha un legittimo interesse (così lo definisce la norma UE), che trova (deve trovare) tuttora soddisfazione «con modalità diverse» da quelle processuali.

Vero è, nondimeno, che la disciplina processuale sugli appalti è informata al duplice criterio di effettività della norma UE e della tutela giurisdizionale (ora co-

rale in relazione al diritto amministrativo nazionale, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2014, 1191, afferma che «Nel caso della proponibilità del ricorso ci si muove lungo una linea in cui occorre interpretare concetti vaghi presenti in tutti gli ordinamenti: in particolare il concetto di "interesse"».

²² Corte di giustizia, 5/4/2016, causa C-689/13.

²³ A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in Dir. proc. amm., 2014, 471 e 472.

²⁴ R. v. *Inland Revenue Commissioners, e p National Federation of Self-Employed and small Businesses Ltd* [1982] AC 617, 644 E-G, citato in M. FORDHAM, *Judicial review handbook*, London, 2008, 125, ove si legge: «[the] grave lacuna in our system of public law if a pressure group ... or even a single public-spirited taxpayer, were prevented by outdated technical rules of locus standi from bringing the matter to the attention of the court to vindicate the rule of law and get the unlawful conduct stopped».

dificato dall'art. 19 TUE); dovendo la tutela della legalità obiettiva conseguire come effetto mediato della tutela giurisdizionale soggettiva (si potrebbe ben dire un interesse pubblico occasionalmente protetto, invertendo la nota definizione²⁵), secondo il modello delineato nella celeberrima sentenza *Van Gend en Loos*²⁶, per cui «la vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti, costituisce d'altronde un efficace controllo che si aggiunge a quello ... della Commissione e degli Stati membri»²⁷.

Perciò, è tutto fuorché anacronistico²⁸ l'insegnamento classico secondo cui «*reipublicae interest quam plurimos ad defendendam suam causa admittere*»²⁹; che è però altro rispetto ad affermare che la giurisdizione di legittimità «*deve considerarsi come una garanzia dell'osservanza del diritto obiettivo da parte di coloro che sono investiti del potere pubblico ... il cui esercizio è però affidato all'interesse soggettivo delle persone*»³⁰; come una volta si riteneva, a volere relegare la situazione giuridica soggettiva a semplice occasione per la tutela della legalità, secondo la logica che «*la base del ricorso non è proprio il diritto lesa del ricorrente; è semplicemente il diritto lesa*»³¹.

La prospettiva comunitaria (a consentire che la tutela giurisdizionale soggettiva realizzi al contempo l'obiettivo della legalità oggettiva) non si pone in contrasto con la configurazione costituzionale del processo amministrativo come processo di tutela delle situazioni individuali nei confronti dell'esercizio dei pubblici poteri, giacché l'assetto costituzionale della giurisdizione amministrativa non impedisce il perseguimento del duplice scopo della tutela giurisdizionale (e anzi è così da sempre caratterizzato sin dalla sua prima definizione nel noto discorso di Spaventa del 1880 dinanzi all'Associazione costituzionale di Bergamo³²), di tutelare i diritti violati e di accertare al contempo la violazione del diritto oggettivo³³.

²⁵ O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 427.

²⁶ Corte di giustizia, 5/2/1963, causa 26/62.

²⁷ M. MARINELLI, *Ricorso incidentale e ordine di esame delle questioni*, cit., 628, avverte che talune posizioni sul ricorso incidentale escludente sarebbero falsate dalla prospettiva di «Una giurisdizione peculiare anche perché il privato ricorrente – agendo a tutela del proprio interesse – eserciterebbe pure quella funzione di sorveglianza della corretta attuazione dell'interesse pubblico al buon andamento dell'amministrazione che è connaturata alla nozione di interesse legittimo inteso, appunto, come "sintesi"». E, invero, M. C. ROMANO, *Ordinamento amministrativo europeo, situazioni protette e oggetto del sindacato giurisdizionale, tra Corte di giustizia e Corti nazionali*, in *Dir. amm.*, 2014, 201, sostiene al proposito che «L'attenzione prestata all'interesse individuale per operare quale fattore di legittimazione ... viene corretta dal rilievo che quest'ultimo assume rispetto al perseguimento degli interessi europei; situazione che trova conferma nella vicenda del ricorso incidentale escludente, nella quale appare manifesta la tensione tra la raffigurazione della giurisdizione amministrativa ora come giurisdizione di diritto soggettivo, a tutela di posizioni individuali qualificate, ora come giurisdizione di diritto oggettivo, rivolta non già alla garanzia dell'affidamento dell'appalto (interesse protetto come posizione individuale in capo all'impresa partecipante, ma non configurabile laddove entrambe le imprese siano prive dei requisiti di legittimazione), bensì estesa alla considerazione dell'interesse strumentale all'eventuale rinnovazione della gara».

²⁸ M. MARINELLI, *Ricorso incidentale e ordine di esame delle questioni*, cit., 628.

²⁹ S. ROMANO, *Il diritto pubblico subbiettivo*, in *Gli scritti del Trattato Orlando*, Milano, 1897, 124.

³⁰ A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 782.

³¹ A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa*, cit., 785.

³² S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione*, Torino, 1949.

³³ M. C. ROMANO, *Ordinamento amministrativo europeo, situazioni protette e oggetto del sindacato giurisdizionale*, cit., 209 sottolinea che «l'ambivalenza del sindacato giurisdizionale avente ad oggetto il legittimo esercizio del potere amministrativo emerge dal ruolo di "legal vigilance" o di "procuratoir de droit" – approdato anche nell'elaborazione tedesca con l'emersione di "prokuratorische Elemente" nella concezione progredita ed europeizzata del diritto pubblico soggettivo».

Questa duplice funzione (tutela dell'individuo e della legge) della giustizia amministrativa è sostanzialmente confermata dalla Corte costituzionale, con l'affermazione che «Non vi è dubbio che, alla luce degli invocati parametri costituzionali, la giurisdizione amministrativa, nelle controversie tra amministrati e pubblico potere, sia primariamente rivolta alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e solo mediatamente al ripristino della legalità dell'azione amministrativa, legalità che pertanto può e deve essere processualmente perseguita entro e non oltre il perimetro dato dalle esigenze di tutela giurisdizionale dei cittadini»³⁴.

Ciò che potrebbe definirsi come l'uso oggettivo della giurisdizione soggettiva³⁵, in aderenza all'originaria funzione della giurisdizione amministrativa di una «giustizia nell'amministrazione» (art. 100 Cost.).

1.3. L'interesse strumentale, come fattore di legittimazione processuale nella risalente giurisprudenza dell'Adunanza plenaria

Com'è noto, il controinteressato, per mezzo del ricorso incidentale, pone in essere una «difesa attiva»³⁶, volendo in questo modo estendere il giudizio agli errori commessi in suo danno dalla stazione appaltante nel corso del procedimento ancorché nell'emanazione di un provvedimento a lui sostanzialmente favorevole, e questo al fine di determinare l'inammissibilità dell'impugnazione principale o, quantomeno, l'affermazione di vincoli per la riedizione del potere nell'ipotesi di accoglimento del ricorso³⁷.

Ancorché vi sia sostanziale accordo sulla funzione difensiva del ricorso incidentale (nella quale si stinge l'effetto demolitorio)³⁸, è invece ancora controverso se il ricorso incidentale debba configurarsi come una eccezione³⁹ o piuttosto come una domanda riconvenzionale⁴⁰. Ciò che conduce la dottrina a interrogarsi sulla natura (costitutiva o dichiarativa) della sentenza di accoglimento del ricorso incidentale⁴¹.

Dalla differente configurazione che si voglia attribuire all'istituto (eccezione/riconvenzione) ne conseguono, in un caso (eccezione), la mera dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale, e, nell'altro (riconvenzione), gli effetti costitutivi dell'annullamento dell'atto presupposto impugnato con il ricorso incidentale.

tivo – che la giurisprudenza comunitaria, seguita dalla dottrina degli Stati membri, affida all'individuo nel contesto europeo».

³⁴ Corte costituzionale, 5/11/2019, n. 271.

³⁵ V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione soggettiva e legittimazione oggettiva ad agire*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 353 e 354.

³⁶ F. LUBRANO, *L'impugnazione incidentale nel giudizio amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1964, 772.

³⁷ R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado (con particolare riguardo alle impugnative delle gare contrattuali)*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 290.

³⁸ A. ROMANO TASSONE, *Il ricorso incidentale*, cit., 582.

³⁹ G. VACIRCA, *Appunti per una nuova disciplina dei ricorsi incidentali*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 57 ss.

⁴⁰ S. BACCARINI, *L'impugnazione incidentale del provvedimento amministrativo tra tradizione e innovazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 639 ss.

⁴¹ A. ROMANO TASSONE, *Il ricorso incidentale*, cit., 597.

Si confonde⁴², però, in questo modo, il profilo funzionale del ricorso incidentale (il risultato che si vuole conseguire), che è, in effetti, ambivalente (eccezione/riconvenzione), con quello strutturale (il tipo di azione e dunque la domanda con la quale si vuole realizzare l'obiettivo), che è senz'altro caducatorio⁴³, prestandosi alternativamente a svolgere nel processo la funzione di una eccezione ovvero di una riconvenzione⁴⁴.

Ma (come poi meglio si spiegherà), è solo il profilo strutturale che rileva⁴⁵, ai fini di interpretare le condizioni dell'azione che la norma UE⁴⁶ declina (non solo al presente, ma) anche al passato («abbia o abbia avuto interesse»/«sia stato o rischi di essere lesa»)⁴⁷.

Sicché, da una considerazione non si può prescindere: «ogni qual volta l'accoglimento dell'eccezione e/o della riconvenzione sia ostacolato da una statuizione autoritativa della P.A. [questa] deve essere rimossa, su ricorso dell'interessato, con una pronuncia costitutiva d'annullamento»⁴⁸.

Nella configurazione, in taluni casi, del ricorso incidentale come eccezione processuale⁴⁹, parte della giurisprudenza amministrativa era giunta alla conclusione che, nel caso di impugnazioni incrociate sulla legittimità dell'ammissione alla procedura di evidenza pubblica, il ricorrente non fosse titolare di un interesse giuridicamente protetto e, dunque, il suo ricorso fosse inammissibile ogniqualvolta il ricorso incidentale/eccezione processuale fosse fondato⁵⁰. In sostanza, «L'accertamento dell'inammissibilità per difetto dei requisiti di partecipazione dell'offerta presentata dal ricorrente principale degrada la posizione di costui a mero interesse indifferenziato, non

⁴² A. ROMANO TASSONE, *Il ricorso incidentale*, cit., 591, osserva che la questione si è posta in dottrina in senso funzionale più che strutturale.

⁴³ Ancorché si sostenga che «nel caso del ricorso incidentale l'impugnazione di un atto amministrativo è in realtà solo fittizia e virtuale, perché il ricorrente incidentale non solo tende a ben altro, ma ben altro, soprattutto, egli ottiene dal giudice» (A. ROMANO TASSONE, *Il ricorso incidentale*, cit., 587). Si è però obiettato che «è evidente che si tratta di una vera e propria domanda intesa a ottenere l'annullamento dell'atto impugnato, che dunque il giudice il quale ravvisi la fondatezza del ricorso incidentale non può limitarsi a disapplicare incidentalmente» (R. GRECO, *I profili processuali del ricorso incidentale*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 634).

⁴⁴ R. CAPONIGRO, *Il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in www.giust.amm.it, 2018, sostiene che «può ritenersi che il rimedio incidentale abbia natura impugnatoria ma efficacia di eccezione processuale». Allo stesso modo, F. BENVENUTI, *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 743, ritiene che «il ricorso incidentale costituisca piuttosto l'equivalente nel processo amministrativo della eccezione in senso proprio», ma introduce nel giudizio, nella maggioranza dei casi, una «domanda di impugnazione dell'atto impugnato».

⁴⁵ In questo modo invertendosi l'approccio usuale che privilegia, invece, il profilo funzionale a quello strutturale. In questo senso, A. ROMANO TASSONE, *Il ricorso incidentale*, cit., 596, suggerisce che «la valenza funzionale dei due principali strumenti difensivi ("eccezione" e "riconvenzione", intese in senso funzionale) fornisce il quadro dei valori pratici cui deve ispirarsi la disciplina base dell'istituto, mentre la tecnica introduttiva a tal fine prescritta (richiesta di una pronuncia costitutiva, di condanna o di mero accertamento) opera solo in seconda istanza».

⁴⁶ Art. 1, paragrafo 3, direttiva 89/665/CEE.

⁴⁷ S. D'ANCONA, *Riflessioni sul rapporto tra ricorso principale e incidentale alla luce della direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 35, osserva come «sembrerebbe che la locuzione "abbia avuto interesse" all'aggiudicazione estenda la possibilità di ricorrere ... anche a coloro che ... abbiano partecipato, sia stati esclusi, e, quindi "abbiano avuto interesse" all'aggiudicazione».

⁴⁸ A. ROMANO TASSONE, *Il ricorso incidentale*, cit. 596.

⁴⁹ R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, cit., 304, sostiene invece l'irrelevanza di siffatta qualificazione nel caso dell'incrocio di impugnazioni reciprocamente escludenti.

⁵⁰ Consiglio di Stato, Sez. VI, 6/3/1992, n. 159.

distinguibile da quello delle imprese che non hanno partecipato alla gara; pertanto, mancando una situazione giuridica protetta, risulterebbe fuor di luogo invocare l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara»⁵¹.

Altra parte della giurisprudenza era, invece, giunta alla differente conclusione che, nell'eventualità di una gara con due soli concorrenti, *«potrebbe apparire più congrua una decisione che, disponendo l'annullamento degli atti contestati, determini il rinnovo delle operazioni concorsuali»⁵².*

Nel 2008, a risolvere il contrasto giurisprudenziale⁵³, l'Adunanza plenaria ritenne di far coincidere l'interesse al ricorso con la legittimazione processuale. Da qui l'affermazione (assai contestata in dottrina⁵⁴) che *«una impresa è titolare di un interesse a ricorrere non solo quando mira ad ottenere l'aggiudicazione della gara cui abbia partecipato, ma anche quando, quale titolare di un interesse "strumentale", mira ad ottenere l'annullamento di tutti gli atti, affinché la gara sia ripetuta con l'indizione di un ulteriore bando»⁵⁵* ⁵⁶.

Sicché, secondo questa prima conclusione cui era giunto il giudice della nomofilachia amministrativa, nel caso di gara con due sole imprese ammesse, ciascuna delle quali abbia impugnato l'ammissione dell'altra, il giudice, qualunque sia il ricorso che esamini per primo e ritenga fondato, deve esaminare anche l'altro, dando rilievo all'interesse strumentale di ciascuna impresa, sia essa ricorrente principale o incidentale, alla ripetizione della gara.

Si è affermato, al proposito, che con la sentenza n. 11/2008 l'Adunanza plenaria avrebbe inaugurato la stagione della *«fuga dalla legittimazione a ricorrere»⁵⁷*, quale esito prevedibile della tendenza giurisprudenziale di confondere la legittimazione e l'interesse a ricorrere⁵⁸.

E la dottrina è stata, in effetti, assai critica sul cambio di rotta del giudice della nomofilachia amministrativa⁵⁹, giacché *«l'enfasi sull'interesse strumentale porta ad eludere il tema della legittimazione»⁶⁰*; dovendosi ritenere che un interesse alla ripetizione della gara sussisterebbe anche in capo a imprese del settore che non hanno partecipato alla prima gara⁶¹.

⁵¹ R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale*, cit., 296.

⁵² Consiglio di Stato, Sez. V, 8/5/2002, n. 2468.

⁵³ Si rinvia, per l'analitica disamina delle varie, e contrastanti, pronunce del Consiglio di Stato sul punto, a R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale*, cit., 290 ss.

⁵⁴ R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale*, cit., 331.

⁵⁵ Consiglio di Stato, Ad. plen., 10/11/2008, n. 11.

⁵⁶ A. CARBONE, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 453, sostiene che *«una soluzione siffatta tendeva, in sostanza, a condurre verso un sindacato di tipo oggettivo, volto, cioè, a valutare la legittimità della gara in sé piuttosto che a tutelare posizioni giuridiche soggettive»*.

⁵⁷ S. BACCARINI, *Processo amministrativo e ordine di esame delle questioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 778.

⁵⁸ F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1005 ss.

⁵⁹ R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale*, cit., 285 ss.; M. MARINELLI, *Ricorso incidentale e ordine di esame delle questioni*, cit., 608; G. TROPEA, *La Plenaria prende posizione sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 146 ss.; A. GIANNELLI, *Il revirement della Plenaria in tema di ricorsi paralizzanti nelle gare a due: le nubi si addensano sulla nozione di interesse strumentale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1035 ss.

⁶⁰ G. TROPEA, *Il ricorso incidentale escludente*, cit., 1089.

⁶¹ G. SIGISMONDI, *L'ordine di priorità dell'esame tra ricorso principale e ricorso incidentale: l'Adunanza plenaria*

1.4. La differenziazione delle due condizioni dell'azione (interesse ad agire e legittimazione processuale) nel nuovo approccio del giudice della nomofilachia amministrativa

In seguito, l'Adunanza plenaria ha radicalmente mutato opinione, e con la sentenza n. 4/2011⁶² ha enfatizzato il distinguo tra le due differenti condizioni dell'azione (legittimazione e interesse), giungendo in tal modo ad affermare che *«la mera partecipazione (di fatto) alla gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso. La situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo, infatti, deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva. Pertanto, la definitiva esclusione o l'accertamento della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva [sicché] Il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura [e] Detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente».*

Donde, in esito a questo radicale ripensamento giurisprudenziale, il ricorso incidentale con il quale si contesta la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara deve essere sempre esaminato prioritariamente anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura, indipendentemente dal numero dei partecipanti alla gara, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dalla P.A. resistente.

Questo perché l'impresa operante in un determinato mercato si differenzia da ogni altro soggetto dell'ordinamento solo se sia stata legittimamente ammessa alla gara⁶³. E, com'è noto, nel processo amministrativo (a differenza di quanto accade nel processo civile) *«l'elemento che rimane sul piano dell'affermazione non è la titolarità della situazione protetta, ma l'illegittimità del provvedimento impugnato»*⁶⁴. Così che solo chi dimostra di essere effettivamente titolare della situazione giuridica soggettiva che si assume lesa (e non lo sarebbe chi sia stato ammesso illegittimamente a una gara) ha la legittimazione processuale⁶⁵.

Una soluzione ritenuta da taluni necessitata⁶⁶ a evitare soprattutto la deriva og-

alla ricerca di un punto d'equilibrio dopo l'intervento della Corte di giustizia, in Foro it., 2014, III, 476.

⁶² Consiglio di Stato, Ad. plen., 7/4/2011, n. 4.

⁶³ D. CAPOTORTO, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso amministrativo in materia di appalti: "l'interesse meramente potenziale" nuovo paradigma dell'ordinamento processuale?*, in Dir. proc. amm., 2020, 677.

⁶⁴ R. VILLATA, *Legittimazione processuale*, in Enc. giur., XVIII, Roma, 1990, 2.

⁶⁵ R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso*, in Dig. pubbl., VIII, Torino, 1993, 477.

⁶⁶ L. BERTONAZZI, *Il ricorso incidentale nei giudizi amministrativi di primo grado relativi a procedure selettive: residue incertezze domestiche e gravi incognite di origine europea*, in Dir. proc. amm., 2014, 563 ss.

gettiva del giudizio amministrativo⁶⁷, ma più probabilmente ottativa⁶⁸, a perseguire in realtà un obiettivo deflattivo del contenzioso amministrativo⁶⁹, una sostanziale forma di «*diniogo di giustizia*»⁷⁰, che mal si accorda al principio di effettività (in entrambe le sue dimensioni, soggettiva e oggettiva) della tutela giurisdizionale.

In effetti, le Sezioni unite hanno affermato al proposito di aderire alla «*critiche di una parte della dottrina in quanto al cospetto di due imprese che sollevano a vicenda la medesima questione, ne sanziona una con l'inammissibilità del ricorso e ne favorisce l'altra con il mantenimento di un'aggiudicazione (in tesi) illegittima, denotando una crisi del sistema che, al contrario, proclama di assicurare a tutti la possibilità di ricorrere al giudice per fargli rimediare a quello che (male) ha fatto o non ha fatto l'amministrazione*»⁷¹.

Una considerazione è utile a evidenziare come non vi sia, in realtà, un imperativo dogmatico a imporre la conclusione cui è giunta l'Adunanza plenaria: «*L'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta, sulla falsariga del processo civile, a tre condizioni fondamentali (titolo, interesse ad agire, legittimazione attiva/passiva) che, valutate in astratto con riferimento alla causa petendi della domanda e non secundum eventum litis, devono sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino al momento della decisione finale*»⁷².

Un conto, dunque, è affermare che la legittimazione processuale (la titolarità della situazione giuridica soggettiva) deve sussistere al momento dell'introduzione del giudizio e permanere sino al momento della decisione⁷³, altro è ritenere che la stessa debba essere valutata all'esito del giudizio («*secundum eventum litis*»), quando, in conseguenza dell'accoglimento (con pronuncia costitutiva) del ricorso incidentale, il provvedimento di ammissione del ricorrente alla gara sia stato annullato.

Quanto induce a ritenere che la conclusione cui è giunta l'Adunanza plenaria nel 2011 sia inevitabile solo alla condizione di ignorare la natura indubbiamente impugnatoria del ricorso incidentale, quantunque funzionale a veicolare nel processo una eccezione.

E, inverosimilmente, il giudice della nomofilachia amministrativa sostiene la sua conclusione in ragione dell'assunto che «*l'eventuale accertamento della illegittimità dell'ammissione alla gara presenta portata pienamente retroattiva, e, quindi, si riflette sui presupposti e sulle condizioni dell'azione, in modo non dissimile da un provvedimento di esclusione divenuto inoppugnabile*».

⁶⁷ G. TROPEA, *Il ricorso incidentale escludente*, cit., 7.

⁶⁸ A. SQUAZZONI, *Sul necessario esame delle censure escludenti incrociate a prescindere dal numero dei concorrenti e dalla differenza tra motivi ad effetto escludente. Il monito (forse tardivo?) della Corte di giustizia*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 797.

⁶⁹ In effetti, l'ordinanza di rimessione della questione all'Adunanza plenaria ritiene di dovere superare la soluzione indicata nella pronuncia n. 11/2008 perché favorisce una «*litigiosità esasperata*» e rende «*estremamente difficoltosa e spesso impossibile ... l'esecuzione dell'opera pubblica*». G. ROMEO, *La retorica nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 956, afferma al proposito che «*L'aumento della litigiosità è di per sé un dato inattendibile, che giammai potrebbe comprimere l'accesso alla giustizia*».

⁷⁰ Corte di cassazione, Sez. un., 21/6/2012, n. 10294.

⁷¹ Corte di cassazione, Sez. un., 21/6/2012, n. 10294.

⁷² Consiglio di Stato, Sez. III, 7/7/2014, n. 3441.

⁷³ F. GAFFURI, *Il ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado: alcune note sulla sua natura e sul rapporto con il ricorso principale*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1062.

bile [perché] la definitiva esclusione o l'accertamento della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva [e] Tale esito rimane fermo in tutti i casi in cui l'illegittimità della partecipazione alla gara è definitivamente accertata, sia per inoppugnabilità dell'atto di esclusione, sia per annullamento dell'atto di ammissione»⁷⁴.

In questo modo, l'Adunanza plenaria trascura però di considerare che, nel secondo caso («annullamento dell'atto di ammissione»), a differenza che nel primo («inoppugnabilità dell'atto di esclusione»), è proprio l'effetto costitutivo dell'annullamento dell'atto di ammissione alla gara (e non l'accertamento negativo del suo diritto d'essere ammesso alla procedura di evidenza pubblica) a privare il ricorrente della situazione giuridica di vantaggio che lo distingue dalle altre imprese concorrenti sul medesimo mercato, che non hanno partecipato alla gara o che dalla stessa sono state escluse con provvedimento definitivo.

Quanto è reso evidente dall'affermazione del Consiglio di Stato dell'irrelevanza della «*veste formale*»⁷⁵ utilizzata per la deduzione delle questioni processuali, così da confondere la forma della domanda (il ricorso) con la natura (costitutiva) del provvedimento giurisdizionale di accoglimento di quella domanda, che non è certo declinabile in una irrilevante questione formale.

Se, dunque, si evita l'errore di confondere il profilo funzionale (di eccezione di rito) del ricorso incidentale con quello strutturale (di impugnazione del provvedimento di ammissione alla gara), bisogna allora inevitabilmente considerare esistente la situazione giuridica soggettiva (di partecipante alla procedura di evidenza pubblica) sino a quando non sia stato accolto il ricorso incidentale.

E certo non vale a mutare i termini della questione la considerazione che la sentenza di annullamento del provvedimento di ammissione alla gara ha effetto retroattivo, perché ciò che rileva è l'esistenza della situazione giuridica soggettiva (l'essere stato ammesso alla gara) atta a distinguere il ricorrente dall'uomo qualunque al momento della proposizione del ricorso e sino alla sua definizione con sentenza (in quell'arco temporale dovendo essere verificata la legittimazione processuale); nulla rilevando invece che, successivamente (per l'effetto della sentenza) sia pure con effetti retroattivi, il ricorrente sia escluso dalla gara (meglio: la sua ammissione sia annullata) con provvedimento giudiziario.

Sicché, non vi è nemmeno la necessità di evitare le conseguenze (che si ritengono altrimenti inevitabili) dell'accoglimento del ricorso incidentale sulla legittimazione processuale del ricorrente principale (giustamente ritenute inappaganti in termini di effettività della tutela giurisdizionale), attraverso l'espedito di modulare nel tempo gli effetti della sentenza di accoglimento del ricorso incidentale (attribuendole efficacia solo per il futuro), come pure è stato fatto da audace giurisprudenza di merito⁷⁶.

⁷⁴ Consiglio di Stato, Ad. plen., 7/4/2011, n. 4.

⁷⁵ Consiglio di Stato, Ad. plen., 7/4/2011, n. 4.

⁷⁶ T.A.R. Lazio, Sez. II-Ter, 13/7/2012, n. 6418.

Come dinanzi si vedrà, la Corte di giustizia ha evitato di incorrere in quell'errore di prospettiva, distinguendo, appunto, le ipotesi in cui: (i) la qualifica di soggetto concorrente all'aggiudicazione della gara non sussisteva sin dall'origine (perché l'esclusione dalla gara è stata disposta con provvedimento deliberato prima della proposizione del ricorso, quantunque divenuto definitivo in seguito), com'è stato nella sentenza *BTG*⁷⁷; (ii) l'illegittima ammissione alla gara è suscettibile d'essere dichiarata dal giudice nazionale d'ufficio nel corso del processo sull'invalidazione dell'aggiudicazione, con un accertamento incidentale del difetto del requisito (la valida ammissione alla gara) di legittimazione processuale, com'è stato nella sentenza *Hackermüller*⁷⁸; (iii) l'esclusione dalla gara del ricorrente avviene con una pronuncia costitutiva all'esito dell'accoglimento di una domanda impugnatoria (il ricorso incidentale), com'è stato nelle sentenze *Fastweb*⁷⁹, *Puligienica*⁸⁰ e *Lombard*⁸¹.

1.5. Le sentenze *Fastweb* e *Hackermüller* (il contrasto soltanto apparente)

A contrastare la logica dei ricorsi escludenti, la Corte di giustizia nella sentenza *Fastweb*⁸² ha statuito che «L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE ... 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 conformità 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».

In effetti, prima di allora, la Corte di giustizia si era già pronunciata sul tema delle condizioni dell'azione nei giudizi sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, con riferimento a norme processuali nazionali di negazione della legittimazione processuale a chi avesse illegittimamente partecipato a un procedimento di evidenza pubblica, con esiti (apparentemente) differenti.

Nella sentenza *Hackermüller*⁸³ si legge, infatti, che l'art. 1, paragrafo n. 3, della direttiva n. 89/665/CEE «non obbliga gli Stati membri a rendere dette procedure di ricorso accessibili a chiunque voglia ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico, ma che essa consente loro di esigere, inoltre, che la persona interessata sia stata o rischi di essere lesa dalla violazione da essa denunciata».

⁷⁷ Corte di giustizia, 21/12/2016, causa C-355/15.

⁷⁸ Corte di giustizia, 5/4/2016, causa C-689/13.

⁷⁹ Corte di giustizia, 4/7/2013, causa C-100/12.

⁸⁰ Corte di giustizia, 5/4/2016, causa C-689/13.

⁸¹ Corte di giustizia, 5/9/2019, causa C-333/18.

⁸² Corte di giustizia, 4/7/2013, causa C-100/12.

⁸³ Corte di giustizia, 5/4/2016, causa C-689/13.

Così da richiedere il soddisfacimento di entrambe le due condizioni dell'azione (definite dalla norma UE): l'interesse e la legittimazione.

Quanto corrispondeva alle conclusioni dell'Avvocato Generale Mischo⁸⁴, nel senso che «La direttiva 89/665/CEE permette pertanto agli Stati membri di assoggettare l'accesso alle procedure di ricorso al rispetto di due condizioni cumulative, cioè: 1) l'interesse dell'offerente all'aggiudicazione dell'appalto pubblico e 2) il fatto di essere stato lesa o di rischiare di essere lesa».

Com'è, appunto, anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, a seguito del ripensamento giurisprudenziale del 2011.

Si è, quindi, ritenuta la contraddittorietà della giurisprudenza della Corte di giustizia sul tema, evidenziando l'inconciliabilità dei due principi, affermati nelle due differenti sentenze⁸⁵, giungendosi persino a descrivere la giurisprudenza del giudice comunitario come «una sorta di festival del caso»⁸⁶.

In realtà, le due situazioni processuali sono differenti, a giustificare, dunque, una diversa conclusione.

Nella prima vicenda (*Hackermüller*⁸⁷) la legittimazione processuale è stata negata dal giudice all'esito dell'accertamento incidentale dell'illegittima ammissione alla gara (come in quell'ordinamento processuale era consentito di fare⁸⁸). Così che il ricorrente non poteva distinguersi da ogni altra impresa operante sul mercato che non avesse partecipato legittimamente alla procedura di evidenza pubblica (e, quindi, anche di quella che fosse stata esclusa con provvedimento definitivo), che in quanto tale non è titolare di una situazione giuridica soggettiva (bensì solo di una aspettativa di fatto) all'aggiudicazione dell'appalto una volta riassegnato (con la riedizione della gara) al mercato. E quel suo difetto di legittimazione processuale (la titolarità di una situazione giuridica soggettiva atta a distinguerlo dalle altre imprese concorrenti) risaliva al momento dell'instaurazione del giudizio (tanto da essere rilevata con un mero accertamento incidentale).

Nell'altra vicenda (*Fastweb*⁸⁹), invece, la situazione giuridica soggettiva di partecipante alla gara è stata rimossa dal giudice all'esito del giudizio con una sentenza costitutiva (di annullamento dell'ammissione del ricorrente principale alla procedura di evidenza pub-

⁸⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale J. Mischo, nella causa C-249/01.

⁸⁵ R. VILLATA, *Finale di partita?*, in Dir. proc. amm., 2015, 832.

⁸⁶ L. BERTONAZZI, *La giurisprudenza in tema di ricorso incidentale escludente*, in Dir. proc. amm., 2020, 543.

⁸⁷ Corte di giustizia, 5/4/2016, causa C-689/13.

⁸⁸ R. VILLATA, *Finale di partita?*, cit., 833, osserva che nella sentenza *Fastweb* la Corte di giustizia sostiene l'applicabilità del principio affermato nella sentenza *Hackermüller* «anche qualora l'eccezione di inammissibilità non sia sollevata d'ufficio dall'autorità investita dal ricorso, ma in un ricorso incidentale», e ritrae da ciò il convincimento che ne conseguirebbe l'insostenibilità di «qualsiasi tentativo che volesse tener distinte le due ipotesi per sostenere che i principi *Hackermüller* non sarebbero applicabili alla vicenda dei ricorso reciprocamente escludenti». In realtà, il rilievo non è risolutivo, giacché quanto la Corte di giustizia richiama della sentenza *Hackermüller* è che «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». Quanto non significa equiparare la vicenda processuale all'interno della quale il difetto dei requisiti di partecipazione alla procedura di gara è rilevabile d'ufficio (*Hackermüller*) alla differente ipotesi in cui quel rilievo è inserito all'interno del processo per mezzo di un ricorso incidentale (*Fastweb*) ai fini di verificare il soddisfacimento delle condizioni dell'azione, come codificate all'art. 1, paragrafo n. 3, della direttiva n. 665/1989/CE.

⁸⁹ Corte di giustizia, 4/7/2013, causa C-100/12.

blica), in accoglimento del ricorso incidentale del controinteressato avente natura impugnatoria (quantunque funzione di eccezione processuale). Così che, in questo differente caso, la legittimazione processuale (riconosciuta ai soli partecipanti alla gara) sussisteva in capo al ricorrente principale, senz'altro, al momento dell'instaurazione del giudizio (egli è stato uno dei concorrenti all'aggiudicazione dell'appalto, sino a che il giudice l'ha estromesso dalla gara). Quanto era sufficiente a soddisfare il requisito della legittimazione processuale, definito dalla norma comunitaria (la direttiva n. 89/665/CEE) anche con riguardo a una situazione transeunte (*«sia stato o rischi di essere lesa»*).

Vero è che, in questo modo, si differenzia l'effettività della tutela giurisdizionale (in Italia e in Austria) a seconda di come è strutturata, nei differenti ordinamenti processuali degli Stati membri, la possibilità di contestare il diritto del ricorrente principale di partecipare alla gara (con accertamento incidentale, in un caso, e con sentenza costitutiva, nell'altro).

Ma questo è, appunto, l'effetto di ciò (l'autonomia processuale degli Stati membri) che costituisce il principale argomento dei critici della giurisprudenza comunitaria e che, in effetti, impedisce (per il vincolo discendente dal principio delle competenze di attribuzione ex art. 5 TUE) di realizzare un diritto processuale uniforme sugli appalti comunitari, potendo, al più, il diritto UE conformare (negli aspetti che non siano già stati esaustivamente disciplinati dalle norme comunitarie di ravvicinamento delle legislazioni nazionali) quel diritto autarchico ai due principi *Reme* (di effettività e di non discriminazione).

Quanto la Corte di giustizia (nella definizione delle condizioni dell'azione) non ha mai ritenuto di fare con riguardo al tema del ricorso incidentale escludente nel processo sugli appalti pubblici, nonostante le sollecitazioni dei nostri giudici nazionali, nell'insistente richiamo, nelle ripetute ordinanze di rinvio, alle due contrastanti tensioni (autonomia processuale/effettività) che mantengono in equilibrio l'instabile rapporto tra gli ordinamenti processuali nazionali nella definizione dell'Unione europea come comunità di diritto.

1.6. La resilienza nazionale

L'Adunanza plenaria non si è, tuttavia, arresa, e con la sentenza n. 9/2014 ha statuito che *«la sentenza Fastweb, una volta investita da parte del giudice a quo (sebbene in violazione della vincolante regola processuale che impone un rigido ordine di esame delle questioni), di una fattispecie all'interno della quale era stata accertata in concreto l'illegittimità di entrambe le offerte, non ha potuto fare a meno di somministrare la concreta regula iuris costruendola come una evidente eccezione al compendio delle norme e dei principi di sistema. Tanto è vero questo che ha limitato la possibilità dell'esame congiunto del ricorso incidentale e principale alle stringenti condizioni che: I) si versi all'interno del medesimo procedimento; II) gli operatori rimasti in gara siano solo due; III) il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe»*⁹⁰.

⁹⁰ Consiglio di Stato, Ad. plen., 25/2/2014, n. 9.

In questo modo l'Adunanza plenaria ha ridimensionato il principio espresso dalla Corte di giustizia, affermando la sua applicabilità esclusivamente a censure simmetricamente escludenti, quando cioè con i due ricorsi (principale e incidentale) si censurano le due offerte in gara per vizi emersi nella medesima fase della procedura di evidenza pubblica.

A questa conclusione l'Adunanza plenaria è stata indotta, principalmente, dalla sottovalutazione del diritto positivo (la direttiva n. 89/665/CEE), avendo essa erroneamente ritenuto di dovere applicare una «particolare *regula iuris* introdotta dalla sentenza della Corte di giustizia», in un settore ove primeggerebbe altrimenti «il principio di autonomia processuale nazionale»⁹¹, rispetto al quale bisognerebbe dunque valutare soltanto se siano stati «superati i limiti della non discriminazione e dell'effettività della tutela»⁹².

Ma non è, all'evidenza, così⁹³.

1.7. La sentenza *Puligienica*, nell'interpretazione dei giudici nazionali

Si è, perciò, reso necessario un intervento chiarificatore della Corte di giustizia, che, invero, nella sentenza *Puligienica*⁹⁴ ha statuito che «Il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale che risulta dalla sentenza *Fastweb*».

In esito al pronunciamento della Corte di giustizia, il Consiglio di Stato ha, tuttavia ritenuto che «l'esegesi del suddetto principio di diritto, per quanto formulato in termini generali e con un lessico che non sembra ammettere eccezioni, dev'essere condotta tenuto conto della fattispecie esaminata [dove] alla gara avevano partecipato anche altre imprese e che, tuttavia, quelle rimaste estranee al giudizio erano state escluse con provvedimenti rimasti inoppugnati, con i corollari che i relativi effetti espulsivi avevano ormai consolidato i loro effetti giuridici, che le imprese rimaste in gara erano, quindi, sostanzialmente due e che, di conseguenza, l'eventuale accoglimento del ricorso principale avrebbe, in ogni caso, soddisfatto l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara e, quindi, alla conservazione di una chance di aggiudicazione dell'appalto controverso»⁹⁵.

In effetti, il rinvio pregiudiziale del giudice nazionale era mal posto: il fatto che tutte le imprese (diverse dalle due coinvolte nel giudizio) fossero state escluse dalla

⁹¹ Consiglio di Stato, Ad. plen., 25/2/2014, n. 9.

⁹² Consiglio di Stato, Ad. plen., 25/2/2014, n. 9.

⁹³ In realtà, l'affermazione potrebbe anche essere corretta, con riferimento alla particolare vicenda in contenzioso (estranea alla materia degli appalti regolati dalla direttiva n. 89/665/CEE), ma è senz'altro errata se riferita al settore degli appalti pubblici, in relazione al quale la Corte di giustizia si è pronunciata nella sentenza *Fastweb*. Invero, l'Adunanza plenaria ha qui richiamato la sentenza *Fastweb* a regolare un rapporto processuale dove si controverteva dell'aggiudicazione di una concessione demaniale.

⁹⁴ Corte di giustizia, 5/4/2016, causa C-689/13.

⁹⁵ Consiglio di Stato, Sez. III, 27/8/2016, n. 3708.

gara rendeva la vicenda *Puligienica* in tutto e per tutto equivalente a quella *Fastweb*⁹⁶. Nondimeno, il principio affermato dalla Corte di giustizia non era obiettivamente (e non lo era con chiara evidenza) condizionato dalla singolarità della vicenda contenziosa, essendo, appunto, la statuizione del giudice comunitario tranciante («*con un lessico che non sembra ammettere eccezioni*»): l'assoluta irrilevanza del numero dei partecipanti alla gara ai fini dell'applicazione del principio *Fastweb* di inammissibilità dei ricorsi incidentali escludenti.

Quanto induce i critici⁹⁷ ad affermare che la Corte di giustizia abbia, in questo modo, voluto innestare nel nostro processo «*un significativo frammento di giurisdizione di diritto oggettivo*» attraverso il «*grimaldello concettuale*» dell'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE⁹⁸, così però attribuendo al giudice comunitario un ruolo nomopoietico (meglio: un margine discrezionale di interpretazione valutativa) che esso assume piuttosto nell'applicazione di indefiniti principi a conformazione dell'autonomia processuale, ma certo non nella piana interpretazione di una norma a contenuto analitico approvata dalle istituzioni comunitarie al fine del ravvicinamento delle legislazioni nazionali, qual è l'art. 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE nell'attribuzione della legittimazione al ricorso a «*chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione*».

1.8. La sentenza *Puligienica*, nell'interpretazione del giudice della nomofilia comunitaria

In seguito, la Corte di giustizia è intervenuta sulla questione della legittimazione processuale delle imprese escluse dalla gara nella causa *BTG*⁹⁹, con la quale essa ha chiarito la portata delle sentenze *Fastweb*¹⁰⁰ e *Puligienica*¹⁰¹, precisando che l'art. 1 della direttiva 89/665/CEE «*deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa*».

⁹⁶ A. SQUAZZONI, *Sul necessario esame delle censure escludenti incrociate*, cit., 807.

⁹⁷ L. BERTONAZZI, *Ordine di esame delle censure escludenti incrociate nelle controversie relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: la precisazione dell'effettiva portata applicativa della c.d. sentenza Puligienica*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1206, afferma che la sentenza *Puligienica* «*incorre nelle stesse gravi pecche già evidenziate in relazione alla sentenza Fastweb: motivazione impalpabile ai limiti dell'inesistente, contraddizione immotivata rispetto alla sentenza Hackermüller (19 giugno 2003, C-249/01), radicale contrasto con la definizione normativa di "offerenti interessati" (art. 2-bis, par. 2, secondo comma delle direttive ricorsi e 4° considerando della direttiva 2007/66/CE)*».

⁹⁸ M. SILVESTRI, *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 937 e 968.

⁹⁹ Corte di giustizia, 21/12/2016, causa C-355/15.

¹⁰⁰ Corte di giustizia, 4/7/2013, causa C-100/12.

¹⁰¹ Corte di giustizia, 5/4/2016, causa C-689/13.

Come poi preciserà la Corte di giustizia nella sentenza *Archus*¹⁰², quella differente conclusione si giustificava in ragione del fatto che «*la decisione di esclusione di tale offerente è stata confermata da una decisione che ha acquisito autorità di cosa giudicata prima che il giudice investito del ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto statuisse, in modo tale che detto offerente doveva essere considerato definitivamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione*».

Il discrimine è, dunque, tra pronunce costitutive che («*secundum eventus litis*») privano il ricorrente di una situazione giuridica di vantaggio (l'ammissione alla gara) che egli aveva al momento dell'instaurazione del giudizio, com'è stato nelle sentenze *Fastweb*¹⁰³ e *Puligienica*¹⁰⁴, e accertamenti incidentali dell'inesistenza sin dall'origine, di uno specifico rapporto del ricorrente con la gara d'appalto, com'è appunto stato nelle sentenze *Hackermüller*¹⁰⁵ e *BTG*¹⁰⁶.

Donde, l'assoluta coerenza della giurisprudenza della Corte di giustizia, a condizione che si individui il filo conduttore tra pronunce solo apparentemente contraddittorie: la verifica della sussistenza delle condizioni dell'azione solo al momento dell'instaurazione del giudizio (ciò che consente di declinarle, «*secundum eventus litis*», anche con riferimento al passato), secondo quanto prescritto dall'art. 1 della direttiva 89/665/CEE, nell'affermazione del diritto di agire in giudizio di «*chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione*».

1.9. La sentenza *Lombardi*

L'Adunanza plenaria ha, nondimeno, di nuovo investito la Corte di giustizia della questione, chiedendole se la sua giurisprudenza (come, appunto, definita attraverso le sentenze *Fastweb*, *Puligienica*, *BTG* e *Archus*) consentisse «*al Giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri ... un margine di valutazione in ordine all'accertamento della reale sussistenza in concreto di un interesse sia pure strumentale del ricorrente principale [nel] rispetto dei principi cardine degli ordinamenti nazionali in materia processuale – e quindi con l'autonomia processuale loro costantemente riconosciuta dalla Corte di giustizia – ... che configurano il ricorso al giudice amministrativo come ricorso nell'interesse di una parte e mai come ricorso volto al rispetto formale delle regole, a prescindere da ogni interesse*»¹⁰⁷.

Come dinanzi precisato, qui l'autonomia processuale degli Stati membri è richiamata a sproposito (dovendosi piuttosto verificare la latitudine della «*competenza ... in merito alla forma e ai mezzi*» ex art. 288 TFUE). Da ciò la necessità per la Corte

¹⁰² Corte di giustizia, 11/5/2017, causa C-131/16.

¹⁰³ A. SQUAZZONI, *Sul necessario esame delle censure escludenti incrociate*, cit., 807.

¹⁰⁴ Corte di giustizia, 5/4/2016, causa C-689/13.

¹⁰⁵ Corte di giustizia, 5/4/2016, causa C-689/13.

¹⁰⁶ Corte di giustizia, 21/12/2016, causa C-355/15.

¹⁰⁷ Consiglio di Stato, Ad. plen., 11/5/2018, n. 6.

di giustizia di riformulare il quesito con riguardo all'interpretazione dell'art. 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE.

Così riformulato il quesito, la Corte di giustizia nella sentenza *Lombardi*¹⁰⁸ ha definito la questione, con la tranciante affermazione che «*la ricevibilità del ricorso principale non può – a pena di pregiudicare l'effetto utile della direttiva 89/665 – essere subordinata alla previa constatazione che tutte le offerte classificate alle spalle di quella dell'offerente autore di detto ricorso sono anch'esse irregolari. Tale ricevibilità non può neppure essere subordinata alla condizione che il suddetto offerente fornisca la prova del fatto che l'amministrazione aggiudicatrice sarà indotta a ripetere la procedura di affidamento di appalto pubblico. L'esistenza di una possibilità siffatta deve essere considerata in proposito sufficiente [sicché] l'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi*».

Ancorché il chiarimento della Corte di giustizia sia ora insuscettibile di altri fraintendimenti¹⁰⁹, l'incertezza (meglio, la volontà di non adeguarsi) permane nella giurisprudenza nazionale.

Tant'è che la Corte di cassazione ha, da ultimo, ritenuto di intervenire a rimediare a «*un caso eclatante di "disobbedienza" ai dicta della Corte di giustizia*»¹¹⁰, attivando il controllo ex art. 111 della Costituzione sul superamento dei limiti esterni della giurisdizione, nel rifiuto del Consiglio di Stato di adeguarsi alla giurisprudenza comunitaria sull'incompatibilità della prassi giurisprudenziale del ricorso incidentale escludente con il disposto dell'art. 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE¹¹¹, coinvolgendo nello scontro con il giudice della nomofilachia amministrativa la Corte di giustizia in ordine alla «*compatibilità della decisione assunta dal Consiglio di Stato con i principi del diritto dell'Unione, più volte espressi in materia dalla Corte di giustizia*»¹¹².

È, peraltro, qui evidente l'uso alternativo del rinvio pregiudiziale, volendo la Corte di cassazione non già ottenere un chiarimento dalla Corte di giustizia sulla sua giurisprudenza (già oltremodo chiara), bensì piuttosto costringere la Corte co-

¹⁰⁸ Corte di giustizia, 5/9/2019, causa C-333/18.

¹⁰⁹ D. CAPOTORTO, *Le condizioni dell'azione*, cit., 669.

¹¹⁰ B. NASCIBENE e P. PIVA, *Il rinvio della Corte di cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in www.giustiziainsieme.it, 2021.

¹¹¹ Si esprime al riguardo in senso critico, M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2020, 678 ss., sul rilievo che la Cassazione avrebbe inteso svolgere un inammissibile ruolo correttivo delle sentenze dei giudici amministrativi, potendo essa semmai assumere un ruolo di supplenza a garanzia degli standard minimi di effettività della tutela giurisdizionale imposti dal diritto UE, quanto sarebbe da escludere nella situazione contenziosa.

¹¹² Corte di cassazione, Sez. un., 18/9/2020, n. 19598.

stituzionale a riconoscerle il ruolo di supremo garante della legalità comunitaria nell'ordinamento interno¹¹³.

1.10. La legittimazione processuale nei settori non armonizzati

Con riguardo ai processi non armonizzati, la giurisprudenza della Corte di giustizia è nel senso che, «*sebbene spetti, in linea di principio, al diritto nazionale determinare la legittimazione e l'interesse ad agire di un singolo, il diritto dell'Unione esige tuttavia che la normativa nazionale non leda il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva ... conformemente all'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE*»¹¹⁴.

Si rispande, dunque, in questi ambiti l'autonomia procedurale degli Stati membri, che riacquistano qui l'ampia latitudine di scegliersi liberamente le regole processuali (e, quindi, la possibilità di individuare autonomamente le condizioni dell'azione), con il solo limite di non rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione.

La Corte di giustizia, nella sentenza *Unibel*¹¹⁵, ha, quindi, statuito che «*il principio di tutela giurisdizionale effettiva non richiede, in quanto tale, l'esistenza di un ricorso autonomo diretto, in via principale, a contestare la conformità di disposizioni nazionali con norme comunitarie ... qualora altri rimedi giurisdizionali effettivi, non meno favorevoli di quelli che disciplinano azioni nazionali simili, consentano di valutare in via incidentale una tale conformità*». Ciò ancorché questo possa costringere un soggetto a violare una norma nazionale (e a esporsi al rischio di essere sanzionato per questa sua condotta), per potere poi impugnare il provvedimento sanzionatorio e, in quel giudizio, finalmente far valere il contrasto della norma nazionale violata con la norma UE¹¹⁶. E, dunque, con un risultato non del tutto appagante in termini di effettività della tutela giurisdizionale (con un *deficit* di tutela che si ritiene tuttavia colmato dalla concorrente possibilità di agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno provocato dalla misura anticomunitaria o di impugnare il provvedimento amministrativo di rifiuto di acconsentire una specifica deroga alla disciplina legale, così che la ribellione alla norma nazionale è una delle possibilità, non l'unica, per fare emergere il contrasto con la norma UE).

Per il medesimo rigoroso rispetto dell'autonomia processuale degli Stati membri, nella sentenza *Safalero*¹¹⁷, con riguardo all'impossibilità di «*un soggetto, interessato diret-*

¹¹³ Corte costituzionale, 18/1/2018 n. 6, ove è affermato che «*La tesi che il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, previsto dall'ottavo comma dell'art. 111 Cost. avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, comprenda anche il sindacato su errores in procedendo o in indicando non può qualificarsi come una interpretazione evolutiva, poiché non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale*».

¹¹⁴ Corte di giustizia, 21/11/2019, causa C-379/18, *Deutsche Luftbansa*.

¹¹⁵ Corte di giustizia, 13/3/2007, causa C-432/05.

¹¹⁶ L'Avvocato Generale F. Jacobs nella sue conclusioni nella causa C-50/00 ha criticato questa conclusione, giacché «*Il fatto che un privato cittadino pregiudicato da un atto comunitario possa, in taluni casi, contestarne la validità dinanzi a un giudice nazionale, violando le disposizioni contenute nell'atto stesso ed eccependo l'illegittimità di tali disposizioni come argomento difensivo in un procedimento civile o penale nel quale egli sia parte convenuta, non offre un adeguato strumento di tutela giurisdizionale [perché] E' evidente che non si può chiedere ai singoli di violare la legge per avere accesso alla giustizia*».

¹¹⁷ Corte di giustizia, 19/3/2015, causa C-13/01.

tamente ed individualmente da un provvedimento adottato dalla pubblica amministrazione, di proporre ricorso giurisdizionale nel caso in cui il provvedimento stesso è stato preso nei confronti di altre persone»¹¹⁸, la Corte di giustizia, ha, del pari, escluso che fosse violato il principio di effettività, individuando un adeguato livello di tutela giurisdizionale nella circostanza che il terzo potesse, comunque, in un differente giudizio riguardante un analogo provvedimento, «ottenere che sia dichiarata giudizialmente l'incompatibilità della detta disposizione con il diritto comunitario». Ciò quantunque l'Avvocato Generale Stix-Hackl avesse obiettato che in questo modo si sarebbe fatto dipendere l'esercizio dei diritti di un soggetto dal «beneplacito del destinatario diretto [del provvedimento] ossia alla volontà di quest'ultimo di proporre o meno un ricorso»¹¹⁹. E, quindi, anche in questo caso sacrificando il perseguimento di un maggiore gradiente di effettività al rispetto dell'autonomia processuale degli Stati membri.

Nella sentenza *Verholen*¹²⁰ la Corte di giustizia ha, invece, imposto il riconoscimento della legittimazione processuale a un soggetto leso solo di riflesso da una disposizione nazionale discriminatoria in contrasto con una norma UE volta a tutelare soggetti terzi rispetto a quello che agisce in giudizio (nel caso controverso, il marito subiva un pregiudizio pensionistico in ragione di una discriminazione di cui era vittima la moglie). E ciò nella constatazione che il soggetto (la moglie) direttamente leso dalla norma discriminatoria fosse altrimenti privo di una sua situazione giuridica soggettiva che lo legittimasse a far valere in proprio la discriminazione subita. Donde, l'estensione della legittimazione processuale al soggetto (il marito) indirettamente leso, a evitare la violazione del fondamentale «principio del diritto al giudice»¹²¹, nel richiamo alle sentenze *Johnston*¹²² e *Heylens*¹²³. Quanto, tuttavia, induce la Corte di giustizia a compendiare le due condizioni dell'azione (legittimazione e interesse) nel solo «interesse diretto all'osservanza del principio di non discriminazione per le persone tutelate»¹²⁴.

Ciò che, poi, condurrà la Corte di giustizia ad affermare, nella sentenza *Rete Lenford*¹²⁵, la legittimazione processuale di un'associazione a tutelare giudizialmente la violazione di una norma UE, quantunque con riferimento a un contenzioso all'interno del quale «non sia identificabile una persona lesa», essendosi la condotta discriminatoria limitata a un generico intento privo di alcuna concretezza, assumendo piuttosto la dichiarazione giudizialmente contrastata il contenuto di una «raggelante battuta omofoba»¹²⁶. Rendendo, in questo modo, ancora più evanescente il collegamento della legittimazione processuale con una concreta situazione giuridica soggettiva

¹¹⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale C. Stix-Hackl nella causa C-13/01.

¹¹⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale C. Stix-Hackl nella causa C-13/01.

¹²⁰ Corte di giustizia, 11/7/1991, cause riunite C-87/90, C-88/90, C-89/90.

¹²¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Damon nella cause riunite C-87/90, C-88/90, C-89/90.

¹²² Corte di giustizia, 15/5/1986, causa 222/84.

¹²³ Corte di giustizia, 15/10/1987, causa 222/86.

¹²⁴ Corte di giustizia, 11/7/1991, cause riunite C-87/90, C-88/90, C-89/90, *Verholen*.

¹²⁵ Corte di giustizia, 23/4/2020, causa C-507/18.

¹²⁶ Così si legge nelle conclusioni dell'Avvocato Generale E. Sharpston nella causa C-507/18, che al proposito ha scritto di «parole alate», a intendere che le parole viaggiano veloci e si diffondono rapidamente, in tal modo finendo con l'essere esse stesse pregiudizievoli.

lesa. Quanto parrebbe in sintonia con l'affermazione di una «presunzione relativa in base alla quale, prima o poi, il potenziale datore di lavoro desidererà effettuare delle assunzioni e, quando lo farà, applicherà il criterio discriminatorio che ha annunciato pubblicamente come facente parte della sua politica di assunzione», di cui aveva scritto l'Avvocato Generale Sharpston¹²⁷.

Volendo, dunque, fare sintesi: nei processi non armonizzati (differenti da quelli sugli appalti pubblici), la giurisprudenza della Corte di giustizia è risolta nel rispettare le norme processuali nazionali che individuano le due note condizioni dell'azione (legittimazione processuale e interesse), derogando da questo sua naturale moderazione solo nelle eccezionali ipotesi in cui la situazione giuridica soggettiva lesa rischi altrimenti di restare priva di adeguata tutela giurisdizionale (*Verbo-len*¹²⁸) o la violazione del precetto contenuto nella norma UE privo di adeguata sanzione (*Rete Lenford*¹²⁹).

Quanto corrisponde alla migliore applicazione del principio di effettività (a conformare l'autonomia processuale degli Stati membri), nella sua duplice prospettiva di effettività della tutela giurisdizionale e di effettività del diritto UE.

1.11. Il problema della legittimazione processuale con riguardo agli atti di amministrazione diretta

L'art. 230 TCE statuiva che «Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre ... un ricorso contro le decisioni prese nei suoi confronti e contro le decisioni che, pur apparendo come un regolamento o una decisione presa nei confronti di altre persone, la riguardano direttamente ed individualmente»¹³⁰.

L'individuazione del significato da attribuire all'avverbio «*direttamente*» non ha dato luogo a questioni interpretative. La giurisprudenza della Corte di giustizia è, infatti, costante nell'affermare che «*perché incida direttamente su un singolo occorre che il provvedimento comunitario contestato produca direttamente effetti sulla sua situazione giuridica e non lasci alcun potere discrezionale ai destinatari del provvedimento stesso incaricati della sua applicazione, applicazione avente carattere meramente automatico e derivante dalla sola normativa comunitaria senza intervento di altre norme intermedie*»¹³¹.

Con riferimento, invece, all'altro avverbio («*individualmente*»), la Corte di giustizia

¹²⁷ Così si legge nelle conclusioni dell'Avvocato Generale E. Sharpston nella causa C-507/18.

¹²⁸ Corte di giustizia, 11/7/1991, cause riunite C-87/90, C-88/90, C-89/90.

¹²⁹ Corte di giustizia, 23/4/2020, causa C-507/18.

¹³⁰ P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de L'Union européenne*, Parigi, 2001, 560, sostiene che il divieto di impugnazione degli atti regolamentari è giustificato dal fatto che «*faute d'un pouvoir législatif nettement distinct, les autorités communautaires exercent en fait un pouvoir mi-législatif, mi-règlementaire et le contrôle de la conformité des règlements au traité est pratiquement équivalent à un contrôle de la constitutionnalité d'actes quasi-législatifs*». C. AMALFITANO, *La protezione giurisdizionale dei ricorrenti non privilegiati nel sistema comunitario*, in Dir. Un. eur., 2003, 15, sostiene, invece, che l'obiettivo della norma era quello di evitare un carico eccessivo di lavoro per il giudice comunitario.

¹³¹ Corte di giustizia, 5/5/1998, causa C-386/96.

nella sentenza *Plaumann*¹³² ha affermato che «Chi non sia destinatario di una decisione può sostenere che questa lo riguarda individualmente soltanto qualora il provvedimento lo tocchi a causa di determinate qualità personali, ovvero di particolari circostanze atte a distinguerlo dalla generalità, e quindi lo identifichi alla stessa stregua dei destinatari».

La formula *Plaumann* è stata avvertita come inutilmente limitativa della possibilità per i singoli di impugnare atti comunitari, in antitesi con le esigenze di una protezione giudiziaria effettiva¹³³.

Nella oramai celebre sentenza *Jégo-Quéré*¹³⁴, il Tribunale UE, quantunque escludendo che il ricorrente fosse individualmente interessato da un provvedimento comunitario (secondo la formula *Plaumann*), aveva comunque affermato che fosse «giocoforza concludere che i procedimenti previsti agli artt. [267 TFUE], da un lato, e [268 TFUE] e [340 TFUE], secondo comma, dall'altro, non possono più essere considerati, alla luce degli artt. 6 e 13 della CEDU e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, idonei a garantire ai singoli un diritto di azione effettivo che permetta loro di contestare la legittimità di disposizioni comunitarie di portata generale direttamente incidenti sulla loro sfera giuridica»; donde la necessità di «riconsiderare l'interpretazione restrittiva, sinora adottata, della nozione di persona individualmente interessata da una decisione ai sensi dell'art. [263 TFUE], quarto comma», concludendo che, «al fine di garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei singoli, una persona fisica o giuridica deve ritenersi individualmente interessata da una disposizione comunitaria di portata generale che la riguarda direttamente, ove la disposizione di cui trattasi incida, in maniera certa ed attuale, sulla sua sfera giuridica limitando i suoi diritti ovvero imponendole obblighi».

Quella sentenza fu però riformata in appello dalla Corte di giustizia¹³⁵, che ribadì il tradizionale canone interpretativo della formula *Plaumann*, secondo il quale «un atto di portata generale può riguardare individualmente persone fisiche o giuridiche solo se esse sono colpite in ragione di determinate qualità loro peculiari o di una circostanza di fatto che le distingue da chiunque altro e, conseguentemente, le identifichi in modo analogo al destinatario».

¹³² Corte di giustizia, 15/7/1963, causa 25/62.

¹³³ L. CALZOLARI, *La nozione di "atti regolamentari" ex art. 263 quarto comma TFUE nelle prime sentenze del Tribunale dell'Unione europea*, Dir. Un. eur., 2012, 527, il quale individua «Il momento di maggior tensione ... nei celebri casi UPA e *Jégo-Quéré*, nei quali, rispettivamente l'Avvocato Generale Jacobs e il Tribunale hanno sostenuto che gli allora artt. 230 CE e 234 CE non fornissero affatto agli individui una tutela giurisdizionale adeguata ed effettiva».

¹³⁴ Tribunale UE, 3/5/2002, causa T-177/01.

¹³⁵ Corte di giustizia, 1/4/2004, causa C-263/02, con l'adesione dell'Avvocato Generale F. Jacobs, il quale, tuttavia, pur arrendendosi di fronte all'esito (non condiviso) cui era giunta la Corte di giustizia nella sentenza *Unión de Pequeños Agricultores*, non ha trascurato di ribadire la sua posizione critica: «trovo che il criterio restrittivo della legittimazione ad agire attualmente applicabile in base all'art. [263 TFUE], quarto comma, sia altamente problematico. A mio avviso, tale criterio fa sorgere un rischio effettivo che i singoli vengano privati di qualsiasi strumento soddisfacente per contestare di fronte ad un giudice competente la validità di un atto comunitario di portata generale e autoesecutivo. Può rivelarsi impossibile per i singoli riuscire ad adire un giudice nazionale (che comunque non è competente a pronunciarsi sulla validità dell'atto) se non violando la legge con la prospettiva che procedimenti penali (o esecutivi di altro genere) vengano quindi promossi nei loro confronti, ove il giudice nazionale possa giungere al convincimento della necessità di rinviare alla Corte la questione della validità dell'atto stesso. Oltre ai diversi inconvenienti pratici che si possono incontrare nel proporre un rinvio nell'ambito di un procedimento penale, questo cammino processuale espone i singoli interessati ad un intollerabile cumulo di rischi».

Si è scritto al proposito di una «controriforma»¹³⁶.

Questo ha condotto, dapprima, alla critica di quel criterio di legittimazione processuale ritenuto eccessivamente selettivo¹³⁷, quindi al suo allentamento con riguardo a quei regolamenti che, in realtà, costituivano «*faisceaux de décisions individuelles*»¹³⁸, e, infine, persino alla riscrittura della norma.

Ora, l'art. 263 TFUE prevede, infatti, che «*Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre ... un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione*». Da un lato, dunque, confermando la formula *Plaumann* con riguardo alle decisioni (agli atti comunitari di amministrazione diretta) e, invece, ammettendo all'impugnazione degli «*atti regolamentari*» chiunque sia da essi direttamente leso.

A impedire l'allentamento dei requisiti di legittimazione processuale rispetto agli atti regolamentari vi è però la tendenza della Corte di giustizia ad ampliare la nozione di «*misura di esecuzione*» (il richiamo delle quali a integrare la fattispecie normativa impedisce l'impugnazione diretta degli atti regolamentari), com'è, ad esempio, stato nella sentenza *Telefónica*¹³⁹, con la quale si è ritenuto che l'attenuazione delle condizioni relative alla legittimazione processuale si giustificasse soltanto nell'obiettivo di «*evitare che un singolo sia costretto a violare la legge per poter accedere al giudice*» (com'è stato, nella sentenza *Unibel*¹⁴⁰), così da escludere che un soggetto possa direttamente impugnare l'atto regolamentare, ogniqualvolta allo stesso faccia seguito un provvedimento amministrativo direttamente impugnabile dinanzi all'autorità giudiziaria nazionale, a prescindere dal fatto che la lesione derivi direttamente dall'atto regolamentare rispetto al quale la misura di esecuzione nazionale consegue come atto vincolato.

Sicché, persiste una certa insoddisfazione rispetto al restringimento della tutela processuale a detrimento della effettività della giurisdizione¹⁴¹, che ancora si avverte quale conseguenza del rigido controllo della legittimazione ad agire, secondo la formula *Plaumann* (mai da allora contraddetta).

¹³⁶ P. MANZINI, *Ricorso di annullamento: riforma e controriforma*, in Dir. Un. eur., 2002, 717.

¹³⁷ L'Avvocato Generale F. Jacobs nella sue conclusioni nella causa C-50/00, riferisce che «*questa giurisprudenza è stata oggetto di numerose critiche [anche] in commenti resi a titolo personale da membri della Corte*». E richiama al proposito, tra gli altri, F. SCHOCKWEILER, *L'accès à la justice dans l'ordre juridique communautaire*, in JTDE, 1996, 6-8; J. MOITINHO DE ALMEIDA, *Le recours en annulation des particuliers (article 173, deuxième alinéa, du traité CE): nouvelles réflexions sur l'expression "la concernant (...) individuellement"*, in AA.VV., *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden, 1995, I, 857-866; G. MANCINI, *The role of the supreme courts at the national and international level: a case study of the Court of Justice of the European Communities*, in AA.VV., *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*, Thessaloniki, 1998, 437-438; K. LENAERTS, *The legal protection of private parties under the EC Treaty: a coherent and complete system of judicial review?*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, 1998, II, 617; A. SAGGIO, *Appunti sulla ricevibilità dei ricorsi d'annullamento proposti da persone fisiche o giuridiche in base all'art. 173, quarto comma, del Trattato CE*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, 1998, II, 903-904.

¹³⁸ Corte di giustizia, 14/12/1962, cause riunite C-41-44/70, *International Fruit*.

¹³⁹ Corte di giustizia, 19/12/2013, causa C-274/12.

¹⁴⁰ Corte di giustizia, 13/3/2007, causa C 432/05.

¹⁴¹ B. MARCHETTI, *Genesi e questioni aperte del diritto amministrativo dell'Unione europea*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2016, 318.

Quanto è avvertito da taluno come inaccettabile anche in relazione all'insistenza della Corte di giustizia ad allentare le condizioni dell'azione dinanzi al giudice nazionale, evidenziando una asimmetria di approccio¹⁴², che è tuttavia tutt'altro che contraddittoria, come risulterà evidente nella sentenza *Unión de Pequeños Agricultores*¹⁴³, essendo piuttosto quella asimmetria congeniale alla sostenibilità dell'architettura dell'intero sistema giudiziario di una comunità di diritto che si sviluppa su due livelli (comunitario e nazionale) interdipendenti, come bene definita nella sentenza *Parti écologiste Les Verts*¹⁴⁴, che ha la sua chiave di volta nella relazione simbiotica tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali¹⁴⁵, chiamati ad applicare le norme UE come giudici comunitari decentrati. Donde, l'errore di chi, invece, ritiene che la giurisprudenza del giudice comunitario sia «*caratterizzata da un percorso frammentario ed ambiguo*»¹⁴⁶.

A ciò si aggiunga l'equivocità della formula «*atti regolamentari*»¹⁴⁷, intesa inizialmente a escludere gli atti legislativi previsti dalla Costituzione europea (che aveva introdotto le categorie della «*legge europea*» e della «*legge quadro*» in sostituzione del tradizionale binomio regolamento/direttiva), e che ora deve intendersi a escludere dal suo perimetro applicativo gli «*atti legislativi*» di cui all'art. 289 TFUE, che hanno indifferentemente la forma di un regolamento, una direttiva o una decisione, ma si distinguono dagli altri atti giuridici vincolanti (gli atti delegati e di esecuzione) dell'Unione solo in virtù della procedura legislativa (ai sensi dell'art. 294 TFUE, l'adozione congiunta da parte del Consiglio e del Parlamento su proposta della Commissione) con cui sono adottati. Così che la nozione di «*atto regolamentare*» che figura nell'art. 263, comma 4, TFUE è costituita dai regolamenti e dalle direttive delegati (art. 290 TFUE) e dai regolamenti, direttive e decisioni di esecuzione (art. 291 TFUE), ancorché sia in ogni caso da escludere l'impugnabilità delle direttive delegate e di esecuzione, che per loro natura necessitano sempre di misure di esecuzione. Vi è, dunque, una sorta di doppio binario che distingue la legittimazione processuale con riferimento agli atti legislativi, che però difficilmente si giustifica in ragione della differente procedura di adozione dei due tipi di atti (legislativi e regolamentari), anche a intendere quella

¹⁴² M.C. ROMANO, *Ordinamento amministrativo europeo, situazioni protette e oggetto del sindacato giurisdizionale*, cit., 130.

¹⁴³ Corte di giustizia, 25/7/2002, causa C-50/00.

¹⁴⁴ Corte di giustizia, 23/4/1986, causa 294/83.

¹⁴⁵ J.H.H. WEILER, *Revisiting Van Gend en Loos: Subjectifying and Objectifying the Individual*, in A. TIZZANO, J. KOKOTT, S. PRECHAL, *50th anniversary of the judgment in Van Gend en Loos 1963-2013: conference proceedings*, Lussemburgo, 2013, 11 ss.

¹⁴⁶ S. MORETTINI, *L'effettività del diritto comunitario ed il processo amministrativo degli Stati membri*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2007, 734.

¹⁴⁷ L. CALZOLARI, *La nozione di "atti regolamentari"*, cit., 530 e 531, riferisce del contrasto in dottrina tra chi sostiene che si voglia in questo modo individuare gli atti delegati (art. 290 TFUE) e di esecuzione (art. 291 TFUE) e chi invece suggerisce una interpretazione più estensiva volta a includere qualsiasi atto che interessi direttamente il singolo e che non comporti misure di esecuzione, e, quindi, anche i regolamenti ex art. 289, comma 3, TFUE, sul rilievo che la giurisprudenza del giudice comunitario sulla legittimazione processuale è sempre stata nell'escludere rilevanza alla forma dell'atto, essendo piuttosto la sostanza a rilevare.

legislativa espressione di una maggiore legittimazione democratica¹⁴⁸, come sostenuto dall'Avvocato Generale Kokott¹⁴⁹.

Sul punto, peraltro, si è espresso il Tribunale UE nella sentenza *Inuit*¹⁵⁰, affermando che «la nozione di “atto regolamentare” ai sensi dell’art. 263, quarto comma, TFUE deve essere interpretata nel senso che include qualsiasi atto di portata generale ad eccezione degli atti legislativi». Di conseguenza, un atto legislativo può essere oggetto di un ricorso di annullamento da parte di una persona fisica o giuridica unicamente se la riguarda direttamente e individualmente, giungendo a questa conclusione (espressamente) all’esito di «un’interpretazione letterale, storica e teleologica di detta disposizione», a valorizzare: (i) il dettato normativo che individua chiaramente tre ipotesi (decisioni prese nei confronti del ricorrente, atti di portata generale che lo riguardano tuttavia direttamente e individualmente e atti regolamentari), così da individuare necessariamente un distinguo all’interno degli atti di portata generale, in modo tale da opporre il termine regolamentare a quello legislativo, in coerenza con il disposto dell’art. 114 TFUE nel riferimento al «ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative»; (ii) la scelta del *Praesidium* della Convenzione di accogliere la formula «atti regolamentari» in luogo di quella proposta di «atti di portata generale», giustificata proprio dall’opportunità di «operare una distinzione tra gli atti legislativi e gli atti regolamentari, adottando un’impostazione restrittiva per i ricorsi proposti dai privati contro gli atti legislativi (per i quali la condizione di riguardare direttamente e individualmente il ricorrente resta d’applicazione)»; (iii) non è consentito al giudice comunitario di estendere la legittimazione processuale a soggetti cui la norma la esclude senza eccedere le proprie competenze.

Quanto ha, poi, ricevuto conferma dalla Corte di giustizia, con la precisazione che «L’adozione di un’interpretazione contraria equivarrebbe a privare di senso la distinzione tra i termini “atti” e “atti regolamentari” delineata dalla seconda e dalla terza parte di frase dell’articolo 263, quarto comma, TFUE»¹⁵¹.

A ogni buon conto, al riguardo vi è altresì da considerare che il rifiuto della Corte di giustizia di superare la formula *Plaumann* si giustifica in ragione degli *obiter dicta* della sentenza *Unión de Pequeños Agricultores*¹⁵², ove significativamente si legge: «la Comunità europea è una comunità di diritto nella quale le relative istituzioni sono soggette al controllo della conformità dei loro atti al Trattato e ai principi generali del diritto di cui fanno parte i diritti fondamentali. Pertanto, i singoli devono poter beneficiare di una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti riconosciuti loro dall’ordinamento giuridico comunitario, poiché il diritto a

¹⁴⁸ E. FONTANA, *Il ricorso di annullamento dei privati nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, 67 e 68.

¹⁴⁹ Osservazioni dell’Avvocato Generale J. Kokott nella causa C-583/11, ove appunto si legge che «Il fatto che al singolo non siano date possibilità semplificate per ricorrere direttamente contro gli atti legislativi è spiegabile in particolare con la legittimità democratica particolarmente forte della legislazione parlamentare. Di conseguenza, la distinzione tra atti legislativi e non legislativi sotto il profilo della tutela giurisdizionale non può essere liquidata come mero formalismo e si fonda invece su una distinzione qualitativa. In molti ordinamenti nazionali le possibilità di ricorso diretto dei singoli contro le leggi approvate dal Parlamento sono inesistenti o limitate».

¹⁵⁰ Tribunale UE, 6/9/2011, causa T-18/10.

¹⁵¹ Corte di giustizia, 3/10/2013, causa C-583/11, *Inuit*.

¹⁵² Corte di giustizia, 25/7/2002, causa C-50/00.

detta tutela fa parte dei principi giuridici generali che derivano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Tale diritto è stato anche sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ... Orbene, mediante gli artt. [263 TFUE] e [277 TFUE], da un lato, e l'art. [267 TFUE], dall'altro, il Trattato ha istituito un sistema completo di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni, affidandolo al giudice comunitario... Nell'ambito di tale sistema, non potendo, a causa dei requisiti di ricevibilità di cui all'art. [263 TFUE], impugnare direttamente atti comunitari di portata generale, le persone fisiche o giuridiche hanno la possibilità, a seconda dei casi, di far valere l'invalidità di tali atti, vuoi in via incidentale in forza dell'art. [277 TFUE], dinanzi al giudice comunitario, vuoi dinanzi ai giudici nazionali e di indurre questi ultimi, che non sono competenti ad accertare direttamente l'invalidità di tali atti ..., a rivolgersi al riguardo alla Corte in via pregiudiziale [art. 267 TFUE]. Pertanto, spetta agli Stati membri prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il rispetto del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva».

Fu, dunque, in ragione del principio di completezza della giurisdizione (della possibilità, dunque, di recuperare altrove il *deficit* di tutela giurisdizionale avvertito a livello comunitario) che la Corte di giustizia non accolse il suggerimento dell'Avvocato Generale Jacobs di riconsiderare la propria giurisprudenza sull'interpretazione dell'interesse individuale, nel senso che «*si dovrebbe ammettere che un soggetto sia considerato individualmente riguardato da un atto comunitario nel caso in cui, in ragione delle circostanze di fatto a lui peculiari, tale atto pregiudichi o possa pregiudicare in modo sostanziale i suoi interessi*»¹⁵³.

Dimodoché, i limiti alla legittimazione all'azione di annullamento in sede comunitaria si giustificano (e si ritengono ammissibili) sulla base dell'assunto che il *deficit* di tutela giudiziale a livello comunitario debba comunque essere recuperato in sede periferica, enfatizzando il ruolo del giudice nazionale quale giudice decentrato del diritto comunitario.

Sicché, la formula *Plaumann* conduce semmai a ridurre, piuttosto che a giustificare, i margini di manovra di una legislazione nazionale (e vieppiù di un'interpretazione giurisprudenziale) che abbia a restringere la legittimazione ad agire di chi si ritenga lesa da provvedimenti viziati per violazione delle norme europee.

Si ritiene, nondimeno, che il risultato di sistema, realizzato attraverso il rinvio pregiudiziale di validità ex art. 267 TFUE, non sia, tuttavia, soddisfacente in termini di effettività della tutela, in ragione del ruolo secondario che il privato assume in un rapporto che si realizza attraverso un dialogo tra giudici, rispetto al quale egli non ha reale possibilità di incidere¹⁵⁴.

Più in generale, sull'opportunità di ampliare il concetto di legittimazione, è anco-

¹⁵³ Conclusioni dell'Avvocato Generale F. Jacobs nella causa C-50/00, ove si legge altresì che «l'atteggiamento restrittivo della Corte nei confronti dei singoli è anomalo, se si considerano la sua giurisprudenza su altri aspetti del controllo giurisdizionale e i recenti sviluppi nella legislazione amministrativa degli Stati membri».

¹⁵⁴ R. MASTROIANNI e A. PEZZA, *Access of individuals to the European Court of Justice of the European Union under the new text of article 263, para 4, TFUE*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 937.

ra una volta utile qui richiamare quanto sostenuto nella causa *Unión de Pequeños Agricultores* dall'Avvocato Generale Jacobs, il quale ha condivisibilmente affermato che una più lasca interpretazione delle condizioni dell'azione «*sposterebbe il centro di gravità del sindacato giurisdizionale dalle questioni di ricevibilità a quelle di merito. Si può convenire sul fatto che il processo legislativo comunitario dovrebbe essere messo al riparo da indebiti interventi dei giudici, ma detta tutela può essere opportunamente garantita applicando criteri sostanziali per l'esercizio del sindacato giurisdizionale che lascino alle istituzioni un adeguato "margine di discrezionalità" nell'esercizio dei propri poteri, anziché applicando rigide regole sulla ricevibilità le quali producono l'effetto di escludere "alla cieca" i ricorrenti senza considerare la fondatezza degli argomenti da essi adottati*»¹⁵⁵.

Quanto (la necessità di spostare il centro di gravità del processo dalle questioni processuali a quelle di merito) vale, a maggior ragione, con riguardo alla legittimazione processuale nel processo nazionale; giacché (come è reso evidente nella sentenza *Unión de Pequeños Agricultores*¹⁵⁶) è demandato proprio agli «*organi decentrati della giurisdizione europea*»¹⁵⁷ di assicurare il fondamentale «*diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo*»¹⁵⁸, recuperando dal basso eventuali deficit di tutela che si siano verificati a livello comunitario.

¹⁵⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale F. Jacobs nella causa C-50/00.

¹⁵⁶ Corte di giustizia, 25/7/2002, causa C-50/00.

¹⁵⁷ R. ADAM e A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, 350.

¹⁵⁸ Corte di giustizia, 15/5/1986, causa 222/84, *Johnston*.

Bibliografia

- ADAM R. e TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010
- AMALFITANO C., *La protezione giurisdizionale dei ricorrenti non privilegiati nel sistema comunitario*, in Dir. Un. eur., 2003
- BACCARINI S., *L'impugnazione incidentale del provvedimento amministrativo tra tradizione e innovazione*, in Dir. proc. amm., 1991
- BACCARINI S., *Processo amministrativo e ordine di esame delle questioni*, in Dir. proc. amm., 2016
- BARBIERI E. M., *Ricorso principale e ricorso incidentale reciprocamente escludenti davanti alla Corte di giustizia*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2012
- BENVENUTI F., *Contraddittorio (dir. amm.)*, in Enc. dir., IX, Milano, 1961
- BERTONAZZI L., *Il ricorso incidentale nei giudizi amministrativi di primo grado relativi a procedure selettive: residue incertezze domestiche e gravi incognite di origine europea*, in Dir. proc. amm., 2014
- BERTONAZZI L., *Ordine di esame delle censure escludenti incrociate nelle controversie relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: la precisazione dell'effettiva portata applicativa della c.d. sentenza Puligenica*, in Dir. proc. amm., 2016
- BERTONAZZI L., *La giurisprudenza in tema di ricorso incidentale escludente*, in Dir. proc. amm., 2020
- CALZOLARI L., *La nozione di "atti regolamentari" ex art. 263 quarto comma TFUE nelle prime sentenze del Tribunale dell'Unione europea*, in Dir. Un. eur., 2012
- CAPONIGRO R., *Il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 2018
- CAPOTORTO D., *Le condizioni dell'azione nel contenzioso amministrativo in materia di appalti: "l'interesse meramente potenziale" nuovo paradigma dell'ordinamento processuale?*, in Dir. proc. amm., 2020
- CARBONE A., *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in Dir. proc. amm., 2014
- CARBONE A., *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicativa*, in Dir. proc. amm., 2013
- CERULLI IRELLI V., *Legittimazione soggettiva e legittimazione oggettiva ad agire*, in Dir. proc. amm., 2014
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale*, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 2014
- D'ANCONA S., *Il rapporto tra ricorso incidentale e ricorso principale fra diritto interno e diritto dell'Unione europea: note a margine delle pronunce della Cass. SS. UU. 21 giugno 2012 e del C.d.S., Sez. III, 30 agosto 2012, n. 4656*, in www.giustamm.it, 2012
- D'ANCONA S., *Riflessioni sul rapporto tra ricorso principale e incidentale alla luce della direttiva ricorsi*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2013
- FONTANA E., *Il ricorso di annullamento dei privati nel Trattato di Lisbona*, in Dir. Un. eur., 2010

- FORDHAM M., *Judicial review handbook*, Londra, 2008
- FERRARA R., *Interesse e legittimazione al ricorso*, in Dig. pubbl., VIII, Torino, 1993
- GAFFURI F., *il ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado: alcune note sulla sua natura e sul rapporto con il ricorso principale*, in Dir. proc. amm., 2009
- GALETTA D. U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale, ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009
- GIANNELLI A., *Il revirement della Plenaria in tema di ricorsi paralizzanti nelle gare a due: le nubi si addensano sulla nozione di interesse strumentale*, in Dir. proc. amm., 2011
- GRECO R., *I profili processuali del ricorso incidentale*, in Dir. proc. amm., 2009
- JACQUÈ P., *Droit institutionnel de L'Union européenne*, Parigi, 2001
- LENAERTS K., *The legal protection of private parties under the EC Treaty: a coherent and complete system of judicial review?*, in Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini, Milano, 1998
- LUBRANO F., *L'impugnazione incidentale nel giudizio amministrativo*, in Rass. dir. pubbl., 1964
- MANCINI G., *The role of the supreme courts at the national and international level: a case study of the Court of Justice of the European Communities*, in AA.VV., *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*, Thessaloniki, 1998
- MANZINI P., *Ricorso di annullamento: riforma e controriforma*, in Dir. Un. eur., 2002
- MARCHETTI B., *Genesi e questioni aperte del diritto amministrativo dell'Unione europea*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2016
- MARINELLI M., *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005.
- MARINELLI M., *Ricorso incidentale e ordine di esame delle questioni (in margine a Cons. Stato, Ad. plen., 10 novembre 2008, n. 11)*, in Dir. proc. amm., 2009
- MASTROIANNI R. e PEZZA A., *Access of individuals to the European Court of Justice of the European Union under the new text of article 263, para 4, TFUE*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2014
- MAZZAMUTO M., *Le Sezioni unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2020
- MOITINHO DE ALMEIDA J., *Le recours en annulation des particuliers (article 173, deuxième alinéa, du traité CE): nouvelles réflexions sur l'expression "la concernant (...) individuelle"*, in AA.VV., *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden, 1995
- MORBIDELLI G., *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1991
- MORETTINI S., *L'effettività del diritto comunitario ed il processo amministrativo degli Stati membri*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2007
- NASCIMBENE B. e PIVA P., *Il rinvio della Corte di cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in www.giustiziasieme.it, 2021
- RANELLETTI O., *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912
- ROMANO M. C., *Ordinamento amministrativo europeo, situazioni protette e oggetto del sindacato giurisdizionale, tra Corte di giustizia e Corti nazionali*, in Dir. amm., 2014
- ROMANO S., *Il diritto pubblico subbiiettivo*, in *Gli scritti del Trattato Orlando*, Milano, 1897, 124

- ROMANO TASSONE A., *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2009
- ROMEO G., *La retorica nella giurisprudenza amministrativa*, in Dir. proc. amm., 2011
- SAGGIO A., *Appunti sulla ricevibilità dei ricorsi d'annullamento proposti da persone fisiche o giuridiche in base all'art. 173, quarto comma, del Trattato CE*, in Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini, Milano, 1998
- SALANDRA A., *la giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904
- SCHOCKWEILER F., *L'accès à la justice dans l'ordre juridique communautaire*, in JTDE, 1996
- SIGISMONDI G., *L'ordine di priorità dell'esame tra ricorso principale e ricorso incidentale: l'Adunanza plenaria alla ricerca di un punto d'equilibrio dopo l'intervento della Corte di giustizia*, in Foro it., 2014
- SILVESTRI M., *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in Dir. proc. amm., 2017
- SPAVENTA S., *La giustizia nell'amministrazione*, Torino, 1949
- SQUAZZONI A., *Sul necessario esame delle censure escludenti incrociate a prescindere dal numero dei concorrenti e dalla differenza tra motivi ad effetto escludente. Il monito (forse tardivo?) della Corte di giustizia*, in Dir. proc. amm., 2016
- TRIMARCHI BANFI F., *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in Dir. proc. amm., 2013
- TROPEA G., *Il ricorso incidentale escludente: illusioni ottiche*, in Dir. proc. amm., 2019
- TROPEA G., *La Plenaria prende posizione sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince*, in Dir. proc. amm., 2009
- VACIRCA G., *Appunti per una nuova disciplina dei ricorsi incidentali*, in Dir. proc. amm., 1986
- VILLATA R., *Legittimazione processuale*, in Enc. giur., XVIII, Roma, 1990
- VILLATA R., *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado (con particolare riguardo alle impugnative delle gare contrattuali)*, in Dir. proc. amm., 2009
- VILLATA R., *Finale di partita?*, in Dir. proc. amm., 2015
- WEILER J.H.H., *Revisiting Van Gend en Loos: Subjectifying and Objectifying the Individual*, in A. TIZZANO, J. KOKOTT, S. PRECHAL, *50th anniversary of the judgment in Van Gend en Loos 1963-2013: conference proceedings*, Lussemburgo, 2013

Giurisprudenza comunitaria

- Corte di giustizia, 14/12/1962, cause riunite 41-44/70, *International Fruit*
- Corte di giustizia, 5/2/1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*
- Corte di giustizia, 15/7/1964, causa 6/64, *Costa-Enel*
- Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76, *Reve*
- Corte di giustizia, 9/3/1978, causa 106/77, *Simmenthal*
- Corte di giustizia, 23/4/1986, causa 294/83, *Parti écologiste Les Verts*
- Corte di giustizia, 15/5/1986, causa 222/84, *Johnston*

Corte di giustizia, 15/10/1987, causa 222/86, *Heylens*
Corte di giustizia, 11/7/1991, cause riunite C-87/90, C-88/90, C-89/90, *Verholen*
Corte di giustizia, 5/5/1998, causa C-386/96, *Dreyfus*
Tribunale UE, 3/5/2002, causa T-177/01, *Jégo-Quééré*
Corte di giustizia, 25/7/2002, causa C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores*
Corte di giustizia, 1/4/2004, causa C-263/02, *Jégo-Quééré*
Corte di giustizia, 13/3/2007, causa C 432/05, *Unibet*
Tribunale UE, 6/9/2011, causa T-18/10, *Inuit*
Corte di giustizia, 4/7/2013, causa C-100/12, *Fastweb*
Corte di giustizia, 3/10/2013, causa C-583/11, *Inuit*
Corte di giustizia, 19/12/2013, causa C-274/12, *Telefónica*
Corte di giustizia, 19/3/2015, causa C-13/01, *Safalero*
Corte di giustizia, 5/4/2016, causa C-689/13, *Puligienica*
Corte di giustizia, 21/12/2016, causa C-355/15, *BTG*
Corte di giustizia, 11/5/2017, causa C-131/16, *Archus*
Corte di giustizia, 5/9/2019, causa C-333/18, *Lombardi*
Corte di giustizia, 21/11/2019, causa C-379/18, *Deutsche Lufthansa*
Corte di giustizia, 23/4/2020, causa C-507/18, *Rete Lenford*

CAPITOLO SECONDO

IL PRINCIPIO DISPOSITIVO

SOMMARIO: 2.1. Il principio dispositivo (la sceverazione). – 2.2. Il principio dispositivo sostanziale (*Dispositionsmaxime*). – 2.3. Il principio dispositivo processuale (*Verhandlungsmaxime*). – 2.4. La sua declinazione nel processo amministrativo. – 2.5. La prospettiva comunitaria. – 2.6. L'interpretazione conforme. – 2.7. Il principio dispositivo con metodo acquisitivo. – 2.8. L'onere della prova nella giurisprudenza della Corte di giustizia e il suo effetto conformativo della norma processuale.

2.1. Il principio dispositivo (la sceverazione)

Già nel processo romano, si distingueva un modello processuale ispirato al principio inquisitorio (le «*cognitio extra ordinem*») da un altro (le «*quaestiones perpetuae*») regolato invece dal principio accusatorio. In un caso (processo inquisitorio), il magistrato era al tempo stesso accusatore e giudice, e procedeva d'ufficio alla ricerca e alla acquisizione delle prove; nell'altro (processo dispositivo) il magistrato partecipava al giudizio come spettatore e arbitro¹.

Col tempo, il distinguo inquisitorio/accusatorio è andato declinandosi, con riguardo al processo civile, nell'alternativa inquisitorio/dispositivo², quali sinonimi di autoritarismo/garantismo³, a seconda che prevalga la logica dell'effettività della norma (a salvaguardia della difesa sociale) piuttosto che la garanzia della giurisdizione (a tutela della libertà della persona)⁴.

In realtà, è difficile superare l'obiezione di chi sostiene che «*le equazioni del tipo "poteri istruttori del giudice=regime autoritario" e "giudice passivo=regime liberale" sono vaghe e generiche e si riducono a slogans polemici privi di valore scientifico*»⁵.

Nondimeno, è, comunque, evidente che il rapporto che la norma processuale realizza tra il giudice e la realtà extraprocessuale (quanto attiene al nucleo essenzia-

¹ B. SANTALUCIA, *Acusatio e inquisitio nel processo penale di età imperiale*, in Riv. dir. romano, 2001, 2.

² V. ANDRIOLI, *Appunti di procedura penale*, Napoli, 1965, 221 ss.

³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, 5 ss. J. MONTERO AROCA, *Il processo civile sociale come strumento di giustizia autoritaria*, in Riv. dir. proc., 2004, 571, sostiene che «*l'aumento dei poteri del giudice in generale e specialmente in materia probatoria non può che essere il riflesso dell'aumento dei poteri dello Stato nella società, aumento che risponde a una concezione autoritaria dello Stato medesimo e, di conseguenza, del ruolo del giudice nel processo civile*».

⁴ E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli, 2008, 95.

⁵ In questo senso, tra gli altri, M. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2006, 452 ss., che contrasta l'affermazione che «*l'attribuzione al giudice di poteri di iniziativa istruttoria implichi l'assunzione di un'ideologia politica antiliberal e sostanzialmente autoritaria o addirittura totalitaria*», sul rilievo risolutivo che «*vi sono stati vari regimi autoritari nei quali il processo civile rimaneva incardinato sul monopolio delle parti rispetto alla conduzione del processo e alla disponibilità dei mezzi di prova ... Per contro, esistono numerosi sistemi democratici nei quali il giudice dispone di ampi poteri istruttori*».

le del principio dispositivo) non è privo di implicazioni ideologiche⁶, giacché impinge sul rapporto tra effettività della norma ed effettività della tutela giurisdizionale, e sulla funzione che si voglia dunque assegnare al processo⁷; giustificandosi il ruolo attivo del giudice (e la conseguente limitazione dell'autonomia del singolo) in ragione della funzionalizzazione del processo al perseguimento di interessi pubblici (e si avverte sin d'ora come questa problematica attenga anche alla definizione del perimetro intangibile dell'autonomia processuale degli Stati membri nel rapporto con l'*effet utile* della norma UE, che sdoppia la funzione del processo nelle due prospettive oggettiva e soggettiva).

Quanto rende necessario definire ciò che si intende ricondurre al principio dispositivo⁸, giacché a esso si riportano concetti differenti⁹: l'esercizio dell'azione («*nemo iudex sine actore*»), l'allegazione dei fatti al fine della definizione dell'oggetto del giudizio («*ne eat iudex extra petita partium*») e l'assolvimento dell'onere della prova («*iudex secundum probata partium decidere debet*»), nel suo duplice aspetto di individuazione delle fonti di prova e di acquisizione della prova al processo¹⁰.

⁶ M. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti*, cit., 469, sostiene che «la decisione se tutti i poteri di iniziativa istruttoria debbano essere conferiti esclusivamente alle parti, o se poteri più o meno ampi di iniziativa istruttoria possano o debbano essere attribuiti anche al giudice, deriva da una scelta di carattere sostanzialmente ideologico. Tuttavia, le ideologie che qui vengono in gioco non sono quelle che ispirano le concezioni politiche generali dominanti nei sistemi in cui di volta in volta il legislatore si occupa della questione. In particolare, non si tratta del contrasto tra ideologie vagamente "liberali" e ideologie genericamente "autoritarie". Il problema va invece collocato in un contesto ideologico assai meno fumoso, che attiene specificamente alle ideologie della funzione del processo civile e della decisione che lo conclude».

⁷ M. R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991, 158, afferma che vi sono «due modi di concepire l'attività dello Stato, che generano due idee contrastanti intorno agli scopi del processo. Secondo l'una esso serve a risolvere conflitti; secondo l'altra serve ad attuare gli orientamenti politici dello Stato ... Queste idee contrastanti (sono) ricche di implicazioni per la scelta dei tipi di processo: mentre l'una preferisce la morfologia dello scontro, l'altra favorisce la morfologia dell'indagine. A differenza di quanto si pensa comunemente, quindi, un processo organizzato attorno all'immagine-chiave dello scontro, ed un altro organizzato attorno all'immagine-chiave dell'indagine non costituiscono, in realtà, alternative strutturali per raggiungere lo stesso obiettivo. Ciascuna di esse è, nella sua forma pura, rivolta ad uno scopo diverso».

⁸ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1950, ora anche in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, I, 18, spiega che «La delimitazione del momento istruttorio nei confronti degli altri momenti (estensione oggettiva) e la reale proporzione tra i poteri delle parti ed i poteri del giudice nell'ambito di tale momento (estensione soggettiva) dipendono da un vario ordine di ragioni; e cioè, quanto alla estensione oggettiva, principalmente dal fatto che l'attività dei soggetti del giudizio trova dei limiti, che chiameremo esterni, nella disponibilità concessa alla ricorrente quanto alla costituzione del giudizio e specialmente quanto al suo oggetto; e, per quanto riguarda l'estensione soggettiva, dal fatto che il giudice trova dei limiti, che chiameremo interni, nella effettiva possibilità concessagli di conoscer e di usare di ogni fatto nel processo ai fini del giudizio».

⁹ T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi Redenti*, Milano, 1951, 716, afferma al proposito che per lungo tempo la dottrina, «di fronte a tipi o prototipi di processi civili di cognizione dove spetta esclusivamente alla parte non soltanto di dedurre in giudizio il preteso diritto, ma anche di allegare i fatti sui quali si basa la propria domanda e perfino, come regola, d'indicare le prove per rappresentarli al giudice [ba] finito per fare di tuttata l'erba un solo fascio»; quanto poi la dottrina sceveratrice ha avuto il merito di evidenziare come non fosse «congruo sistemare assieme o peggio ancora alla rinfusa, per poi pervenire alla formazione di un unico principio, quanto concerne, per dirla con quella dottrina, l'essere padroni dell'oggetto in contesa e (di servirsi) del processo civile, con ciò che invece riguarda la determinazione del materiale di fatto e dei mezzi per provarlo».

¹⁰ E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile*, cit., 113. D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino 2001, 15, riferisce che, nella dottrina più recente, «si è iniziato a distinguere quanto attiene alla tutela giudiziaria nel suo momento iniziale da quanto attiene al modo di esplicazione della tutela giudiziaria, specialmente con riferimento all'istruzione probatoria».

Bisogna, dunque, distinguere¹¹ quanto attiene al principio dispositivo in senso sostanziale (definito dalla dottrina tedesca *Dispositionsmaxime*), inteso quale monopolio delle parti nella devoluzione di una controversia a un giudice (l'esercizio del diritto d'azione) con la delimitazione del suo oggetto (l'allegazione dei fatti giuridicamente rilevanti), dal principio dispositivo in senso processuale (*Verhandlungsmaxime*)¹², che coinvolge invece una tecnicità del processo¹³, che attiene solamente al metodo di acquisizione al processo dei mezzi di prova di quei fatti¹⁴.

Bisogna, in altre parole, distinguere: (i) il principio della domanda (l'instaurazione del processo); (ii) il principio dispositivo in senso stretto (l'allegazione dei fatti e l'offerta delle fonti di prova); (iii) il principio della disponibilità delle prove (la deduzione del mezzo di prova)¹⁵.

Così che si debbono diversamente valorizzare le due massime contenute nel brocardo «*iudex secundum allegata et probata partium decidere debet*»¹⁶, giacché un processo dispositivo (inteso quale processo di parti) può senz'altro rinnegare il principio dell'onere della prova («*secundum probata partium*») senza con ciò abiurare la propria intima natura; quanto invece non gli è consentito di fare (senza con ciò rinnegare il suo tratto genetico) con riferimento al principio dispositivo in senso stretto («*secundum allegata*»), come inteso dalla dottrina sceveratrice con riguardo alla *Dispositionsmaxime*¹⁷.

¹¹ M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria dell'utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1962, I, 306, afferma «la necessità di distinguere, nonostante le influenze reciproche, le norme e i doveri e i poteri e soprattutto gli atti che si riferiscono al momento della richiesta della tutela dell'interesse materiale dedotto in giudizio, dalle norme, dai poteri e doveri e in particolare dagli atti riferentisi, invece, alla tecnica e struttura del procedimento».

¹² G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, Padova, 2007, I, 267 e 268, riferisce che «sulla scia della dottrina tedesca formatasi alla fine del XIX secolo, anche presso di noi alcuni studiosi hanno cominciato a distinguere tra principio dispositivo in senso stretto o sostanziale (c.d. "Dispositionsmaxime") ed in senso lato o processuale (c.d. "Verhandlungsmaxime"), sostenendo che il primo attiene esclusivamente al potere di proporre la domanda e di allegare i fatti giuridici costitutivi, ed il secondo attiene invece alla organizzazione del processo in essa comprendendosi le iniziative probatorie».

¹³ M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, 607, afferma che «è certamente vero che il "principio dispositivo in senso sostanziale" (*Dispositionsmaxime*) consente soltanto alle parti di avviare il processo e di determinarne l'oggetto, senza che il giudice possa decidere d'ufficio su domande e su eccezioni riservate alle parti, e che il "principio dispositivo in senso processuale" (*Verhandlungsmaxime*) conferisce ai litiganti il potere esclusivo di indicare i fatti e introdurre le prove rilevanti ai fini del *thema probandum*, privando il giudice del potere di supplere *de facto*».

¹⁴ M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, cit., 317.

¹⁵ E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile*, cit., 537.

¹⁶ G. VERDE, *Dispositivo (principio)*, in Enc. giur., XI, Roma, 1989, 1.

¹⁷ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, 2006, I, 106, ritiene che «questo raggruppamento in un unico enunciato di due vincoli diversi è tutt'altro che felice [perché] enunciando i due suddetti vincoli in un'unica proposizione si può determinare l'errato convincimento che essi abbiano il medesimo fondamento logico. Il che non è assolutamente vero, poiché mentre ... il primo vincolo - quello che vincola il giudice *secundum allegata* e che si esprime nella regola o principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato o della disponibilità dell'oggetto del processo - discende come una conseguenza logica necessaria dal principio della domanda e da quello della disponibilità della tutela giurisdizionale e, in definitiva, dalla disponibilità dei diritti, la stessa cosa non può essere detta del secondo vincolo, quello che vincola il giudice alle offerte di prove compiute dalle parti. In realtà, questo secondo vincolo - per il quale si suole parlare di regola o principio della disponibilità delle prove (o, più semplicemente, ma meno univocamente, di principio dispositivo) - non sta, come l'altro, in correlazione con la necessità di lasciare libero il titolare del diritto di scegliere se ed in che limiti chiedere la tutela, ma, presupponendo già compiuta la richiesta di tutela, riguarda solo un limite, per il giudice, nel servirsi di quegli strumenti

Come ebbe a scrivere Calamandrei, «*mentre per l'esercizio dell'azione e per la concreta determinazione del tema della domanda ogni potere di iniziativa riconosciuto al giudice sarebbe incompatibile colla natura stessa del diritto privato, non ugualmente si può dire che il carattere disponibile del rapporto sostanziale controverso porti necessariamente a far dipendere dall'iniziativa di parte la scelta e la messa in opera dei mezzi di prova*»¹⁸.

Quanto trova ora conferma nelle norme processuali, che distinguono, appunto, l'obbligo del giudice di «*pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa*» (art. 112 c.p.c.) e il precetto che impone al giudice di «*porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti*» (art. 115 c.p.c.)¹⁹.

2.2. Il principio dispositivo sostanziale (*Dispositionsmaxime*)

Con riferimento al nucleo essenziale (l'esercizio dell'azione e la definizione dell'oggetto del giudizio) del principio dispositivo, si è scritto che «*I noti broccardi ne eat index ex officio e ne eat index ultra petita partium se rappresentano una conquista della società moderna è proprio perché con essi si riconosce la sfera di autodisponibilità e autore sponsabilità delle parti non solo sul piano sostanziale ma anche sul piano processuale. L'integrità dell'individuo è assicurata, così, non solo nel momento del godimento dei propri interessi ma anche nel momento della loro difesa giudiziale e processuale*»²⁰.

Il principio dispositivo sostanziale è, dunque, espressione della libertà dell'individuo²¹.

Sicché, «*tutto quanto concerne l'utilizzazione dello strumento processo civile non ha a che vedere con la struttura del processo medesimo, bensì attiene direttamente alla tutela ed alla conformazione della tutela che l'ordinamento giuridico assegna agli interessi materiali*»²².

Quel tratto di libertà («*conquista della società moderna*») si esprime, anzitutto, nel

tecniche di convincimento che solo le prove. Si tratta insomma di un vincolo che concerne il modo tecnico con il quale il giudice svolge la sua attività decisoria».

¹⁸ P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1944, ora anche in *Opere giuridiche*, Roma, 2019, IV, 223.

¹⁹ E. GRASSO, in E. ALLORIO, *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 1973, 1303 e 1304, scrivono al proposito che «*il ditterio secundum alligata et probata risulta ... scisso in due regole espresse da norme diverse, che precisano la distinta posizione del giudice di fronte all'allegazione da un lato e alla prova dall'altro*».

²⁰ F. BENVENUTI, *Processo amministrativo (ragioni e struttura)*, in Enc. dir., XXXVI, Milano, 1988, ora anche in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, V, 3971 (l'enfasi è mia).

²¹ In questo senso, nella relazione al codice di procedura civile del 1940 si definì il «*Principio dispositivo, proiezione nel processo del diritto soggettivo*», avvertendo che al proposito «*si tratta non più dei poteri concernenti la direzione e la disciplina del processo, ma di quelli che attengono all'esercizio dell'azione e alla determinazione del tema del dibattito; qui il problema si fa più delicato, perché non è più limitato alla tecnica strumentale del processo, ma incide profondamente nella sostanza del rapporto controverso*». Sicché «*Il principio dispositivo è, in sostanza, la proiezione nel processo dell'autonomia privata nei confini segnati dalla legge, che trova la sua più energica affermazione nella tradizionale figura del diritto soggettivo: fino a che la legislazione sostanziale riconoscerà ... tale autonomia, il principio dispositivo dovrà essere coerentemente mantenuto nel processo civile come insopprimibile espressione del potere riconosciuto ai privati di disporre della propria sfera giuridica. Si sono perciò conservati nel codice (artt. 112 e seguenti) come affermazioni di principio, gli aforismi dell'antica sapienza, ne procedat index ex officio; ne eat index ultra petita partium; index secundum alligata et probata decidere debet*».

²² T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 751 e 752.

rapporto con la pubblica amministrazione, nella facoltà di opporsi a unilaterali atti dispositivi dei diritti dell'individuo che non si giustificano secondo il principio di legalità; ma anche, all'interno del processo, nei confronti del giudice, che, del pari, non può disporre unilateralmente di essi.

Quindi, con il principio dispositivo sostanziale «*si vuole garantire alla parte il potere di perpetuare nel processo il monopolio che l'ordinamento le ha riconosciuto sulla situazione sostanziale (così che temperamenti e/o limitazioni sarebbero in contraddizione con il riconoscimento di questa pienezza di tutela)*»²³.

Il principio dispositivo sostanziale non è, dunque, una tecnica del processo (sostituibile con un'altra), bensì un tratto ineliminabile della libertà, che costituisce un aspetto irrinunciabile di ogni diritto, in forza del quale «*nel processo non può comunque apparire più di quanto [le parti] non vi introducano*»²⁴. Quanto corrisponde a ciò che si legge al proposito del «*Principio dispositivo, proiezione nel processo del diritto soggettivo*» nella relazione al codice di procedura civile, ove si afferma che «*dare al giudice il potere di iniziare d'ufficio una causa che gli interessati vorrebbero evitare, o di giudicare su fatti che le parti non hanno allegati, vorrebbe dire ritogliere in sede processuale quell'autonomia individuale che in sede sostanziale è riconosciuta dal diritto vivente*»²⁵.

Discende da ciò che non si può prescindere dal principio dispositivo sostanziale; perché esso ha lo stesso valore costituzionale del principio di tutela giurisdizionale effettiva (art. 24 Cost.). Questo perché il principio dispositivo sostanziale è la proiezione all'interno del processo di quel medesimo tratto di libertà che all'esterno di esso si declina nell'affermazione di un interesse legittimo, cui l'ordinamento costituzionale assegna ora una sua autonoma rilevanza giuridica, a prescindere dall'interesse pubblico, cui il corretto esercizio di una pubblica potestà è funzionale (quanto era nella abiurata teorica dell'interesse occasionalmente protetto).

Ciò a significare che il principio dispositivo sostanziale (la parte dogmatica di esso coincidente con la *Dispositionsmaxime* della dottrina tedesca) non è, certo, sacrificabile all'*effet utile* della norma UE, giacché la sua violazione determinerebbe il superamento di uno dei controlimiti.

Altro è a dirsi della tecnica (le regole del processo) attraverso la quale si declina in concreto quel principio (caratteristica ineliminabile della libertà).

2.3. Il principio dispositivo processuale (*Verhandlungsmaxime*)

Secondo l'insegnamento di Benvenuti, vi è da distinguere il sistema dispositivo (il rapporto del giudice con la realtà extraprocessuale), dal metodo dispositivo (il rapporto del giudice con la realtà processuale)²⁶.

²³ G. VERDE, *Dispositivo*, cit., 1.

²⁴ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 243.

²⁵ Relazione al codice di procedura civile del 1940.

²⁶ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 174 e 175, distingue il «*sistema istruttorio*», che

Quanto consente di tratteggiare le caratteristiche del processo dispositivo con metodo acquisitivo (il modello del processo amministrativo).

Ciò che qualifica il processo amministrativo come inquisitorio solo per quello che attiene all'«*intervento del giudice sul materiale istruttorio introdotto dalle parti nel processo*»²⁷ e quindi alla conformazione dell'onere della prova all'interno del processo per i fatti che già vi sono stati introdotti dalle parti nell'assolvimento dell'onere dell'allegazione (*Verhandlungmaxime*).

Il metodo, appunto.

Che è altro rispetto al processo inquisitorio (nella sua contrapposizione al processo accusatorio), che individua invece i limiti di disposizione della realtà extraprocessuale da parte del giudice al fine di rappresentare all'interno del processo i fatti giuridicamente rilevanti per la decisione (*Dispositionsmaxime*).

Il sistema, come si è scritto.

La sceverazione consente, infatti, di distinguere i processi dispositivi (processo di parti), nei quali: (1) il conflitto di interessi tra i soggetti in contenzioso sull'esito della controversia è da solo sufficiente a giustificare il ruolo passivo (di spettatore) del giudice all'interno del processo, giacché ciascun contraddittore è spinto dall'interesse proprio a mettere in luce dinanzi al giudice tutte le circostanze che l'altro contraddittore avrebbe interesse a lasciare nel buio (processo dispositivo in senso stretto); (2) l'indisponibilità del rapporto giuridico sostanziale (e dunque il rischio di un uso fraudolento del processo) o l'impossibilità della parte interessata di attingere direttamente alla prova (lo squilibrio di fatto del rapporto processuale) rendono necessario l'intervento officioso del giudice a evitare l'affermazione di una verità processuale ingannevole (sistema dispositivo con metodo acquisitivo)²⁸.

In ragione di ciò, la scelta del metodo processuale (inquisitorio/dispositivo) non risponde a un'esigenza dogmatica (com'è invece per la scelta del sistema); essendo, piuttosto, la sua giustificazione di carattere tecnico: dunque di opportunità legislativa²⁹.

Quanto – come vedremo – è essenziale al fine (che qui interessa) di individuare ciò che l'*effet utile* della norma UE può infrangere del principio dispositivo declinato in concreto nella norma processuale nazionale, senza porsi in contrasto con uno dei controllimiti.

Bisogna, però, al proposito distinguere la «*fonte materiale di prova*» e il «*mezzo istruttorio di quella fonte*», nel senso che occorre «*distinguere tra la fonte materiale di prova, che, cercata e trovata fuori del processo, vi entra per iniziativa o indicazione di chi, appunto, l'ha cercata e trovata, e il mezzo istruttorio di quella fonte, cioè il procedimento, tipizzato dalla legge,*

«*determina la struttura della relazione tra parti e giudice in ordine alla possibilità di intervenire fuori del processo per conoscere e disporre della realtà materiale*», dal «*metodo istruttorio*», che attiene invece alle «*relazioni tra parti e giudice ... nel processo ... in ordine alla necessità di garantire l'attendibilità e la sufficienza della rappresentazione di quella realtà*».

²⁷ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 246.

²⁸ P. CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo inquisitorio*, Padova, 1927, ora anche in *Opere giuridiche*, Roma, 2019, I, 148.

²⁹ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 188.

che, sull'impulso dello stesso soggetto che ha acquisito quella fonte, o di altri, viene svolto per "assumere" al giudizio la fonte medesima³⁰.

Così da definire il confine tra l'area di ciò che attiene al principio dispositivo processuale (*Verhandlungmaxime*) e ciò che, invece, appartiene al principio dispositivo materiale (*Dispositionmaxime*), assegnando a quest'ultimo la sola acquisizione al processo della «fonte materiale di prova» e attribuendo, di contro, alla *Verhandlungmaxime*, la definizione del metodo processuale (di tipo inquisitorio/dispositivo) attraverso il «mezzo istruttorio».

2.4. La sua declinazione nel processo amministrativo

Il nostro processo sull'impugnazione degli atti di esercizio di pubbliche potestà, ancorché coinvolga interessi pubblici, è nondimeno retto dal principio dispositivo (processo di parti); sicché l'oggetto del contenzioso è definito esclusivamente dalle domande e dalle eccezioni svolte dalle parti in giudizio, senza che sia possibile per il giudice pronunciarsi autonomamente su questioni che non gli siano state ritualmente proposte dalle parti stesse, nel rispetto dei termini processuali³¹.

Per di più, mentre nel nostro processo civile il principio dispositivo interessa solo i fatti sui quali è insorta la controversia, sicché il giudice individua autonomamente le norme da applicare alla vicenda in contenzioso secondo il principio «*iura novit curia*», che dunque ne riduce il perimetro³², diversamente, nel processo amministrativo, il principio dispositivo coinvolge anche l'allegazione, e cioè l'individuazione su iniziativa di parte, delle norme che si ritengono violate.

Invero, l'art. 40 c.p.a. prescrive che «*il ricorso deve contenere distintamente ... l'indicazione dell'oggetto della domanda ... l'esposizione sommaria dei fatti [e] i motivi specifici su cui si fonda il ricorso*»; per tali ultimi dovendosi, appunto, intendere le norme che si ritengono violate dal provvedimento della pubblica autorità.

Quanto (la deviazione dalla piana applicazione del principio «*iura novit curia*») parrebbe giustificarsi in ragione del rilievo dogmatico che nel processo amministrativo la definizione dell'oggetto del giudizio (che, per quanto si è scritto sul principio dispositivo sostanziale, appartiene inevitabilmente al dominio esclusivo delle parti del giudizio) «*appare come affermazione di una violazione di una norma (giuridica o di opportunità) commessa mediante un atto amministrativo: pertanto da un lato affermazione dell'esistenza di una norma e di un suo particolare significato, e dall'altro affermazione della*

³⁰ L. MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in Riv. trim. proc. civ., 1978, 195.

³¹ In questo senso, tra gli altri F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 50, secondo il quale «*Il processo amministrativo è ... un vero processo di tipo accusatorio, nel quale vige pienamente il principio della iniziativa di parte*».

³² C. CAVALLINI, *Iura novit curia (Civil Law e Common Law)*, in Riv. dir. proc. 2017, 758, osserva al proposito che «*non vi è dubbio, infatti, che una sorta di "contrapposizione" tra iura novit curia e principio della domanda si venga a delineare, in relazione al divieto di scienza privata del giudice come paradigma del modello dispositivo del processo e dell'esclusiva conformazione dell'oggetto del processo ad opera delle parti*».

*manca di una realtà di fatto prevista dalla norma come presupposto dello spiegamento di determinati effetti*³³; sicché la definizione dell'oggetto del giudizio amministrativo «appare come “rappresentazione” di una realtà di fatto, e in specie del modo di essere di un elemento dell'atto impugnato insieme come “valutazione” circa la sua disformità dalla previsione normativa che lo concerne ... e perciò contemporaneamente si fonda su un giudizio circa l'esistenza, il valore e l'applicabilità alla specie della norma invocata»³⁴.

In breve, si può dunque ritenere che «nel processo amministrativo di impugnazione, il diritto entra quale elemento costitutivo del vizio-motivo e quindi in questa veste si presenta come fatto»³⁵.

In coerenza con questo particolare tratto caratteristico dell'oggetto del giudizio amministrativo, l'art. 6 n. 3 del r.d. 17 agosto 1907, n. 642 disponeva, invero, che il ricorso giurisdizionale dovesse contenere «la esposizione sommaria dei fatti, i motivi su cui si fonda il ricorso, con l'indicazione degli articoli di legge o di regolamento che si ritengono violati e le conclusioni»³⁶.

Sicché, si riteneva (e si deve ritenere tutt'ora) che «In sede di impugnazione di un provvedimento lesivo per la propria sfera giuridica ... il ricorrente non può limitarsi a dedurre un generico contrasto con la normativa di settore ... ma ha l'onere di specificare i vizi da cui sarebbe affetto l'atto impugnato stesso, come ben può evincersi dall'art. 6 n. 3), r.d. 17 agosto 1907 n. 642, dalla “ratio” del processo amministrativo quale processo di parti (che il ricorso non può essere equiparato ad una denuncia, di cui il giudice debba vagliare la fondatezza) e dall'evidente esigenza per cui il processo medesimo non può trasformarsi in un giudizio volto ad investire il giudice dell'esame di tutte le questioni riguardanti la legittimità o meno del provvedimento impugnato»³⁷.

Ciò che non costituisce, tuttavia, abiura, all'interno del processo amministrativo, del principio «*iura novit curia*», bensì una sua peculiare applicazione; dovendosi qui distinguere l'affermazione della fattispecie normativa dalla quale il provvedimento diverge (quanto attiene alla definizione dell'oggetto del contendere e dunque al dominio assoluto del ricorrente nel doveroso rispetto del principio dispositivo sostanziale) dalla sua rappresentazione all'interno del processo, che è invece determinata dall'attività concorrente di tutte le parti del processo: ricorrente, resistente e giudice³⁸. Quanto (in applicazione del principio «*iura novit curia*») emancipa il ricorrente dall'onere della prova di un tratto essenziale della sua rivendicazione (la dimostrazione della disformità del provvedimento dalla legge) essendo sufficiente con riferimento alla norma che si assume violata l'assolvimento dell'onere dell'allegazione (così che il ditterio «*secundum alligata et probata*» si semplifica nella sola affermazione della volontà della legge). Quindi, mentre con riferimento alla

³³ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 55.

³⁴ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 55 e 58.

³⁵ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979, 366 e 367 (l'enfasi è mia).

³⁶ Con riguardo al rapporto dell'art. 64 c.p.a. con la precedente disciplina processuale, A TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 2010, 257, ritiene che l'assetto precedente non sia stato sostanzialmente modificato.

³⁷ Consiglio di Stato, Sez. V, 9/2/1996, n. 151.

³⁸ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 61.

realtà di fatto, si richiede al ricorrente l'affermazione della sua esistenza e la sua rappresentazione nel processo (attraverso l'assunzione dei mezzi di prova, eventualmente con l'ausilio dell'attività officiosa del giudice, sulle fonti di prova che solo le parti possono introdurre nel giudizio), quanto, invece, al contrasto dell'atto con la fattispecie normativa è sufficiente la sua affermazione, non essendovi, con riguardo a essa, necessità di farla oggetto di un giudizio di esistenza, com'è invece necessario per la realtà di fatto³⁹.

2.5. La prospettiva comunitaria

Il principio dispositivo interferisce con l'*effet utile*, nella prospettiva della tutela della legalità obiettiva (il principio di autonomia che lo giustifica appare invece adeguato a soddisfare l'effettività della tutela giurisdizionale soggettiva, secondo il canone di autoresponsabilità che fa da contrappeso all'autonomia e che si esprime nel brocardo «*vigilantibus, non dormientibus iura succurrunt*»).

Nondimeno, la giurisprudenza della Corte di giustizia fa prevalere il principio dispositivo (nella sua prospettiva sostanziale) rispetto al principio dell'effetto utile dell'effetto diretto⁴⁰.

Al proposito, la Corte di giustizia si è espressa, con tre fondamentali sentenze, con le quali si è precisato che: (i) «*il diritto comunitario osta all'applicazione di una norma processuale nazionale che ... vieta al giudice nazionale ... di valutare d'ufficio la compatibilità di un provvedimento di diritto nazionale con una disposizione comunitaria, quando quest'ultima non sia stata invocata dal singolo entro un determinato termine*»⁴¹; (ii) «*il diritto comunitario non impone ai giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie, qualora l'esame di tale motivo li obblighi a rinunciare al principio dispositivo, alla cui osservanza sono tenuti, esorbitando dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti e basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte processuale che ha interesse all'applicazione di dette disposizioni ha posto a fondamento della propria domanda*»⁴²; (iii) «*Quando, in virtù del diritto nazionale, un giudice ha l'obbligo o la facoltà di sollevare d'ufficio motivi di diritto basati su una norma interna di natura vincolante che non sono stati adottati dalle parti, il detto giudice è tenuto a verificare d'ufficio, nell'ambito della sua competenza, se gli organi legislativi o amministrativi dello Stato membro sono rimasti entro i margini di discrezionalità ... della direttiva e a tenerne conto nel contesto dell'esame del ricorso d'annullamento*»⁴³.

Sicché, mentre non v'è dubbio sull'obbligo del giudice nazionale di sollevare d'ufficio una questione di conformità della norma nazionale con il diritto europeo,

³⁹ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 77.

⁴⁰ T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Londra, 2006, 466, osserva al proposito: «*The picture which emerge from Peterbroeck and van Schijndel is that, whilst the Court is ready to scrutinize vigorously national rules with a view to determining whether they offer an adequate level of protection, it is keen not to upset the adversarial character of civil proceedings*».

⁴¹ Corte di giustizia, 14/12/1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*.

⁴² Corte di giustizia, 14/12/1995, causa C-430/93, *Van Schijndel*.

⁴³ Corte di giustizia, 24/10/1996, causa C-72/95, *Kraaijeveld*.

quando le norme processuali di diritto interno glielo consentano come mera facoltà (*Kraaijeveld*), la Corte di giustizia, peraltro con due sentenze pronunciate lo stesso giorno⁴⁴, in merito all'obbligo di operare quell'iniziativa officiosa anche in conflitto con il divieto posto dalle norme processuali nazionali di assumere quell'iniziativa senza impulso di parte, giunge ad affermare due principi apparentemente contrapposti⁴⁵. In un caso (*Peterbroeck*), infatti, il giudice comunitario afferma l'obbligo di disapplicare la norma processuale per superare l'inerzia delle parti e il divieto all'intervento officioso che discende dal principio dispositivo⁴⁶; nell'altro (*Van Schijndel*) nega, invece, quell'obbligo di disapplicazione.

Si è tentato di giustificare l'apparente antinomia tra le due pronunce in ragione del fatto che, nel primo caso, la controversia coinvolgeva un ente pubblico, mentre nel secondo si confrontavano nel giudizio soltanto soggetti privati, e dunque in ragione della diversa rilevanza pubblica degli interessi coinvolti nel contenzioso⁴⁷, quanto (il «*pubblico interesse alla decisione giusta*»), in effetti, secondo una certa prospettiva⁴⁸, consentirebbe di declinare differentemente il principio dispositivo nelle concrete norme processuali.

⁴⁴ R. CARANTA, *Impulso di parte e iniziativa del giudice nell'applicazione del diritto comunitario*, in Giur. it., 1996, 1289 ss., ritiene perciò necessaria la lettura unitaria delle due sentenze. A tal proposito, E. CHITI, *Il potere del giudice nazionale di sollevare d'ufficio le questioni di diritto comunitario*, in Giorn. dir. amm., 1997, 636, afferma che «*La diversità delle conclusioni della Corte non dovrebbe oscurare l'identità delle premesse. In entrambi i casi, la Corte non stabilisce un obbligo generale, per i giudici interni, di valutare d'ufficio la compatibilità di disposizioni o provvedimenti nazionali con il diritto comunitario. Piuttosto, la Corte, richiamato il principio secondo il quale, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, la tutela dei diritti dei singoli viene assicurata attraverso i rimedi giurisdizionali previsti dalle norme processuali nazionali, formula un test per accertare, caso per caso, che la norma processuale nazionale non renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario*».

⁴⁵ R. VILLATA, *Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in Dir. proc. amm., 2006, 859, evidenzia il contrasto, ma lo giustifica in ragione del fatto che con la sentenza *Peterbroeck* «*La Corte di giustizia, laddove sembra ampliare la portata dell'ordinamento interno, in realtà si limita ad estendere all'invalidità comunitaria un principio vigente in quell'ordinamento. Viceversa nella decisione in ordine al caso J. Van Schijndel, nella quale tale profilo non viene in evidenza, le conclusioni sono nette, nel senso che prevale il rispetto del principio dispositivo e l'osservanza del termine di decadenza stabilito per far valere i motivi di impugnazione*».

⁴⁶ G. GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2006, 513 ss., sostiene che «*Tale pronuncia, pur avendo avuto l'accortezza e la prudenza di ancorare il principio di diritto alle caratteristiche peculiari del procedimento del giudice nazionale remittente, ha finito per dare l'impressione di enunciare un principio incondizionato e conforme a quegli orientamenti della dottrina, che predicavano una patologia dell'atto amministrativo, diversa da quella consueta della illegittimità-annullabilità*». Non pare, tuttavia, che vi si possa ricavare la tesi di un obbligo di disapplicazione anche d'ufficio dell'atto amministrativo, essendo piuttosto l'intervento officioso del giudice volto a superare il limite rappresentato dalla definizione della causa petendi del ricorso in annullamento nel richiamo alla fattispecie legale e dunque alla necessità di estendere l'allegazione anche alle norme che si assumono violate. Quanto, dunque, attiene semmai al rapporto tra il principio *iura novit curia* e il principio dispositivo nella giurisdizione di annullamento, com'è reso evidente dalla coeva sentenza *Van Schijndel*. È, del pari, da escludere che si possa ritrarre dalla sentenza *Peterbroeck* la «*conclusione che, quando si tratta della violazione del diritto comunitario, la pretesa è sempre deducibile in giudizio senza decadenze di sorta*», come sostenuto da F. CINTIOLI, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in Dir. amm. 2003, 43 ss.

⁴⁷ G. DE BÚRCA, *National Procedural Rules and Remedies: the Changing Approach of the Court of Justice*, in AA.VV. *Remedies for Breach of EC Law*, Chichester, 1997, 44.

⁴⁸ K. HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, 1912, 21.

Il vero è, però, che una sintesi tra i principi affermati dalle due sentenze (*Peterbroeck* e *Van Schijndel*) è, tuttavia, possibile: i due coevi pronunciamenti giurisprudenziali del giudice europeo conducono, infatti, a ritenere che il principio dispositivo impedisce al giudice di andare alla ricerca (nella realtà extraprocessuale) di fatti differenti da quelli individuati dalle parti, ma non lo esonera di contro dalla valutazione dei fatti già acquisiti al processo (la realtà processuale) anche con riferimento a norme giuridiche differenti da quelle invocate dalle parti⁴⁹.

La disciplina di sintesi desumibile delle due sentenze è, dunque, chiara: il principio dispositivo prevale in ogni caso sul principio di effettività della norma UE, e la sua disciplina ricade, dunque, all'interno del tratto intangibile (presidiato da uno dei controlimiti) dell'autonomia processuale di ogni singolo Stato membro che a quel principio abbia inteso conformare il suo processo come processo di parti, solo se riferito all'onere di introdurre nel processo i fatti rilevanti per il giudizio (*Dispositionsmaxime*); mentre è recessivo rispetto all'*effet utile* se nel richiamo a esso la norma processuale nazionale intenda impedire al giudice finanche di andare autonomamente alla ricerca della norma da applicare alla fattispecie dedotta in contenzioso, quantunque quella norma concorra eventualmente alla definizione del fatto controverso, com'è normalmente nel giudizio amministrativo d'annullamento (*Verhandlungmaxime*)⁵⁰.

Sicché, a ben vedere, la giurisprudenza della Corte di giustizia è la piana applicazione del principio dispositivo⁵¹. Ciò che è di chiara evidenza solo che si distingue la sua componente processuale (*Verhandlungmaxime*) da quella sostanziale (*Dispositionsmaxime*), come la dottrina tedesca della sceverazione ci ha spiegato essere necessario a evitare fraintendimenti. Quanto, perciò, consente al giudice comunitario di deflettere dal principio dispositivo processuale (perché si tratta di una scelta di mera opportunità legislativa) attribuendo poteri officiosi al giudice in soccorso alla

⁴⁹ C. SCHEPISI, *Sull'applicabilità d'ufficio delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, in Dir. un. eur., 1997, 811 ss., sostiene che «la differente conclusione rispetto a *Van Schijndel* non può che giustificarsi sull'assunto che, in *Peterbroeck*, i motivi di doglianza aggiunti riguardavano solo le norme di diritto, e non comportavano anche una variazione dei fatti allegati nella domanda principale», ancorché si dolga poi che «Se la differente conclusione può giustificarsi alla luce di tali ultime argomentazioni, forse sarebbe stato meglio esplicitarle in maniera più chiara, anche perché il criterio, inaugurato in tale occasione, del "ruolo effettivo svolto dalla norma processuale nel particolare contesto" si presta, per la sua elasticità, a pericolose divergenze interpretative».

⁵⁰ M.P. CHITTI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 677, ritiene che «Vi sono due possibili letture di queste sentenze. La prima è che rappresenti uno sviluppo giurisprudenziale così remoto rispetto alla possibile base giuridica comunitaria, da rappresentare un infortunio della Corte. La seconda che invece ... il principio della sollevabilità d'ufficio di motivi comunitari appare insito nel sistema e quindi ..., accogliendo questa interpretazione, vengono ad essere sostanzialmente alterati i poteri del giudice amministrativo; in particolare, si determinerebbe l'appropriazione da parte del giudice di tutte la sfera dell'accertamento del diritto oggettivo applicabile. Il giudice sarebbe, infatti, vincolato nel *petitum*, ma libero nella ricerca della norma rilevante per la decisione del caso».

⁵¹ P. BIAVATI, *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze*, in Dir. Un. Eur, 2000, 717, ritiene invece «discutibile [il] riferimento alla prevalenza del principio dispositivo». Quanto, però, consegue all'ovvia considerazione che il principio dispositivo sostanziale non è una tecnica del processo, ma è invece espressione della libertà di un soggetto di difendere un suo diritto in giudizio, attingendo egli solo alla realtà extraprocessuale da rappresentare all'interno del processo. E quel tratto di autonomia (che è espressione della libertà dell'individuo «conquista della società moderna») non è, in effetti, recessivo rispetto all'*effet utile*.

parte nella rappresentazione dei fatti già ritualmente acquisiti al processo (*Peterbroeck*⁵²) e di prestarvi invece rigorosamente ossequio, anche a costo di fallire l'obiettivo fondamentale di sanzionare le condotte in violazione delle norme comunitarie (perché si tratta in questo caso di un tratto essenziale di ogni processo di parti)⁵³, quando il perseguimento di quell'obiettivo costringesse il giudice nazionale a introdurre sua sponte nuovi fatti all'interno del processo, attingendo direttamente alla realtà extraprocessuale (*Van Schijndel*⁵⁴).

Ovviamente, trattandosi, anche con riguardo al tratto meno stringente del principio dispositivo (*Verhandlungsmaxime*) di una scelta di opportunità legislativa, appartiene pur sempre alla disciplina processuale degli Stati membri di consentire eventualmente al giudice di rilevare d'ufficio il contrasto dell'atto amministrativo con la norma comunitaria (autonomia procedurale), e, come sempre, quando si tratti di conciliare il principio delle competenze di attribuzione con quello di effettività della norma e della tutela giurisdizionale (*effet utile*), l'intervento conformativo della Corte di giustizia dipende da considerazioni concrete⁵⁵ e non da soluzioni dogmatiche astratte.

Quanto attiene al superamento del test *Reve*: l'impossibilità o l'eccessiva difficoltà di ottenere giustizia nel rispetto della norma processuale nazionale⁵⁶.

Sicché, vi è da evitare di trarre dalla giurisprudenza della Corte di giustizia l'erroneo convincimento che quanto non ricade nel regime di protezione del principio dispositivo sostanziale (l'introduzione nella realtà processuale di fatti secondari attingendo alla realtà extraprocessuale, che compete soltanto alle parti di fare) consenta di per sé di sottomettere la norma processuale nazionale al primato della

⁵² Corte di giustizia, 14/12/1995, causa C-312/93.

⁵³ Non si può infatti convenire con G. COCCO, *Incompatibilità comunitaria degli atti amministrativi. Coordinate teoriche ed applicazioni pratiche*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2001, 447, nell'affermazione che «si tratta di principi intimamente correlati alla struttura stessa del processo amministrativo, e, si può ben dire, principi centrali per il nostro sistema, ma che non per questo hanno mai ricevuto alcun attestato di inviolabilità ad opera dell'ordine comunitario».

⁵⁴ Corte di giustizia, 14/12/1995, causa C-430/93, *Van Schijndel*.

⁵⁵ In effetti, con riguardo alla sentenza *Peterbroeck*, vi è più di una voce in dottrina che condivide il principio astratto (la prevalenza dell'*effet utile* rispetto al principio dispositivo processuale), ma critica invece la soluzione concreta, all'esito della valorizzazione dei principi *Reve* con riferimento alla specifica controversia. Così, tra gli altri, T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, cit., 462, sostiene che «*The reasoning of the Court is not beyond criticism ... it may be noted that the fact that the Court of Appeal is the first court capable of making a reference under Article 234 does not prohibit, nor indeed does it make it any more difficult, for the taxable person to raise a point of Community law either before the Director or before the Court of Appeals.*»

⁵⁶ In questo senso, D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2002, 683 ss., secondo la quale «nelle note sentenze *Peterbroeck* (1995), *van Schijndel* (1995), *Kraaijeveld* (1996), la Corte perviene a conclusioni diverse nella soluzione del caso concreto di volta in volta al suo esame, pur nell'ambito di un quadro di riferimento sostanzialmente coerente, come è stato dimostrato. In esso il criterio da applicare per stabilire se il giudice possa o debba, anche in presenza di regole nazionali che lo vietino, valutare d'ufficio la compatibilità del diritto nazionale con la normativa comunitaria, è elastico e comporta in definitiva che di volta in volta si accerti - comparando i valori in gioco - se la norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario. Solo in quest'ultimo caso infatti - come già ricordato trattando delle regole fondamentali del rapporto fra disciplina processuale interna e comunitaria - non opera il principio generale secondo il quale, in mancanza di regolazione comunitaria, spetta all'ordinamento nazionale di stabilire le modalità processuali attraverso le quali i diritti nascenti dal diritto comunitario trovano garanzia giurisdizionale».

norma comunitaria, imponendo al giudice nazionale di attivare i suoi poteri officiosi (individuando sua sponte il motivo specifico di censura anticomunitario) anche in violazione di quanto il rito processuale gli consente di fare.

Il principio dispositivo sostanziale (*Dispositionsmaxime*) costituisce un imperativo categorico; rispettato il quale, tuttavia, con riguardo alla sua declinazione processuale (*Verhandlungsmaxime*), che è solo una tecnica processuale, a risolvere il contrasto tra l'effettività della norma UE e il principio delle competenze di attribuzione (che lascia lo Stato membro sovrano nella scelta delle regole del suo processo), vi è, come al solito, da verificare se il rispetto della norma processuale nazionale non abbia, nel caso concreto, come conseguenza (patologica) di rendere impossibile o eccessivamente difficile la tutela giurisdizionale e, quindi, il pieno dispiegarsi dell'effetto della norma UE.

Quanto non costituisce (evidentemente) una regola astratta (la fisiologia del processo), bensì una eccezione (una sua occasionale degenerazione patologica) che si può eventualmente verificare nell'eccezionalità del caso concreto, giacché «*il principio di effettività non impone ... l'obbligo, per i giudici nazionali, di sollevare d'ufficio un motivo fondato su una disposizione comunitaria, indipendentemente dalla sua importanza per l'ordinamento giuridico comunitario, purché sia data alle parti la possibilità effettiva di sollevare un motivo fondato sul diritto comunitario dinanzi al giudice nazionale*»⁵⁷.

Ciò che deve essere verificato dal giudice nazionale attraverso i criteri valutativi che la stessa Corte di giustizia suggerisce nella sentenza *Van Schijndel*⁵⁸: «*Ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario deve essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento*».

Quello che la dottrina definisce, appunto, come principio di ragionevolezza processuale⁵⁹.

Quanto potrebbe definirsi il principio di proporzionalità processuale⁶⁰, giacché si tratta, anche in questo caso, di valutare se la limitazione della tutela giurisdizionale e dell'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE si giustifichi in concreto nei termini della sua idoneità, necessità e adeguatezza, rispetto a una esigenza fondamentale dell'ordinamento processuale nazionale.

⁵⁷ Corte di giustizia, 7/6/2007, causa C-222/05, *van der Weerd*.

⁵⁸ Corte di giustizia, 14/12/1995, causa C-430/93.

⁵⁹ J. KROMMENDIJK, *Is there light on the horizon? The distinction between "Reve effectiveness" and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after Orizzonte*, in CMLR, 2016, 1406.

⁶⁰ S. PRECHAL, *Community law in national Courts: the lessons from Van Schijndel*, CMLR, 1998, 691 ss., sostiene al proposito che «*A logical part of this model would also be a proportionality test which should serve as a safeguard against "coarse-mesh net" national provisions*», giacché «*once it is established that the national provision has the effect of rendering the application of Community law impossible or excessively difficult, it must be examined whether the limitation at issue can be justified by some fundamental principles of the domestic judicial system*».

Ciò che rende meno evanescenti i criteri *Rewe*⁶¹, che in questo ambito sono riassunti all'interno di una sorta di matrice concettuale, utile a tratteggiare un concetto giuridico meglio definito⁶², nella richiesta della Corte di giustizia al giudice nazionale di valutare analiticamente: (i) il ruolo astratto della norma nazionale all'interno del processo, con riferimento ai diritti di difesa, alla certezza del diritto e al regolare svolgimento del processo; (ii) il ruolo concreto che la norma processuale ha giocato all'interno di uno specifico contenzioso nel rendere eventualmente impossibile o eccessivamente difficile la tutela giurisdizionale.

Quanto consente al giudice nazionale di riappropriarsi di un ruolo proattivo nel dialogo con la Corte di giustizia.

Ma soprattutto consente agli Stati membri di riappropriarsi di parte della loro autonomia processuale: nella misura in cui non ogni misura processuale che renda impossibile o eccessivamente difficile la tutela giurisdizionale è incompatibile con l'ordinamento comunitario; bensì solo quegli impedimenti al pieno dispiegarsi dell'*effet utile* della norma UE, che, appunto, non si giustificano in termini di idoneità, necessità e adeguatezza⁶³.

Ciò che rende ancora meno plausibile l'assunto di quella parte (ampia, per vero) della dottrina nazionale secondo cui le due dette sentenze avrebbero, piuttosto, attentato alle fondamenta del nostro sistema processuale⁶⁴.

2.6. L'interpretazione conforme

Si è scritto di come il principio «*iura novit curia*» si atteggi in modo particolare nel processo amministrativo.

⁶¹ Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76.

⁶² S. PRECHAL, *Community law in national Courts*, cit., 692, scrive al proposito: «It has been argued that the Court's "purposive approach" unnecessarily complicates the role of national courts, in particular, since the vast majority of procedural rules can be justified by principles such as legal certainty and the need for proper conduct of the proceedings. Similarly, it may be questioned whether the new test will add much to the predictability of the Court's case law. The fact is, however, that the Court has, at least, provided a conceptual framework to be used in difficult and unclear cases».

⁶³ A. WALLERMANN, *Towards an Eu law doctrine on the exercise of discretion in national Courts? The member states' self-imposed limits on national procedural autonomy*, in CMLR, 2016, 347, obietta a questa ricostruzione che la sentenza *Van Schijndel* pare piuttosto essere un «*Janus-faced judgment*», perché, da un lato, è senz'altro rispettosa del ruolo del giudice e del processo nazionale (nel rapporto con la sentenza *Peterbroeck*) nel riconoscere l'intangibilità del principio dispositivo, ma, dall'altro (nel rapporto con la sentenza *Kraaijeveld*), là dove traduce l'esercizio discrezionale dei poteri officiosi del giudice in un obbligo, è senz'altro più invasiva delle competenze del giudice nazionale. Sicché quella giurisprudenza sarebbe «*paradoxically, at the same time more respectful and more intrusive towards the Member States*». Quanto a me pare piuttosto una conferma dell'equilibrio della soluzione giurisprudenziale che la Corte di giustizia ha dato al complesso problema.

⁶⁴ Anche se per vero si tratta di un atteggiamento non solo della nostra dottrina. S. PRECHAL, *Community law in national Courts*, cit., 682, riferisce al proposito che «*While some authors catch this development in the terms of "striking the balance", others prefer to call it "tilting the balance". Some scholars seem to consider the judgments as a too great an intrusion into national procedural autonomy. According to other scholars, the judgments must be accorded positive value since they enhance the application of Community law by national courts*»; in tal modo riferendosi ai due scritti di F. JACOBS, *Enforcing Community rights and obligations in national courts: Striking the balance*, in AA.VV., *Remedies for Breach of EC Law*, Chichester, 1997, e a M. HOSKINS, *Tilting the balance: Supremacy and national procedural rules*, in ELR, 1996.

Ciò, per vero, non tanto per quello che prescrive la norma processuale (art. 40 c.p.a.), ma piuttosto in ragione di come inevitabilmente si configura l'elemento fattuale della definizione della domanda all'interno di un giudizio amministrativo di annullamento: l'affermazione di una disformità dell'atto impugnato dal suo modello normativo.

Sicché, nel processo amministrativo, il principio «*iura novit curia*» dispensa il ricorrente dalla sola rappresentazione processuale (la prova) del vizio, ma non lo solleva invece dall'onere dell'affermazione (l'allegazione) di quella disformità nel richiamo alla disposizione di legge che si ritiene violata.

Il problema che al riguardo si pone, nella logica di una giustizia amministrativa funzionale all'effetto utile dell'effetto diretto, è di stabilire se il divieto imposto al giudice amministrativo non solo di andare autonomamente (e cioè anche in difetto di un'allegazione di parte) alla ricerca dei fatti rilevanti della controversia e delle prove atti a suffragarli ma persino delle norme da applicare alla fattispecie in contenzioso sia compatibile con il principio di effettività della tutela giurisdizionale di situazioni giuridiche soggettive di rilievo comunitario; posto che il malaccorto esercizio dei propri diritti da parte di chi assume l'iniziativa processuale potrebbe tradursi nella negazione di quella cogente efficacia della norma sovranazionale, che il principio di uniforme applicazione del diritto europeo richiede.

Sennonché, la regola processuale va interpretata nel senso che «*L'annullamento dell'atto impugnato siccome affetto da un vizio diverso da quello denunciato dal ricorrente ma fondato sugli stessi profili di fatto da lui posti a fondamento dell'impugnazione non costituisce ultrapetizione. Il petitum è l'annullamento dell'atto impugnato, il motivo (la causa petendi) è la prospettazione di un aspetto, dell'atto impugnato, che lo vizia e del quale spetta al giudice, se lo ritiene sussistente in linea di fatto, stabilire la rilevanza giuridica sussumendola sotto un paradigma normativo la cui individuazione è compito suo e non del ricorrente. Non induca a costituire diversamente il concetto di motivo, che insieme con la conclusione che vi corrisponde (l'effetto giuridico che si chiede al giudice di costituire) segna il limite della domanda, l'art. 6 n. 3 r.d. 18 agosto 1907 n. 642, che fra i contenuti necessari del ricorso elenca "i motivi su cui si fonda il ricorso, con l'indicazione degli articoli di legge o di regolamento che si ritengono violati". Siccome tale norma corrisponde all'art. 163, n. 4 e all'art. 336 n. 4, c.p.c., non è fuori luogo ricordare che nel giudizio civile la domanda è individuata dall'oggetto della pretesa e dai fatti posti a fondamento della azione (cfr. Cass. civ., Sez. III, 2 marzo 1971 n. 518) e l'erronea indicazione, e anche la omissione, delle disposizioni di legge che si intendono violate non costituiscono causa di inammissibilità del ricorso per cassazione quando si possa identificare il motivo della censura attraverso le ragioni addotte (Cass. civ., Sez. I, 21 maggio 1973 n. 1460). In quest'ordine di idee deve ritenersi che nel giudizio amministrativo per individuare il contenuto della censura si deve far capo non tanto alla disposizione normativa quanto alla norma (come modello di condotta, a prescindere dalla regola testuale che la pone) di cui si denuncia la violazione»⁶⁵.*

Secondo quanto ci insegna Benvenuti, «*Ciò che infatti è indispensabile per la sussisten-*

⁶⁵ T.A.R. Veneto, 13/3/1975, n. 49; è interessante notare che l'avvocato del ricorrente fosse, in quel caso, lo stesso Benvenuti, cui si deve probabilmente l'approccio dogmatico al tema controverso.

za e la individuazione del vizio come ragione di impugnativa e cioè per l'essenza dell'affermazione, è l'affermazione di una volontà di legge che sia riferibile al singolo elemento che si suppone viziato: e perciò nell'affermazione è sufficiente il solo riferimento ad un tale contenuto. Ciò non significa, come è ovvio, che esso possa essere indeterminato, che anzi deve essere precisamente determinato; ma non tanto determinato nei confronti della sua fonte, quanto riguardo alla sua stessa fattispecie⁶⁶.

Quindi, ciò che rileva a definire i «*motivi specifici su cui si fonda il ricorso*» (art. 40 c.p.a.), tradizionalmente intesi come l'individuazione delle norme violate, non è l'individuazione della disposizione di legge trasgredita, bensì l'astratto «*modello di condotta*» che si ritiene violato, anche se non correttamente qualificato nel richiamo a una specifica norma di legge.

Non si può, invece, estendere al giudizio amministrativo il principio espresso dalla Corte di cassazione sull'abbrivio della giurisprudenza comunitaria, nel senso che «*i principi di effettività e di non discriminazione comportano l'obbligo per le autorità nazionali di applicare, anche d'ufficio, le norme di diritto comunitario, se necessario attraverso la disapplicazione del diritto nazionale che sia in contrasto con tali norme [sicché] il carattere chiuso del giudizio di cassazione non impedisce che venga applicato il diritto comunitario nella sua interezza, indipendentemente da specifiche domande proposte nel giudizio di merito o introdotte coi motivi di ricorso*»⁶⁷.

Quanto costituirebbe (nel processo amministrativo) trasgressione del principio dispositivo sostanziale (*Dispositionsmaxime*).

L'*effet utile* delle norme UE non può, infatti, giustificare la violazione di un principio fondante del nostro ordinamento (ma che è anche principio comunitario): il principio dispositivo sostanziale, inteso quale signoria delle parti nella definizione dell'oggetto della lite (*Dispositionsmaxime*), che, per quanto sopra esposto in ragione delle particolari caratteristiche del processo amministrativo, si estende sino alla individuazione (se non della specifica disposizione di legge, quantomeno) del «*modello di condotta*»/«*volontà di legge*»/«*fattispecie normativa*» che si ritengono violati dal provvedimento impugnato.

Così che è, senz'altro, da condividere la recente statuizione del Consiglio di Stato, che, proprio nel richiamo alla sentenza *Van Schijndel*, ha ribadito che «*l'applicazione del diritto europeo ... deve sottostare alle regole del processo amministrativo [dovunque] i motivi di censura sollevati nel primo grado del giudizio [costituiscono] il perimetro invalicabile del thema decidendum ex art. 104 c.p.a.*»; dichiarando perciò l'inammissibilità dei *nova* in appello, ancorché declinati dal ricorrente con riferimento a pretese violazioni del diritto comunitario⁶⁸.

⁶⁶ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 59 e 60 (l'enfasi è mia).

⁶⁷ Corte di cassazione, Sez. trib., 14/7/2004, n. 13054.

⁶⁸ Consiglio di Stato, Sez. IV, 9/7/2020, n. 4403.

2.7. Il principio dispositivo con metodo acquisitivo

Come si è scritto, si riconduce al principio dispositivo nella sua declinazione processuale (*Verhandlungmaxime*) l'assolvimento dell'onere della prova, a distinguere il processo inquisitorio da quello che, invece, assegna alle parti l'iniziativa probatoria, facendo dipendere dalla volontà del titolare della situazione giuridica soggettiva (non solo l'iniziativa processuale, ma) anche l'iniziativa nella raccolta delle prove⁶⁹.

Si è anche, però, precisato che ciò vale solo con riguardo all'assunzione del mezzo di prova, essendo invece escluso che in un processo di parti possa essere consentito al giudice di attingere alla realtà extraprocessuale per acquisire al processo le fonti di prova (*Dispositionsmaxime*)⁷⁰.

Ciò che è bene rappresentato dal distinguo tra «*sistema istruttorio*» (individuato nel rapporto del giudice con la realtà extraprocessuale) e «*metodo istruttorio*» (definito nel rapporto del giudice con la realtà processuale)⁷¹; giacché, ferma la necessità che il processo amministrativo, come processo accusatorio e di parti, assegni ai soli soggetti della lite l'iniziativa dell'attività istruttoria (sistema dispositivo), «*il minore o maggiore potere di intervento del giudice nella realtà processuale consente di atteggiare diversamente il metodo istruttorio come metodo dispositivo o come metodo acquisitivo*»⁷²: così che «*probabilmente, "inquisizione" e "disposizione" debbano considerarsi oggi (nell'ambito di vigenze del principio di iniziativa di parte) non più come "tipi" di istruzione, ma come meri elementi di composizione di specifici disegni organizzativi, nei quali si presentano in concreto variamente combinati e dosati*»⁷³.

Quanto consente di individuare processi di parti con poteri officiosi del giudice ad agevolare le parti nella rappresentazione della realtà processuale al fine di verificare la verità dell'affermazione del soggetto che ha attivato il giudizio, e che si definiscono perciò come processi ispirati al principio dispositivo con metodo acquisitivo.

⁶⁹ E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in Riv. dir. proc., 1960, 551, afferma al proposito che, «*poiché spetta alle parti disporre dei loro rapporti giuridici privati, sembrava naturale che anche l'iniziativa processuale dovesse dipendere dalla loro libera volontà, non solo per quel che riguarda la proposizione del processo e la determinazione del suo oggetto, ma anche per l'apporto degli elementi e dei mezzi destinati a formare la convinzione del giudice e preparare la sentenza*».

⁷⁰ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 172, distingue al proposito, il «*sistema inquisitorio [che] consiste nella possibilità attribuita al giudice di ricercare al di fuori del processo, mediante una attività ufficiale, i fatti secondari da cui possono dipendere sia la dimostrazione sia l'esatta configurazione del fatto principale affermato [dal] sistema dispositivo in senso lato [che] consiste nella necessità che il giudice si attenga nella ricerca della verità ai fatti secondari introdotti dalle parti nel processo, e così nel privare il giudice di ogni potere di agire nella realtà extraprocessuale per disporre, con una disposizione processualmente rilevante, ai fini del controllo dell'affermazione*», per concludere poi nel senso che «*questo sistema è adottato necessariamente in quei processi che si ispirano al tipo di processo di parti*».

⁷¹ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 175.

⁷² F. BENVENUTI, *Istruzione del processo amministrativo*, in Enc. dir., XXIII, 1973, ora anche in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, IV, 3040.

⁷³ M. NIGRO, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, in Foro it., 1967, V, 10 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, I, 692.

Si è visto che, in questa più limitata accezione (la *Verhandlungmaxime* della scavezzazione), il principio dispositivo non può ricollegarsi a un imperativo categorico.

È, piuttosto, una scelta di opportunità legislativa.

Ciò che costituisce precisazione essenziale ai fini che qui interessano, di individuare la possibilità che l'effetto utile dell'effetto diretto (*l'effet utile*) della norma UE giustifichi intromissioni della Corte di giustizia all'interno dell'autonomia processuale degli Stati membri.

In ragione di ciò, infatti, quello che si è categoricamente escluso (perché contrasterebbe con un controlimite) con riguardo al tratto più caratteristico del principio dispositivo (*Dispositionsmaxime*), è, invece, certo possibile (ovviamente, nella sola ricorrenza dei presupposti della dottrina *Rene*) con riguardo alla declinazione processuale di quel medesimo principio (*Verhandlungmaxime*).

La prova (intesa quale rappresentazione della realtà extraprocessuale all'interno del processo) si articola su tre elementi: (i) il fatto principale da rappresentare nel processo ai fini di confermare la verità dell'affermazione del ricorrente (oggetto della prova); (ii) il fatto secondario che serve come strumento di rappresentazione del fatto principale (fonte di prova), quanto esso non sia già rappresentato nell'atto amministrativo (com'è per i vizi di violazione di legge e di incompetenza); (iii) la rappresentazione del fatto principale all'interno del processo (mezzo di prova)⁷⁴.

Si è scritto che ciò che qualifica un processo come inquisitorio è la possibilità del giudice di introdurre nel processo, dalla realtà materiale, i fatti secondari (fonti di prova) necessari a confermare la verità dell'affermazione del fatto principale. Quanto è incompatibile con un processo di parti (ispirato al principio dispositivo sostanziale), perché si consentirebbe in questo modo al giudice di configurare, attingendo autonomamente alla realtà materiale, la situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio dal ricorrente⁷⁵. Altro è, invece, a dirsi con riguardo alla possibilità che il giudice abbia di soccorrere la parte nella rappresentazione della fonte di prova all'interno del giudizio (mezzo di prova). Ciò che piuttosto qualifica un processo di parti con i tratti di un processo officioso (principio dispositivo con metodo acquisitivo), senza con ciò contraddire il principio del «*giudice terzo e imparziale*»⁷⁶.

⁷⁴ Analogamente, F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 82, il quale tuttavia non distingue la rappresentazione (mezzo di prova) dallo strumento di rappresentazione (fonte di prova).

⁷⁵ F. BENVENUTI, *Istruzione del processo amministrativo*, cit., 3041 ss., afferma che «Sono dunque le parti e non il giudice che possono compiere l'introduzione nel processo dei fatti della realtà esterna occorrenti per mettere il giudice in grado di verificare la esattezza delle loro affermazioni», giacché, «se fosse consentito che l'individuazione dei fatti secondari fuori del processo dipenda anche da un concorrente intervento del giudice, ne deriverebbe che il giudice non avrebbe più la funzione di soggetto imparziale ma finirebbe per porsi a fianco di una delle parti, modificando così il fondamentale principio di uguaglianza ... Sotto altro aspetto, se si dovesse riconoscere un tale potere al giudice, ne verrebbe non solo colpito il principio di uguaglianza, ma stessa autonomia delle parti». Al proposito, M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, cit., 340 ss. sostiene, invece, che solo con riferimento ai fatti principali che definiscono la causa pretendi l'attività delle parti si pone nella sfera di autonomia loro propria definita dalla *Dispositionsmaxime*.

⁷⁶ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 137, afferma al proposito che «solo le parti possono agire contemporaneamente sia sul piano materiale che su quello processuale senza mutare la struttura del processo

L'art. 64 c.p.a. statuisce ora che «Spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande»; ma soggiunge altresì che «Il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione», e l'art. 63 c.p.a. prevede che «Fermo restando l'onere della prova a loro carico, il giudice può chiedere alle parti anche d'ufficio chiarimenti o documenti».

Quanto, per vero, non pare introdurre elementi di novità rispetto all'art. 44 del T.U. Consiglio di Stato⁷⁷, a mente del quale «Se la sezione, a cui è stato rimesso il ricorso riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta, o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione coi documenti, può richiedere all'amministrazione interessata nuovi schiarimenti o documenti»⁷⁸.

Sicché, è ancora oggi attuale l'insegnamento di Benvenuti, secondo il quale «forse è possibile far dire alla disposizione ancora qualche cosa e cioè che i mezzi probatori non possono essere ordinati se non per verificare la verità di quei fatti la cui sussistenza risulti esplicitamente o implicitamente dal materiale processuale»⁷⁹.

Si deve, dunque, escludere che il giudice amministrativo possa autonomamente disporre della realtà extraprocessuale⁸⁰; giacché ogni altra interpretazione della norma processuale condurrebbe a negare il processo di parti e a violare il principio del giusto processo celebrato da un «giudice terzo e imparziale» (art. 111).

2.8. L'onere della prova nella giurisprudenza della Corte di giustizia e il suo effetto conformativo della norma processuale

La giurisprudenza della Corte di giustizia parte dall'affermazione tranciente che «L'onere della prova è disciplinato dal diritto nazionale»⁸¹, ma poi chiarisce quel suo originario insegnamento con l'affermazione che «sono incompatibili col diritto comunitario le condizioni di prova che abbiano l'effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente diffi-

di parti, anzi realizzandola compiutamente, mentre il giudice può agire solo sul piano del processo sul quale soltanto egli ha una propria ragione di esistenza e perciò una propria sfera di azione».

⁷⁷ F. SAITTA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2017, 919, sostiene al proposito che «La lettura delle disposizioni codicistiche operata "a caldo" da dottrina e giurisprudenza prevalenti – secondo cui, in sostanza, nulla è cambiato – risulta confermata negli anni successivi, fino ai giorni nostri».

⁷⁸ Analogamente disponeva l'art. 16 della legge n. 5992/1889, istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato.

⁷⁹ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 148. Come riferisce, G. MANFREDI, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo*, in AA.VV., *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso*, Torino 2020, 161, la giurisprudenza e la dottrina precedenti «ritenevano che nei giudizi avanti il Consiglio di Stato e avanti le Giunte provinciali amministrative l'istruttoria fosse retta da principi di tipo inquisitorio, e di conserva che il giudice amministrativo avesse senz'altro anche il potere di svolgere d'ufficio indagini sulla realtà extraprocessuale [ma] dopo la pubblicazione de L'istruzione le tesi sul metodo acquisitivo erano state ben presto condivise da parte della giurisprudenza e della dottrina prevalenti».

⁸⁰ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 157.

⁸¹ Corte di giustizia, 21/9/1983, causa 205/82, *Deutsche Milchkontor*.

cile ottenere il rimborso dei tributi riscossi in contrasto con il diritto comunitario»⁸²: sicché, anche con riguardo all'onere della prova valgono i noti limiti (di equivalenza e di effettività) all'autonomia procedurale di cui alla sentenza *Rewé*⁸³.

Quell'insegnamento va, dunque, calibrato con quanto si è dinanzi scritto al proposito del distinguo sistema istruttorio/metodo istruttorio, essendo certo possibile conformare le norme processuali al principio di effettività della norma UE imponendo al giudice di facilitare la parte nell'assunzione della prova (adeguando il metodo istruttorio alle esigenze comunitarie); ma certo non si potrà modellare il processo sino a snaturarne la sua caratteristica di processo di parti obbligando il giudice a sostituirsi alla parte per acquisire al processo la realtà materiale esistente al di fuori del processo (intervenendo sul sistema istruttorio).

Quanto è certo possibile fare nell'interpretazione conforme (ai principi UE) dell'art. 64 c.p.a., che consente appunto al giudice di «disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione», traducendo quella facoltà in un obbligo ogniqualvolta sia «praticamente impossibile o eccessivamente difficile» per il ricorrente assolvere all'onere della prova, senza tuttavia costringere il giudice ad attingere alla realtà extraprocessuale, violando i principi (ineludibili anche nella prospettiva del primato della norma comunitaria) del processo di parti, all'interno del quale i poteri del giudice sono necessariamente limitati alla realtà processuale e dunque ai soli fatti affermati e introdotti in giudizio dalle parti⁸⁴.

Ciò che corrisponde, per vero, alla risalente interpretazione del processo amministrativo nazionale definito dal sistema dispositivo con metodo acquisitivo, al proposito del quale si è scritto che «è nel campo del processo amministrativo che si manifesta l'impossibilità di una piena applicazione del metodo dispositivo [perché] è facilmente pensabile che sul terreno materiale le parti si trovino in una posizione di non equivalenza, tale che all'una di esse, e precisamente al privato, è sommamente difficile, per non dire in talune ipotesi è persino impossibile, procurarsi la disponibilità del materiale di fatto necessario al processo»⁸⁵.

Così che l'obbligo di interpretare l'art. 64 c.p.a. conformemente al principio di effettività (nella sua declinazione oggettiva e soggettiva) della norma UE conferma (non può altrimenti fare senza superare un controlimite) quella risalente interpretazione, dovendosi, per vero, già allora ritenere doveroso l'intervento acquisitivo del giudice nell'impossibilità o eccessiva difficoltà del ricorrente di acquisire al processo la prova dei fatti da lui ritualmente introdotti nel giudizio, nella necessità (che è poi la giustificazione di opportunità legislativa del sistema dispositivo con metodo dispositivo) di superare una disuguaglianza di fatto delle parti nel rapporto con le fonti di prova⁸⁶.

⁸² Corte di giustizia a 9/11/1983, causa 199/82, *San Giorgio*.

⁸³ Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76.

⁸⁴ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 148.

⁸⁵ F. BENVENUTI, *Istruzione del processo amministrativo*, cit., 3048 (l'enfasi è mia).

⁸⁶ Ancorché sia indubitabile quanto afferma M. NIGRO, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, cit., 696, che «L'intento del giudice amministrativo (secondato o no dal legislatore) di ristabilire, nel processo e attraverso il

Sicché, a ben vedere, l'*effet utile* della norma UE non è qui invocabile a estendere i poteri officiosi del giudice amministrativo (che non possono essere ulteriormente dilatati sino a intervenire nella realtà extraprocessuale e sono già adeguati a trasformare in idonea rappresentazione processuale tutto quanto affermato e introdotto in giudizio dalle parti), bensì soltanto a contrastare teorie che prospettino, *de iure condendo*, l'abbandono del metodo acquisitivo in un processo (quello amministrativo) ove è fisiologico che una delle parti si trovi nell'impossibilità o nell'eccessiva difficoltà di fornire la prova dei fatti affermati e ritualmente introdotti nel giudizio.

*processo, a favore del ricorrente, quell'equilibrio tra le parti che non esiste sul terreno sostanziale, resta sempre un intento meritorio, ma c'è da chiedersi se possa esser perseguito con lo stesso radicalismo che in passato, oggi che i rapporti sostanziali tra amministrazione e cittadino sono in corso di accelerato mutamento vuoi per la più rigorosa definizione della posizione di supremazia della pubblica amministrazione nei confronti del cittadino, vuoi per lo svolgersi dell'azione amministrativa in forme più varie, più articolate (procedimento) e più aperte (collaborazione, generale o specifica, del cittadino; pubblicità di atti, ecc.)». Così che è senz'altro condivisibile l'assunto di M. SICA, *L'istruttoria probatoria nel processo amministrativo tra principio dispositivo e poteri officiosi*, in *Annuario Aipda*, Napoli, 2013, 111 ss., secondo il quale il metodo acquisitivo sarebbe recessivo nel regime di trasparenza amministrativa della legge n. 241/1990. Sicché, a individuare sin dove l'intervento officioso del giudice può/deve spingersi è probabilmente meglio ricorrere a un criterio di riparto dell'onere della prova che non sia «individuato in ragione di uno schema, preconstituito ed astratto, incentrato sulla valenza dei fatti (costitutiva, ovvero modificativa o estintiva) ma secondo un criterio flessibile molto simile a quello elaborato dalla Corte di cassazione nella nota sentenza n. 141 del 10 gennaio 2006 ed ispirato al principio di vicinanza della prova» (G. VELTRI, *Gli ordini istruttori del giudice amministrativo e le conseguenze del loro inadempimento*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013).*

Bibliografia

- ANDRIOLI V., *Appunti di procedura penale*, Napoli, 1965
- BENVENUTI F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1950, ora anche in *Scritti giuridici*, Milano, 2006
- BENVENUTI F., *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1973, ora anche in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, IV, 3040.
- BENVENUTI F., *Processo amministrativo (ragioni e struttura)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1988, ora anche in *Scritti giuridici*, Milano, 2006
- BIAVATI P., *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze*, in *Dir. Un. eur.*, 2000
- BUONCRISTIANI D., *L'allegazione dei fatti nel processo civile, Profili sistematici*, Torino 2001
- CALAMANDREI P., *Linee fondamentali del processo inquisitorio*, Padova, 1927, ora anche in *Opere giuridiche*, Roma, 2019
- CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1944, ora anche in *Opere giuridiche*, Roma, 2019
- CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria dell'utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1962
- CARNACINI T., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi Redenti*, Milano, 1951
- CARANTA R., *Impulso di parte e iniziativa del giudice nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 1996
- CAVALLINI C., *Iura novit curia (Civil Law e Common Law)*, in *Riv. dir. proc.*, 2017
- CHITI E., *Il potere del giudice nazionale di sollevare d'ufficio le questioni di diritto comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997
- CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011
- CINTIOLI F., *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003
- COCCO G., *Incompatibilità comunitaria degli atti amministrativi. Coordinate teoriche ed applicazioni pratiche*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001
- DAMASKA M. R., *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991
- DE BÚRCA G., *National Procedural Rules and Remedies: the Changing Approach of the Court of Justice*, in *AA.VV.*, *Remedies for Breach of EC Law*, Chichester, 1997
- DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002
- FABIANI E., *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli, 2008
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989
- GRADI M., *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018
- GRASSO E., in E. ALLORIO, *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 1973
- GRECO G., *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario*

- e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa), in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2006
- HELLWIG K., *System des deutschen Zivilprozessrechts*, 1912
- HOSKINS M., *Tilting the balance: Supremacy and national procedural rules*, in ELR, 1996
- JACOBS F., *Enforcing Community rights and obligations in national courts: Striking the balance*, in AA.VV., *Remedies for Breach of EC Law*, Chichester, 1997
- KROMMENDIJK J., *Is there light on the horizon? The distinction between "Reve effectiveness" and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after Orizzonte*, in CMLR, 2016
- LIEBMAN E.T., *Fondamento del principio dispositivo*, in Riv. dir. proc., 1960
- MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, 2006
- MANFREDI G., *Attualità e limiti del metodo acquisitivo*, in AA.VV., *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso*, Torino, 2020
- MONTELEONE G., *Manuale di diritto processuale civile*, Padova, 2007
- MONTERO AROCA J., *Il processo civile sociale come strumento di giustizia autoritaria*, in Riv. dir. proc., 2004
- MONTESANO L., *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in Riv. trim. proc. civ., 1978
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979
- NIGRO M., *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, in Foro it., 1967, ora anche in Scritti giuridici, Milano, 1996
- PRECHAL S., *Community law in national Courts: the lessons from Van Schijndel*, in CMLR, 1998
- SAITTA F., *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2017
- SANTALUCIA B., *Accusatio e inquisitio nel processo penale di età imperiale*, in Riv. dir. romano, 2001
- SCHEPISI C., *Sull'applicabilità d'ufficio delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, in Dir. un. eur., 1997
- SICA M., *L'istruttoria probatoria nel processo amministrativo tra principio dispositivo e poteri officiosi*, in Annuario Aipda, Napoli, 2013
- TARUFFO M., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2006
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, 2010
- TRIDIMAS T., *The General Principles of EU Law*, Londra, 2006
- VELTRI G., *Gli ordini istruttori del giudice amministrativo e le conseguenze del loro inadempimento*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013
- VERDE G., *Dispositivo (principio)*, in Enc. giur., XI, Roma, 1989
- VILLATA R., *Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in Dir. proc. amm., 2006
- WALLERMANN A., *Towards an Eu law doctrine on the exercise of discretion in national Courts? The member states' self-imposed limits on national procedural autonomy*, in CMLR, 2016

Giurisprudenza comunitaria

- Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76, *Reve*
Corte di giustizia, 21/9/1983, causa 205/82, *Deutsche Milchkontor*
Corte di giustizia 9/11/1983, causa 199/82, *San Giorgio*
Corte di giustizia, 14/12/1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*
Corte di giustizia, 14/12/1995, causa C-430/93, *Van Schijndel*
Corte di giustizia, 24/10/1996, causa C-72/95, *Kraaijeveld*
Corte di giustizia, 7/6/2007, causa C-222/05, *van der Weerd*

CAPITOLO TERZO

L'INOPPUGNABILITÀ

SOMMARIO: 3.1. La giustificazione dogmatica della inoppugnabilità. – 3.2. La prospettiva comunitaria. – 3.3. La relatività dei termini di impugnazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3.4. L'errore scusabile nell'interpretazione della giurisprudenza nazionale. – 3.5. La disapplicazione dei provvedimenti amministrativi anticomunitari (l'individuazione del problema). – 3.6. La disapplicazione dei provvedimenti amministrativi nella dogmatica e nella prassi giurisprudenziale nazionale. – 3.7. La disapplicazione dei provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3.8 La rilettura della sentenza *Ciola* alla stregua dell'art. 5 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo. – 3.9. La disapplicazione dei provvedimenti amministrativi anticomunitari nella giurisprudenza nazionale. – 3.10. L'interpretazione conforme.

3.1. La giustificazione dogmatica dell'inoppugnabilità

Costituisce affermazione ricorrente che la previsione di un termine decadenziale per l'impugnazione di un provvedimento amministrativo sia una declinazione, nel concreto delle regole processuali, del principio di certezza del diritto¹. E, in questa prospettiva, emerge con prepotenza lo stretto rapporto esistente tra l'inoppugnabilità del provvedimento amministrativo e l'intangibilità del giudicato: entrambe, appunto, immaginate a salvaguardia della certezza del diritto.

Ma è questa una prospettiva che già Cammeo ebbe efficacemente a contrastare²; giacché, a tacere d'altro, l'equiparazione della inoppugnabilità al giudicato è impedita dal banale rilievo che al regime d'immutabilità della sentenza si contrappone quello della «congenita instabilità» degli atti amministrativi³, in ragione della continuità e inesauribilità dell'azione amministrativa. Invero, l'inoppugnabilità non impedisce alla P.A. di riesaminare l'atto, eventualmente revocandolo e annullandolo. E, comunque, bisogna, altresì, considerare che si tratterebbe, in ogni caso, di una certezza del diritto relativa (una contraddizione in termini, dunque), giacché il termine di impugnazione del provvedimento amministrativo decorre dal momento in cui l'interessato ha avuto notizia della sua esistenza. Donde, ciò che è (inoppugnabile e dunque) certo per taluni è invece ancora suscettibile d'essere contestato da altri.

¹ F. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 243, afferma che «La previsione di un termine decadenziale, di durata limitata, riflette l'esigenza di certezza nelle situazioni giuridiche, per l'amministrazione e per i cittadini interessati che possono aver prestato affidamento nel provvedimento in questione». In questo senso, con rilievi di teoria generale del diritto, A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, in Riv. trim. dir. e proc. civile, 1964, 191, afferma che «la funzione della decadenza di limitare temporalmente la possibilità di creare una modificazione giuridica può anche essere ricollegata ad una generica esigenza di certezza del diritto».

² F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, 171.

³ A. NEGRELLI, *La resistenza degli atti nazionali "definitivi" nel diritto europeo: una stabilità alla rovescia*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2011, 1496.

Quindi, il principio della certezza del diritto è qui (con riguardo all'inoppugnabilità del provvedimento) richiamato a sproposito.

Il richiamo (alla certezza del diritto) può ammettersi solo come metafora, a rappresentare la similitudine di effetti prodotti dai due meccanismi processuali (la decadenza e il giudicato).

In realtà, la decadenza è null'altro che un privilegio dell'amministrazione pubblica (a giustificarla si potrebbe dunque invocare piuttosto il principio di continuità dell'azione amministrativa), a rendere squilibrato il rapporto di diritto pubblico⁴, a tutto vantaggio del sollecito esercizio di una pubblica potestà nell'interesse pubblico.

Era, dunque, opinione di Giannini che l'inoppugnabilità fosse «*La più strana, e per certi profili ancor misteriosa, delle articolazioni dell'imperatività*». Egli rinveniva, infatti, il suo fondamento nel bisogno di rendere più spedita l'azione della pubblica amministrazione. Ma escludeva che fosse «*un tratto necessario e ineliminabile dell'imperatività*». Sicché, in questa diversa prospettiva, non sarebbe nemmeno il caso di cercare una giustificazione dogmatica dell'inoppugnabilità, essendo piuttosto un «*istituto di diritto positivo*», che si fonda esclusivamente su di un «*fondamento empirico*»: la volontà di rafforzare la posizione della P.A.⁵.

Parrebbe, dunque, che l'inoppugnabilità non sia un'ineliminabile qualità del provvedimento, una sua caratteristica congenita, un imperativo di carattere dogmatico, bensì un suo particolare e contingente effetto, voluto dal legislatore per attribuire all'amministrazione una posizione di vantaggio, nei rapporti che essa intrattiene con i privati nell'esercizio di un potere autoritativo; enfatizzando per questa via il vantaggio dell'amministrazione (già, peraltro, notevole) nei rapporti con i privati, che risultano così menomati nell'esercizio dei loro diritti di difesa, nel soddisfacimento di un interesse pubblico che il legislatore ha voluto tutelare anche quanto fondato sulla violazione dei diritti del singolo.

Dunque, piuttosto che un principio, l'inoppugnabilità è il meccanismo processuale per il soddisfacimento di un bisogno di carattere empirico della P.A. (l'opportunità, per così dire, di agire passo dopo passo, senza rischiare che l'invalidità latente di un provvedimento presupposto possa abbattersi, con effetto domino, su tutta la sequenza degli atti successivi che in esso trovino il loro necessario presupposto logico), avvertito da un legislatore attento ai bisogni dello Stato-apparato anziché a quelli dello Stato-comunità.

Quindi, probabilmente, se ne potrebbe bene fare a meno, senza compromettere nessuno dei principi fondanti dello Stato di diritto; essendo piuttosto un simile privilegio per l'amministrazione difficilmente conciliabile con i diritti di garanzia del cittadino nel rapporto con la pubblica autorità, che in entrambe le prospettive sono imprescindibili.

⁴ M. ANTONIOLI, *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1999, 1396.

⁵ M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in Enc. dir., IV, 1959.

Ciò chiarito (a deideologizzare il concetto di inoppugnabilità), si può, comunque, anche giustificare l'inoppugnabilità con la certezza del diritto (meglio: qualcosa che le assomiglia), sempre che si sia consapevoli che in questo modo si vuole definire una situazione simile negli effetti al giudicato (un giudicato, agli effetti pratici) ma non a esso sovrapponibile nei suoi presupposti dogmatici (una metafora, appunto). La certezza del diritto conseguente al giudicato è assoluta, perché conaturata alla funzione del processo; mentre la certezza del diritto derivante dall'inoppugnabilità è per sua natura relativa. E, quindi, in questo caso quella particolare certezza del diritto (relativa) è senz'altro suscettibile di essere conciliata con altri principi fondanti dell'ordinamento. Primo tra tutti, quello di legalità, specialmente comunitaria (come dinanzi si dirà).

3.2. La prospettiva comunitaria

Tutti gli ordinamenti nazionali di giustizia amministrativa prevedono un termine decadenziale, piuttosto ristretto, per l'impugnazione di provvedimenti amministrativi dinanzi all'autorità giudiziaria. E anche nella prospettiva comunitaria si ritiene tale limitazione temporale all'esercizio dell'azione la necessaria conseguenza dell'operatività di un principio fondamentale: la certezza del diritto. Si è, infatti, sostenuto che bisogna «*giungere a un adeguato equilibrio tra l'esigenza di una tutela efficace dei diritti derivanti dall'ordinamento comunitario, compresi quelli conferiti dalle direttive, ed i principi del rispetto dell'autonomia delle disposizioni procedurali nazionali e della certezza del diritto*»⁶.

Già si è scritto dell'ingannevolezza di una simile giustificazione (la certezza del diritto rappresenta l'inoppugnabilità solo per metafora).

Nondimeno, è così tradizionalmente intesa.

In ambito comunitario si è posto, vieppiù, il problema dell'intangibilità dei rapporti coinvolgenti l'esercizio delle pubbliche potestà, ancorché in contrasto con il diritto europeo, con il principio di effettività del processo, non solo in una logica funzionale alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive (a proposito delle quali, si può certo convenire con la matrice, in senso lato, sanzionatoria dell'effetto decadenziale che colpisce chi, pur potendolo fare, non si sia attivato prontamente per la tutela dei propri interessi legittimi ingiustamente lesi dall'esercizio di un atto autoritativo, secondo la celebre locuzione «*dormientibus ac non vigilantibus iura non succurrunt*»), ma soprattutto nella necessità di utilizzare il processo anche a tutela della legalità obiettiva; ciò che male si concilia con un sistema processuale incapace (proprio in virtù dell'effetto decadenziale) di espungere dall'ordinamento giuridico situazioni giuridiche soggettive incompatibili con la norma europea.

Ciò che ha innescato una riflessione meno dogmatica (ma già abbiamo scritto che si tratterebbe comunque di un'inutile sovrastruttura di una scelta ordinamenta-

⁶ Così si è espresso l'Avvocato Generale F. G. Jacobs nelle sue conclusioni nella causa C-188/95.

le che è esclusivamente di tipo empirico) rispetto al tema dell'inoppugnabilità. E questo sotto due riflessi: (i) una maggiore elasticità nell'applicazione del termine decadenziale di impugnazione (sentenza *Emmott*⁷); (ii) l'estensione del meccanismo della disapplicazione anche agli atti amministrativi individuali e concreti (sentenza *Ciola*⁸).

3.3. La relatività dei termini di impugnazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia

La Corte di giustizia nella sentenza *Emmott*⁹ ha sostenuto che «*fino al momento della trasposizione corretta della direttiva, lo Stato membro inadempiente non può eccepire la tardività di un'azione giudiziaria avviata nei suoi confronti da un singolo al fine della tutela dei diritti che ad esso riconoscono le disposizioni della direttiva [perciò] un termine di ricorso di diritto nazionale può cominciare a decorrere solo da tale momento*».

La sentenza fu avvertita come eversiva dei consolidati principi processuali, appunto, convergenti sulla (labile) equazione inoppugnabilità=certezza del diritto, tanto da essere definita da taluno come «*un momento di follia giudiziaria*»¹⁰.

Nondimeno, la Corte di giustizia non si è mai allontanata da quella sua originaria intuizione (in effetti, mai formalmente abiurata); negando tuttavia, in concreto, l'operatività della c.d. dottrina *Emmott* in vicende analoghe. E, però, giustificando quel suo parziale cambio di rotta in ragione della peculiarità dei casi poi sottoposti al suo esame.

Ciò, in taluni casi, giustificando quel suo ripensamento col fatto che la tardività dell'iniziativa non aveva, nella particolare vicenda concreta, comunque impedito l'iniziativa processuale, ma solo limitato l'efficacia retroattiva della pronuncia giurisdizionale¹¹.

Nella sentenza *Steenhorst-Neerings*¹² si legge, infatti, che «*Occorre sottolineare, in primo luogo, che, diversamente dalla norma di diritto interno che fissa i termini di ricorso, la norma de qua non incide sul diritto di invocare la direttiva ... davanti al giudice nazionale nei confronti di uno Stato membro inadempiente. Essa si limita a circoscrivere l'effetto retroattivo delle domande presentate al fine di ottenere la prestazione controversa*».

⁷ Corte di giustizia, 25/7/1991, causa C-208/90.

⁸ Corte di giustizia, 20/4/1999, causa C-224/97.

⁹ Corte di giustizia, 25/7/1991, causa C-208/90.

¹⁰ L. FLYNN, *Whatever Happened to Emmott? The Perfecting of Community Rules on National Time Limits*, in AA.VV., *The Future of Remedies in Europe*, Oxford, 2000, 2000, 51, scrive, appunto di «*a moment of judicial madness*».

¹¹ N. NOTARO, A commento alla sentenza *Fantask*, in CMLR, 1998, 391, sostiene che «*If the time-limits in Emmott and Steenhorst-Neerings are similar, then the latter case has to be considered as overruling the former, because the two different solutions reached by the Court are not reconcilable. This interpretation, although more coherent legally, was rejected by the Court of Justice in the subsequent case of Johnson. The Court seems more inclined to consider the Steenhorst-Neerings ruling as a redefinition of the scope of the Emmott decision*».

¹² Corte di giustizia, 27/10/1993, causa C-338/91.

Come poi chiarito nella sentenza *Johnson*¹³, «la soluzione sviluppata nella sentenza *Emmott* era giustificata dalle circostanze tipiche di detta causa, nelle quali la decadenza dai termini arrivava a privare totalmente la ricorrente nella causa principale della possibilità di far valere il suo diritto alla parità di trattamento in virtù della direttiva [e non è estensibile a] una norma che non esclude l'azione, ma si limita a circoscrivere il periodo, anteriore alla presentazione della domanda, per il quale possono essere ottenuti arretrati di prestazioni».

Ciò, in altri casi, distinguendo la diretta applicabilità di una direttiva dall'efficacia diretta di una norma dei Trattati.

Nella sentenza *Haahr Petroleum*¹⁴ si legge, al proposito, che, «Poiché la domanda di rimborso considerata dalla quinta questione pregiudiziale non è basata sull'effetto diretto di una disposizione di una direttiva non recepita correttamente nel diritto nazionale, ma su quello di una disposizione del Trattato, occorre risolvere tale questione nel senso che il diritto comunitario non osta all'applicazione, quanto a una domanda di rimborso basata sulla violazione dell'art. [110 TFUE], di una norma nazionale, in forza della quale l'azione giudiziaria diretta alla ripetizione di tasse indebitamente versate è prescritta dopo lo spirare di un termine di cinque anni, anche se detta norma produce così l'effetto d'impedire, in tutto o in parte, il rimborso di dette tasse».

Qui il distinguo (direttiva non correttamente trasposta/norma del Trattato direttamente applicabile) si giustifica, con chiara evidenza, perché in questo caso, a differenza che nella sentenza *Emmot*, non si può imputare allo Stato membro (che si avvantaggia della decadenza) una omissione. Così che non vi è nella sentenza *Haahr Petroleum* da evitare l'ingiustizia di far gravare le negative conseguenze di un inadempimento sulla vittima incolpevole di quella omissione, avvantaggiando di contro il suo responsabile. Come, invece, era necessario fare nella sentenza *Emmot* per evidenti ragioni di equità riassumibili nel principio di autoresponsabilità. E che hanno, senz'altro indotto la Corte di giustizia a far prevalere la legalità sulla certezza del diritto (meglio: la continuità dell'azione amministrativa) a tutto vantaggio del pieno dispiegamento dell'*effet utile* della norma UE.

Nella successiva sentenza *Fantask*¹⁵ la coerenza nelle pronunce della Corte di giustizia (già debolmente giustificata da considerazioni di carattere pratico piuttosto che dalla rigorosa applicazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale) pare dissolversi completamente.

O almeno questa è l'impressione che taluno vi ha ricavato¹⁶.

Vi si afferma, infatti, che «il diritto comunitario non vieta ad uno Stato membro, che non ha attuato correttamente la direttiva, di opporre alle azioni dirette al rimborso di tributi riscossi in violazione di tale direttiva un termine di prescrizione nazionale che decorra dalla data di esigi-

¹³ Corte di giustizia, 6/12/1994, causa C-410/92.

¹⁴ Corte di giustizia, 17/7/1997, causa C-90/94.

¹⁵ Corte di giustizia, 2/12/1997, causa C-188/95.

¹⁶ N. NOTARO, nel commento alla sentenza *Fantask*, cit., 1393, afferma che «The logical development of the case law referred to above should have brought the Court to assimilate the time-limit in *Fantask* to the one in *Emmott* and coherently apply the latter ruling. In fact, in both cases it is the possibility of bringing the claim itself, and not only its retroactive effect, which is limited. On the contrary, both Advocate General Jacobs and the Court no longer insisted on the different nature of the time-limits at stake and applied to *Fantask* the same solution as in *Steenborst-Neerings* and *Johnson*».

bilità dei tributi di cui trattasi, qualora tale termine non sia meno favorevole per i ricorsi basati sul diritto comunitario di quello dei ricorsi basati sul diritto interno e non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario».

Vi è però da rilevare che, nella sentenza *Fantask*, a differenza di quanto accaduto nella sentenza *Emmot* ove la controversia coinvolgeva una decadenza (di tre mesi), era invece in discussione un termine di prescrizione (di cinque anni).

In un caso, dunque, si controverteva di un breve «*termine di ricorso*»¹⁷, nell'altro, appunto, di un assai più ampio «*termine di prescrizione*»¹⁸.

Sicché, nella considerazione che il principio *Emmot* di relatività delle decadenze processuali è una semplice declinazione del più generale principio *Rewe* di effettività (che impedisce l'operatività di una norma processuale nazionale che renda impossibile o eccessivamente difficile la tutela giurisdizionale di un diritto definito da una norma UE), vi sono solide argomentazioni per giungere alla conclusione che la giurisprudenza della Corte di giustizia sia in realtà di assoluta coerenza, nella migliore conciliazione dei termini decadenziali per l'esercizio dell'azione giudiziaria (a pretesa tutela della certezza del diritto) e dell'effetto utile dell'effetto diretto delle norme UE (che impone di garantire la corretta applicazione del diritto comunitario nel perseguimento di un interesse metaindividuale)¹⁹.

E, inverò, lo stesso Avvocato Generale Jacobs afferma che «*Si potrebbe pensare che tali termini di prescrizione possano essere tenuti distinti dai termini di ricorso, quale il termine di tre mesi di cui alla causa Emmot; quest'ultimo costituisce una preclusione assoluta dell'azione, mentre il primo limita semplicemente l'efficacia della domanda*»²⁰. Ciò ancorché egli poi (erroneamente) sostenga che non vi siano sostanziali differenze tra i due termini. Quando è, piuttosto evidente la loro differenza; come la dottrina ci insegna²¹.

¹⁷ Corte di giustizia, 25/7/1991, causa C-208/90, *Emmot*.

¹⁸ Corte di giustizia, 2/12/1997, causa C-188/95, *Fantask*.

¹⁹ Corte di giustizia, 5/2/1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*.

²⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale F. G. Jacobs nella causa C-188/95.

²¹ V. TEDESCHI, *Decadenza (diritto civile e diritto processuale civile)*, in Enc. dir., XI, 1962, scrive al proposito che nella decadenza «*la non-attività si commisura non già, in guisa generica, all'esercizio del diritto, ma allo specifico ed infungibile compimento dell'atto – assai spesso “singolare” – “previsto dalla legge o dal contratto”: ciò rappresenta, appunto, una prima differenza della non-attività inerente alla decadenza, rispetto a quella inerente alla prescrizione, differenza della quale è immediato riflesso la distinzione tra “impedimento”(della decadenza) e “interruzione” (della prescrizione) [e] mentre per la prescrizione è questione della non-attività nella sua “durata” (art. 2934 “... non la esercita per il tempo determinato dalla legge”), per la decadenza, invece, della non-attività è questione con riferimento ad un punctum temporis (perentorio: art. 2964: “... deve esercitarsi entro un dato termine”). Di conseguenza, mentre la non-attività della prescrizione, quale fattispecie di durata, è suscettibile, nella sua purezza, di riprodursi, per così dire, all'infinito, dato che qualora sia venuta meno, per cessazione della non-attività (interruzione), la fattispecie già iniziata, può pur sempre insorgere un nuovo periodo prescrizione, nella decadenza la vicenda si esaurisce entro il termine stabilito, o con il compimento dell'atto (impedimento), o, nel caso di mancato compimento, con il verificarsi dell'effetto estintivo. Correlativamente, la fattispecie della prescrizione dà luogo ad un momento estintivo per sua natura mobile, mentre nella decadenza la fattispecie è e rimane ancorata al termine prefisso». Andando oltre il dettato normativo, in termini di teoria generale del diritto, A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, cit., 183, sostiene che l'aspetto funzionale della prescrizione è «*nel senso di eliminare le fratture che eventualmente si verificano tra situazione di fatto e situazione di diritto*», e nel richiamo alla rappresentazione di A. DERNBURG, *Pandette*, Torino, 1906, I, 442 e 443, si esprime nel senso che «*la prescrizione ha per scopo la difesa del presente contro il passato*». Così che,*

Dunque, quantunque la previsione di un termine decadenziale per l'esercizio di un diritto riconosciuto da una norma UE avente efficacia diretta sia in astratto compatibile con il principio di effettività della sentenza *Reve*, nondimeno tale ostacolo all'espunzione dall'ordinamento di situazioni giuridiche soggettive anticomunitarie non è accettabile ogniquale volta l'obiettivo situazione di incertezza normativa (imputabile allo Stato membro) costituisca un impedimento assoluto al tempestivo esercizio dell'azione giudiziaria, anche con riferimento a rivendicazioni di diritti ancora esposti alla lesività del provvedimento non tempestivamente impugnato (e non solo a circoscrivere l'efficacia retroattiva delle dette rivendicazioni).

In questo modo assemblate le differenti pronunce a comporre la trama giurisprudenziale, è agevole individuare il minimo comune denominatore delle varie sentenze della Corte di giustizia sul tema dell'inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi: il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Così che è dimostrato l'errore di chi descrive la giurisprudenza comunitaria in argomento come l'atteggiamento incoerente di un giudice sprezzante della coerenza dogmatica delle sue pronunce, che si vorrebbero piuttosto affidate a un imprevedibile giudizio equitativo sulla singola vicenda in contenzioso.

In realtà, la dogmatica della Corte di giustizia si ispira pienamente al principio di effettività che la permea di sé; ed è di lineare coerenza se la si rapporta a esso (com'è inevitabile fare).

Altro è a dirsi (ma altro dice la Corte di giustizia) se la coerenza la si voglia ricavare, piuttosto che nella convergenza su di un principio (l'effettività della norma e della tutela giudiziaria) declinato in astratto con riferimento a indefinite situazioni non rappresentabili a priori attraverso una fattispecie normativa a precetto definito, sulla identità delle soluzioni raggiunte a posteriori dal giudice comunitario con riferimento alla concreta vicenda in contenzioso e che non possono essere risolte (com'è per ogni concetto giuridico indeterminato) attraverso un giudizio prognostico impostato sulla logica binaria vero/falso, bensì decise nella logica sfocata che presiede all'applicazione di un principio (per sua natura privo di un riferimento a una fattispecie normativa con precetto definito) che il giudice è chiamato a rendere concreto attraverso la sua interpretazione valutativa.

Bisogna, dunque, evitare l'equivoco di additare come soluzioni estemporanee affidate al caso di un giudizio equitativo (la giustizia del caso concreto) statuizioni

sotto il profilo funzionale, è netta la differenza con la decadenza che è, invece, intesa a «limitare nel tempo la facoltà attribuita ad un soggetto di provocare una modificazione in una data situazione giuridica; se si vuole, la facoltà di creare una situazione giuridica nuova». In breve: «se il legislatore ha inteso mirare al consolidamento di uno stato di fatto in stato di diritto, si applicheranno le norme sulla prescrizione. Se viceversa si tratta di limitare nel tempo la possibilità di attuare una data modificazione giuridica, allora si applicheranno le norme sulla decadenza ... nell'un caso la situazione incisa sarà un diritto, nell'altro un potere». Sicché, forse si potrebbe dire che la decadenza ha, invece per scopo la difesa del presente contro il futuro. Ciò che dogmaticamente si definisce l'aspetto dinamico della situazione coinvolta nella decadenza. Di ciò pare si possa trovare conferma in S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, 46 ss., il quale sostiene che la decadenza opererebbe sul potere giuridico di creare nuovi rapporti giuridici o situazioni giuridiche soggettive (l'aspetto dinamico), mentre la prescrizione opererebbe sul diritto soggettivo (l'aspetto statico).

che invece costituiscono la rigorosa applicazione di un principio: l'*effet utile*, appunto. Giacché è ben noto che le decisioni secondo equità e l'interpretazione valutativa di un concetto giuridico indeterminato sono affatto differenti. Donde, è da escludere che la giurisprudenza della Corte di giustizia in ordine all'inoppugnabilità sia di natura nomopoietica²².

3.4. L'errore scusabile nell'interpretazione della giurisprudenza nazionale

Il nostro ordinamento di giustizia amministrativa è senz'altro coerente con la giurisprudenza comunitaria (anche nella sua versione più radicale), essendo previsto, come istituto di carattere generale, quantunque di misurata applicazione nella prassi giudiziaria, la rimessione in termini per errore scusabile.

L'art. 37 c.p.a prevede, infatti, che *«Il giudice può disporre, anche d'ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto»*.

Ciò che in ognuno dei casi che hanno condotto la Corte di giustizia a porsi il problema della relatività delle decadenze – per la prima volta affrontato nella sentenza *Emmott*, e che ha guidato il giudice comunitario a pronunce differenti nell'esito, ma sempre coerenti con quella sua originaria intuizione – l'applicazione della norma processuale nazionale avrebbe senz'altro consentito al giudice nazionale (operante come giudice decentrato del diritto comunitario) la rimessione in termini del ricorrente.

Sicché, si può certo affermare che la disciplina normativa del nostro processo amministrativo al riguardo dei termini decadenziali per proporre l'impugnazione degli atti della P.A. sia addirittura più aderente al principio di effettività delle norme UE di quanto non lo siano le stesse pronunce della Corte di giustizia sul tema.

Invero, la giurisprudenza amministrativa si è espressa nel senso della rimessione in termini per errore scusabile, determinato: (i) dal contrasto di orientamenti giurisprudenziali; (ii) dall'ambigua condotta della P.A.; (iii) dall'equivocità della normativa.

Il Consiglio di Stato ha, infatti, più e più volte affermato che *«l'istituto della rimessione in termini per errore scusabile presuppone una situazione normativa obiettivamente non conoscibile o confusa oppure uno stato d'incertezza per l'oggettiva difficoltà d'interpretazione di una norma, per la particolare complessità della fattispecie concreta, per contrasti giurisprudenziali esistenti o per il comportamento non lineare dell'amministrazione, idonei a ingenerare convincimenti non esatto»*²³.

Si tratta, in effetti, di quelle stesse situazioni di fatto che, nella logica delle statuizioni della Corte di giustizia, anche nella loro versione più radicale, renderebbero incoerente con il principio di effettività una norma di diritto processuale che subordinasse l'esercizio di un'azione giudiziaria al rispetto di un perentorio termine d'impugnazione.

²² Così è invece intesa da M. ANTONIOLI, *Inoppugnabilità e disapplicabilità*, cit., 1371.

²³ Consiglio di Stato, Sez. V, 2/11/2011, n. 5836.

Donde, la sicura coerenza del nostro sistema di giustizia amministrativa con la giurisprudenza della Corte di giustizia, così come espressa per la prima volta nella sentenza *Emmott* e in quelle successive che ne hanno via via perfezionato l'approccio.

3.5. La disapplicazione dei provvedimenti amministrativi anticomunitari (l'individuazione del problema)

Collegato al tema dei termini decadenziali entro i quali impugnare gli atti della P.A. vi è la questione della disapplicabilità dei provvedimenti amministrativi, che non siano, appunto, stati impugnati nel termine prescritto per l'azione di annullamento.

Nessuno²⁴ più dubita della disapplicazione della norma interna, di ogni ordine e grado, contrastante con l'ordinamento comunitario²⁵.

Il problema, però, è ancora di stringente attualità nel caso in cui la violazione del diritto UE derivi, piuttosto che da una norma generale e astratta, da un provvedimento amministrativo individuale e concreto, giacché si esclude, in questi casi, la disapplicazione del provvedimento amministrativo, ancorché in contrasto con la norma UE²⁶.

Si è, infatti, sostenuto che questa conclusione sia inaccettabile dal punto di vista comunitario, perché «per gli atti amministrativi nazionali avremmo molte più limitazioni che per gli atti normativi, al fine di far valere la loro anticomunitarietà; ciò che rappresenta un evidente paradosso [invero] Non accettando il regime di generale disapplicabilità per tali atti amministrativi si giungerebbe al paradosso di una loro particolare capacità di resistenza agli effetti comunitari, nel mentre gli atti normativi sarebbero cedevoli (nel senso della loro disapplicabilità) in ogni caso i cui si prospetti una loro anticomunitarietà. Con l'effetto di determinare una inversione del valore giuridico degli atti giuridici nazionali»²⁷.

È, in effetti, evidente come un simile distinguo tra l'invalidità della norma e l'invalidità del provvedimento, quantunque l'invalidità derivi, in entrambi i casi, dal contrasto con le norme UE, sia difficilmente giustificabile con riguardo all'effettività dei meccanismi di tutela²⁸, quantunque non necessariamente privo di coerenza sistematica²⁹.

²⁴ Se si fa eccezione del *Trybunal Konstytucyjny* polacco, nella sua recente sentenza 7/10/2021, n. k-3/21 (quanto però non ha, e nemmeno pretende di avere, alcuna consistenza dogmatica, parendo, piuttosto, una brutale manifestazione di forza nel soddisfacimento di ideologie politiche).

²⁵ Corte di giustizia, 9/3/1978, causa 106/77, *Simmenthal*.

²⁶ A. GATTO, *I poteri del giudice amministrativo rispetto a provvedimenti individuali e concreti contrastanti con il diritto comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2002, 1429 ss.

²⁷ M. P. CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, 2011, 498.

²⁸ G. CONTALDI, *Atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, in Dir. Un. eur., 2007, 752, ritiene che, a imporre la disapplicazione per le norme e a escluderla per i provvedimenti, «La situazione che si determina, in effetti, presenta taluni profili paradossali». E sull'esito paradossale del distinguo si esprimono altresì G. MONTEDORO, *Il regime processuale dell'atto nazionale anticomunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2011, 1411 e V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2008, 449.

²⁹ G. GRECO, *Impugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2006, 518, critica l'impostazione suggerita da una pretesa simmetria tra le due vicende (disapplicazione della norma/disapplicazione del

Si finisce, infatti, in questo modo con l'assegnare al provvedimento amministrativo in contrasto con una norma UE una resilienza superiore a quello che ha invece una legge, in tal modo sovvertendo la gerarchia degli atti giuridici costitutivi di situazioni giuridiche soggettive, attribuendo al provvedimento una forza di grado superiore a quella della legge³⁰.

Così da prefigurare il paradosso che il giudice amministrativo si trovi a disapplicare una norma comunitaria nazionale e ad applicare il provvedimento emanato in attuazione di quella medesima norma³¹.

Si è tentato di superare l'evidente incongruità di una simile soluzione attraverso la configurazione di una particolare tipologia di patologia comunitaria³²: donde, l'affermazione della nullità del provvedimento violativo del diritto europeo.

Si tratta, però, di conclusione accettabile solo nella misura in cui il provvedimento amministrativo sia in esecuzione di una potestà che si fondi su di una legge nazionale in contrasto con il diritto UE³³.

In questo modo, infatti, vi è perfetta coerenza tra le esigenze di effettività della norma UE e di tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive che essa conferisce al privato (ciò che impone, appunto, la disapplicazione della norma nazionale in contrasto con la norma comunitaria) e la configurazione dogmatica e la descrizione normativa della fattispecie d'invalidità di cui all'art. 21-*septies* della legge n. 241/1990, che afferma la nullità del provvedimento che è «*viziato da difetto assoluto di attribuzione*»³⁴.

provvedimento) in realtà inesistente, giacché, «*mentre il Giudice comune non avrebbe alcun altro mezzo per neutralizzare l'efficacia della legge nazionale in contrasto con la normativa comunitaria, il Giudice amministrativo è titolare, rispetto al provvedimento parimenti contrastante, del ben più radicale potere di annullamento*».

³⁰ M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 498, afferma al proposito che si realizza in questo modo «*una inversione del valore giuridico degli atti giuridici nazionali, non giustificata da nessun convincente argomento generale*».

³¹ G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione e interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in *Dir. amm.*, 2014, 222.

³² G. MONTEDORO, *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero dell'insostenibile leggerezza del processo impugnatorio)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 519 ss., sostiene che «*l'opposizione fra annullamento e disapplicazione nel processo amministrativo è una delle questioni giuridiche più misteriose, ambigue ed irrisolte dell'ordinamento giuridico multilivello nel quale stiamo vivendo*».

³³ Si è, tuttavia, sostenuto che questa conclusione (la nullità di un provvedimento anticomunitario perché adottato in carenza assoluta di potere) sarebbe possibile nel solo caso (teorico) di un atto amministrativo nazionale adottato sulla base di una norma interna, in contrasto con il diritto comunitario, ma tuttavia operante in un ambito non regolato dal diritto comunitario (M.P. CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. amm.*, 2003, 701). Ciò che costituirebbe piuttosto una evidente contraddizione (R. VILLATA, *Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 857 e 858). In ogni altro caso, infatti, «*non può dubitarsi che la disposizione comunitaria violata si ponga ... come diretto parametro di legalità dell'atto amministrativo*» (Consiglio di Stato, Sez. V, 10/1/2003, n. 35), donde «*al venir meno del parametro nazionale viene in soccorso quello comunitario*» (G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione e interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in *Dir. amm.*, 2014, 31). Ma non è così, a ritenere la separazione gli ordinamenti nazionale e comunitario «*autonomi e distinti, ancorché coordinati*» secondo la lezione della Consulta (Corte costituzionale, 18/12/1973, n. 183), nel qual caso «*la norma comunitaria a monte non interviene in soccorso, come nuovo parametro di legittimità di quell'atto, per la ragione che essa rimane aliena, appartenente ad un ordinamento altro*» (G. MAS-SARI, *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 647).

³⁴ V. CERULLI IRELLI, *Violazioni del diritto europeo e rimedi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 669,

Invero, una volta che si abbia a disapplicare (in virtù del principio del primato e dell'effetto diretto) la norma nazionale in contrasto con la norma comunitaria, il provvedimento amministrativo rimane privo della sua giustificazione normativa (l'attribuzione del potere di cui esso è espressione), e, dunque, diviene deliberato in carenza assoluta di potere, con la conseguenza che la sua nullità deriva alla piana applicazione della legge nazionale di definizione della patologia dei provvedimenti della P.A.³⁵.

In ogni altra ipotesi, quando la norma nazionale non sia attributiva del potere esercitato, bensì solo conformativa dello stesso, la soluzione prospettata di un regime d'invalidità comunitario differente da quello prescritto dal diritto nazionale non sembra accettabile³⁶.

Dunque, quando non sia in discussione una norma attributiva del potere, si deve piuttosto giustificare il regime della disapplicabilità del provvedimento amministrativo in contrasto con le norme UE di effetto diretto sul piano meramente processuale, come «variante sul versante amministrativo del potere di disapplicazione degli atti normativi statali contrastanti con il diritto comunitario»³⁷; o, perlomeno, in analogia con il meccanismo previsto dall'art. 5 della legge n. 2248/1865, Allegato E³⁸, che consente al giudice ordinario di disapplicare il provvedimento amministrativo dei cui effetti egli sia chiamato a decidere in una controversia su diritti soggettivi.

riconde alla nullità ex art. 21-*septies* della legge n. 241/1990, con riferimento alla mancanza degli elementi essenziali, le situazioni in cui «la fattispecie risulti carente di elementi imposti dalla normativa europea, in settori di esclusiva pertinenza del diritto europeo (come quello della tutela della concorrenza, o del divieto di aiuti di Stato) o comunque coperti da esaustiva disciplina europea (come nel settore della tutela dell'ambiente)». In questo modo, però, si fa dipendere il regime dell'invalidità (nullità/annullabilità), piuttosto che dalla tipologia astratta del vizio, dalla valutazione in concreto della gravità della violazione del precetto legale e della misura in cui ciò corrompa la fattispecie astratta definita dal legislatore. Il discrimine sarebbe, perciò, non già qualitativo ma quantitativo. Ciò che, a tacere d'altro, renderebbe assai inconsistente (e certo imprevedibile nelle sue applicazioni concrete) il distinguo tra le due fattispecie di invalidità del provvedimento amministrativo, che pure soggiacciono a un regime processuale radicalmente differente.

³⁵ S. CASSESE, *Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali*, in Quaderni SPISA, Rimini, 1994, così si esprime: «il principio della disapplicazione della norma interna in contrasto con il diritto europeo, fa sì che lo schermo della norma nazionale diventi caduco ... il giudice nazionale dovrà accertare la nullità del provvedimento amministrativo emanato in base alla norma nazionale, non la sua annullabilità».

³⁶ V. CERULLI IRELLI, *Violazioni*, cit., 657 ss., sostiene che «In ordine al regime di invalidità di atti amministrativi adottati da autorità nazionali in violazione di norme europee, si può considerare un dato acquisito che detto regime sia in principio equiparato a quello degli atti adottati da autorità nazionali in violazione di norme nazionali, cioè annullabilità o nullità a seconda del tipo di violazione ai sensi degli artt. 21 *septies* ed art. 21 *octies*, l. n. 241/1990», ma soggiunge che «Fermo restando che l'atto adottato in violazione di norme e principi europei è invalido alla stregua dell'ordinamento nazionale, come si è detto, si apre il problema di stabilire se e in quali termini possano trovare applicazione le limitazioni che, in virtù di istituti generali del nostro diritto amministrativo, sono poste, in ordine ai modi nei quali detta invalidità può essere rilevata (in sede giurisdizionale, e in sede amministrativa) e tradursi nella eliminazione dell'atto (secondo le diverse forme previste) e nella cessazione dei suoi effetti (la cui produzione risulti in contrasto con norme europee)».

³⁷ M.P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1991, 827. Si tratta, però, di opinione isolata in dottrina. A contrastarla, tra gli altri, S. GIACCHETTI, *Disapplicazione? No grazie*, in Dir. proc. amm., 1997, 726, il quale obietta che la disapplicazione «incrina la certezza del diritto, la conoscibilità del diritto e il principio di uguaglianza, e sul piano pratico lascia in circolazione gusci vuoti, simulacri di atti amministrativi, che però, in virtù dell'affidamento creato dalla loro apparente esistenza, possono essere causa di incertezza».

³⁸ M. ANTONIOLI, *Inoppugnabilità e disapplicabilità*, cit., 1999, 1374.

Ciò senza sovvertire, sul piano sostanziale, il regime dell'invalidità di quell'atto, che difatti è quello consueto dell'annullabilità, quando è il giudice amministrativo a occuparsene.

Ma anche al proposito di simile estensione della potestà del giudice di disapplicare il provvedimento amministrativo in contrasto con la norma UE, si è scritto che «*la disapplicazione rischia dunque di rivelarsi un rimedio abnorme, che, nell'affermare a tutti i costi l'effetto utile, finisce per scardinare altri pilastri dell'ordinamento integrato, minacciando di far crollare un edificio costruito su più livelli*»³⁹.

Non è così, tuttavia, giacché la giurisprudenza della Corte di giustizia acconsente generalmente alla definitività dei provvedimenti amministrativi, anche a detrimento della legalità comunitaria, in quanto la ritiene un corollario della certezza del diritto (che è un principio fondante anche dell'ordinamento comunitario); ma ne contrasta gli effetti vincolanti quando si traduce in un diniego di giustizia⁴⁰.

Sicché, il problema è sempre e soltanto quello di valutare la compatibilità di un meccanismo processuale (in questo caso la decadenza) con il principio di effettività, nel senso che a impedirne l'operatività è la circostanza che, nella specifica vicenda, esso renda impossibile o eccessivamente difficile la tutela giurisdizionale.

3.6. La disapplicazione dei provvedimenti amministrativi, nella dogmatica e nella prassi giurisprudenziale nazionale

La disciplina della disapplicazione è ancora oggi quella (ermetica) contenuta nell'art. 5 della legge n. 2248/1865, Allegato E, a mente del quale «*In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi*»⁴¹.

Di essa si è scritto che è «*un'altra figlia un po' deforme dei nostri istituti di giustizia amministrativa*»⁴²; in tal modo volendosi descrivere la disorganicità della sua configurazione, che ha persino impedito la sua sicura catalogazione tra gli istituti di natura processuale (com'è in effetti dai più intesa)⁴³. Si è, infatti, da taluno sostenuta la

³⁹ G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale*, cit., 227.

⁴⁰ T. EILMANSBERGER, *The relationship between rights and remedies in EC law: In search of the missing link*, in CMLR, 2004, 1209.

⁴¹ In realtà, la disapplicazione si intende comunemente estesa anche al vizio di eccesso di potere, così volendosi piuttosto in reazione all'illegittimità dell'atto amministrativo. E a estenderne il perimetro di applicazione, si ritiene che l'espressione «*leggi*» si riferisca anche ai regolamenti amministrativi e non solo alla legge in senso formale. Al proposito, anche per ampi riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, si rinvia a F. CINTIOLI, *Disapplicazione*, in Enc. dir., Annali, III, Milano, 2010, 269 ss. A. ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in Dir. proc. amm., 1983, 42 e 43, ritiene invece che «*tale espressione "leggi" deve essere intesa in senso rigoroso, ossia come norme rivestite di forma legislativa primaria, con esclusione delle norme rivestite di forma regolamentare secondaria*», e precisa al proposito che la disapplicazione si giustifica solo per la violazione di norme di relazione.

⁴² M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 1993, I, 331.

⁴³ A. TRAVI, *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile in alcuni recenti interventi della Cassazione*, in Dir. proc. amm., 2020, 8.

sua natura sostanziale, come particolare forma di patologia dell'atto che andrebbe ad aggiungersi alla nullità e all'annullabilità⁴⁴.

Nell'*incipit* («in questo come in ogni altro caso») si possono individuare due differenti situazioni⁴⁵: (i) «quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende lesa da un atto dell'Autorità amministrativa», come previsto dall'art. 4 della legge n. 2248 cit.⁴⁶; (ii) «in ogni altro caso».

Nella prima ipotesi, l'atto amministrativo è la causa della lesione del diritto del privato (o, viceversa, il diritto soggettivo controverso è un effetto dell'atto amministrativo)⁴⁷ e dunque la questione della sua legittimità inerisce all'oggetto principale della causa (com'è, con riguardo ai diritti soggettivi alla vita, alla salute, alla integrità fisica, insuscettibili di affievolimento nel rapporto con una pubblica potestà e dunque devoluti alla giurisdizione ordinaria anche in una vicenda in cui si controverta dell'esercizio di un potere autoritativo); nella seconda, la disapplicazione investe, invece, un atto presupposto al rapporto controverso (com'è, in una sequenza di atti e di rapporti che definiscono nel loro insieme l'ampiezza del diritto sog-

⁴⁴ Secondo la nota teorica di E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 23 ss., ora ripresa anche da A. ROMANO, *La disapplicazione*, cit., 53, che ritiene che «ogni teoria dell'invalidità dell'atto che non tenesse conto della esistenza di atti, appunto i provvedimenti amministrativi in violazione di norme di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, i provvedimenti amministrativi lesivi dei diritti soggettivi da queste protetti, la cui invalidità non consiste nella loro nullità o nella loro annullabilità, ma nella loro inapplicabilità, ci dovrebbe apparire monca».

⁴⁵ M.S. GIANNINI - A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in Enc. dir. XIX, 1970, 288, sostengono che «Si è posta in dottrina la questione, alquanto bizantina, se le norme degli art. 4 e 5 l. n. 2248, all. E, cit., contengano due precetti o uno solo; in realtà sono due precetti tra loro complementari. In sostanza essi dispongono che quando la controversia portata al giudice comporta la cognizione di un atto amministrativo, se il giudice ritiene che l'atto sia invalido, non lo annulla ma lo disapplica, dichiarandolo improduttivo di effetti in ordine al caso dedotto in giudizio».

⁴⁶ Ora si obietta l'impossibilità della coesistenza, all'interno di un medesimo rapporto, di un diritto soggettivo e un provvedimento amministrativo. Quantomeno, nella stragrande maggioranza delle situazioni. Costituiscono un'eccezione i diritti soggettivi insuscettibili di degradazione (G. VERDE, *Rimozione degli atti amministrativi ed effettività della tutela*, in Riv. dir. proc., 1984, 65 ss.). Donde, l'irrilevanza pratica della fattispecie. Bisogna, tuttavia, considerare che la legge di abolizione del contenzioso amministrativo si fondava sul presupposto della sopravvivenza del diritto soggettivo (e, dunque, della giurisdizione civile) nel rapporto con l'esercizio autoritativo di una pubblica potestà. L'erroneità dell'assunto fu efficacemente dimostrata da S. SPAVENTA nel suo noto discorso «Giustizia nell'amministrazione» dinanzi all'Associazione costituzionale di Bergamo nel 1880, ove appunto si legge: «la legge 20 marzo 1865 fece providamente e ottimamente questa riforma, restituendo al giudice ordinario tutte le questioni di diritto privato, ancorché vi fosse interessata la pubblica amministrazione. Ma essa ebbe la pretesa di fare molto di più: di sottoporre, cioè, al giudice ordinario anche le controversie di diritto pubblico, e questo non seppe e non poté fare se non in modo imperfetto. Anzi, abolendo radicalmente la giurisdizione, privò molti interessi di qualsiasi garanzia di giustizia, e lasciò molti diritti senza più giudice in balia dell'amministrazione così detta attiva, o di giurisdizioni speciali, informi o rudimentali, confuse con essa o che in essa mettono capo».

⁴⁷ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1952, II, 100. G. VIRGA, *Diritto amministrativo*, Milano, 1987, II, 242, suggerisce una diversa lettura della norma. Egli afferma che «Di tale facoltà il giudice ordinario può avvalersi non solo quando il provvedimento amministrativo è posto in essere dall'amministrazione ("in questo caso" di cui all'art. 5), ma anche quando il comportamento lesivo è stato posto in essere dal privato, il quale, a giustificazione del proprio operato, invoca un provvedimento emanato dall'amministrazione ("in ogni altro caso" di cui all'art. 5)». Si è, tuttavia, precisato che la norma debba essere interpretata nel senso che la disapplicazione sia consentita solo *in bona parte*, a vantaggio cioè del privato e non in suo pregiudizio (P. TANDA, *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario: in particolare, l'ipotesi del permesso di costruire illegittimo*, in Dir. proc. amm., 2019, 435).

gettivo dedotto in giudizio)⁴⁸. Sicché, in quest'ultima ipotesi, il dubbio sulla sua legittimità inserisce nella causa una questione pregiudiziale rispetto all'oggetto della controversia⁴⁹, che è perciò valutata in via incidentale, rimanendo dunque estranea al giudicato⁵⁰ (com'è, nella controversia tra privati, uno dei quali fondi la sua pretesa su di un atto amministrativo)⁵¹.

In realtà, la giurisprudenza esclude che un privato direttamente leso da un provvedimento della P.A possa invocare la disapplicazione dinanzi al giudice ordinario⁵², perché quando viene in gioco l'effetto provocato dall'atto amministrativo immediatamente nella sfera giuridica del privato, è dedotto in contenzioso piuttosto un interesse legittimo (se si vuole, metaforicamente, un diritto soggettivo che abbia subito l'affievolimento dovuto al provvedimento), così da sottrarre la controversia alla giurisdizione del giudice ordinario; quando si sostenga, invece, la nul-

⁴⁸ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 255, afferma che «l'art. 5 ... regola le ipotesi in cui, nella catena delle questioni che il giudice ordinario deve risolvere per decidere una controversia, vi è anche la questione della legittimità di un atto amministrativo». Allo stesso modo, G. VERDE, *Rimozione*, cit., 55, sostiene che l'art. 5 citato si riferisce ai casi in cui «la situazione giuridica controversa sia il prodotto di una fattispecie complessa (spesso ad andamento procedimentale), rispetto al quale il provvedimento amministrativo si attinge come presupposto».

⁴⁹ P. POZZANI, *Premesse per uno studio sulla pregiudizialità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 370.

⁵⁰ G. VERDE, *Brevi considerazioni su cognizione incidentale e pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 175 ss., precisa che «tra la cognizione incidentale e quella principaliter non vi è una differenza qualitativa [bensì] l'unica differenza è sul piano degli effetti, giacché soltanto la cognizione in via principale è in grado di sfociare in un provvedimento suscettibile di passare in giudicato (sostanziale)».

⁵¹ A. TRAVI, *La disapplicazione*, cit., 2020, 14, afferma che la pregiudizialità sia da intendersi nel senso di una pregiudizialità tecnica, perché diversamente (a intendere la pregiudizialità come logica) si escluderebbe il fondamento stesso della giurisdizione civile, controvertendosi semmai di un interesse legittimo. In effetti, secondo Corte di cassazione, Sez. un., 26/7/2004, n. 14060, «occorre tenere conto della distinzione, formulata con riferimento all'art. 34 c.p.c., tra "pregiudizialità logica" e "pregiudizialità tecnico-giuridica". Con la prima espressione si indica il rapporto giuridico dal quale nasce l'effetto dedotto in giudizio o, secondo altra convergente accezione, il fatto costitutivo del diritto fatto valere davanti al giudice (ad esempio: il contratto di compravendita rispetto alla richiesta di pagamento del prezzo della cosa venduta), integrante il "punto pregiudiziale", mentre la seconda indica quella fattispecie che, essendo esterna al fatto costitutivo del diritto, ne integra il presupposto o, come anche si afferma, quella situazione che ugualmente rappresenta un presupposto dell'effetto dedotto in giudizio, ma che si distingue, attesa la sua autonomia, dal fatto costitutivo sul quale si fonda l'effetto (ad esempio: la qualità di erede del creditore rispetto alla domanda di pagamento del prezzo oggetto del contratto di compravendita stipulato dal defunto) ed integra la "questione pregiudiziale"». Sicché, così intesa la differenza tra i due tipi di pregiudizialità, la disapplicazione del secondo caso («in ogni altro caso») può solo riguardare la pregiudizialità tecnico-giuridica, perché altrimenti (a intenderla come pregiudizialità logica) finirebbe con il sovrapporsi al primo caso («quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'Autorità amministrativa»). Ovviamente, si intende qui pregiudizialità «meramente logica», giacché, secondo il classico insegnamento di F. MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, Vienna, 1904, 88 e 92, «in fondo alla pregiudiziale v'è sempre un precedente logico della sentenza [ma] la dipendenza logica tra due giudizi non è ancora la pregiudizialità; essa è soltanto un presupposto della pregiudizialità ... Accanto alla concezione logica giova unque porre una concezione giuridica della pregiudizialità. La pregiudizialità giuridica nasce dall'unirsi di un nuovo elemento alla pregiudizialità logica e il nuovo elemento è l'eguale natura del giudizio pregiudiziale e del finale. Da ciò segue che tutto quello che è giuridicamente pregiudiziale è tale anche logicamente, ma non viceversa».

⁵² Corte di cassazione, Sez. III, 22/2/2002, n. 2588, ove si legge: «Questo giudice di legittimità, secondo un indirizzo del tutto prevalente ..., ritiene applicabile l'art. 5 della legge n. 2248 del 1865 all. E e, perciò, considera la controversia appartenente al giudice ordinario, titolare del potere di disapplicare il provvedimento amministrativo, quando l'oggetto della controversia medesima sia costituito dalla pretesa di un diritto soggettivo perfetto e quando la valutazione della legittimità del provvedimento debba avvenire soltanto in via incidentale. Il che si verifica quando l'atto amministrativo non assume rilievo come causa della lesione del diritto del privato, ma come mero antecedente, sicché la questione della sua legittimità viene a prospettarsi come questione pregiudiziale in senso tecnico e non come questione principale».

lità del provvedimento amministrativo, si ha piuttosto una radicale patologia dell'atto, di per sé sufficiente a paralizzarne i suoi effetti, senza richiamare nella vicenda l'istituto della disapplicazione⁵³.

Si è, dunque, affermato che l'art. 5 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo, nel delineare l'ambito di sua operatività con la forma criptica «*In questo come in ogni altro caso*», volesse bensì chiarire che la disapplicazione fosse, in realtà, un «*istituto fondamentalmente unitario, applicabile ogni qual volta in una causa su diritti assuma comunque rilievo un atto amministrativo*»⁵⁴.

La Corte di cassazione esclude, tuttavia, la disapplicazione nei giudizi in cui sia parte la P.A.⁵⁵, a evitare il «*pericolo che, attraverso la disapplicazione, il privato intenda ottenere, praticamente, lo stesso risultato che dovrebbe essere conseguito attraverso l'impugnazione dell'atto*»⁵⁶. Così che, secondo questo (criticabile) orientamento giurisprudenziale, «*l'onere di impugnazione assorbe anche le potenzialità della disapplicazione*»⁵⁷, a scongiurare che la disapplicazione divenga una seconda opportunità rispetto all'impugnazione. Donde, in questa prospettiva, la disapplicazione diviene uno strumento processuale a completamento della tutela giurisdizionale offerta dal giudice amministrativo.

Questo è a dirsi con riguardo alla disapplicazione nelle controversie sui diritti

⁵³ A. ROMANO, *La disapplicazione*, cit., 23, riferisce che secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale il rapporto tra i due articoli sarebbe di «*dissociazione*», nel senso che l'art. 5 non sarebbe in linea di massima applicabile nell'ambito considerato dall'art. 4, e afferma al proposito che ciò conduce «*a mettersi sulla strada, se non proprio di una sua interpretatio abrogans in senso formale, quanto meno di uno snuotamento quasi completo della sua portata normativa*». E, in effetti, in questa prospettiva, i margini di operatività dell'istituto (stretto tra la degradazione del diritto soggettivo nel rapporto con l'esercizio di una potestà amministrativa e la nullità di un provvedimento deliberato dalla P.A. in carenza assoluta di potere, che non ha dunque bisogno di essere disapplicato per essere privato dei suoi effetti) sono davvero esigui (si richiama al proposito l'esempio del decreto di espropriazione emesso oltre il termine previsto dalla dichiarazione di pubblica utilità). Si è, perciò, sostenuto da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 255, che «*i due articoli regolino fattispecie diverse*». E questa interpretazione, per vero contraria alla lettera della norma («*sad onta degli argomenti letterari contrari*»), si giustificerebbe in ragione della trasformazione dei poteri del giudice ordinario per l'effetto della legge n. 5992 del 1889, la quale, avendo istituito un giudice amministrativo, avrebbe comportato «*l'abrogazione della disapplicazione nella competenza principale del giudice ordinario*», come affermato da F. CINTIOLI, *Disapplicazione*, cit., 280.

⁵⁴ A. TRAVI, *La disapplicazione*, cit., 11. Da altri si sostiene, tuttavia, che la norma definisce due situazioni distinte di disapplicazione. In questo senso, tra gli altri, F. FRANCIOSI, *Note minime sul potere di disapplicazione del giudice civile*, in Riv. giur. edilizia, 2018, 112 ss.

⁵⁵ Corte di cassazione, Sez. un., 2/11/2018, n. 28053, ove si legge essere «*noto infatti che il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo da parte del giudice ordinario non può essere esercitato nei giudizi in cui sia parte la P.A., ma unicamente nei giudizi tra privati*». Per vero, la giurisprudenza della Suprema Corte non è univoca sul punto. Si legge, infatti, in Corte di cassazione, Sez. un., 25/5/2018, n. 13193, che «*il detto potere può essere esercitato anche nelle controversie in cui sia parte la pubblica amministrazione, e non già soltanto in quelle tra privati: il fatto, cioè, che il giudizio si svolga tra un privato e una pubblica amministrazione non preclude affatto, di per sé, ai sensi della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, il potere del giudice ordinario di esaminare incidentalmente il provvedimento amministrativo ai fini della sua eventuale disapplicazione*». Sul contrasto giurisprudenziale, si veda C. VALENTINA, *Il contrasto fra le decisioni delle Sezioni unite sulla disapplicazione dell'atto amministrativo nelle cause civili con la P.A.*, in Il corriere giuridico, 2019, 846 ss.

⁵⁶ Corte di cassazione, Sez. un., 10/12/2001, n. 15603.

⁵⁷ A. TRAVI, *La disapplicazione*, cit., 22, il quale critica la giurisprudenza da cui ha tratto l'affermato principio, giacché non vi è ragione letterale (l'art. 5 della legge n. 2248/1865 non lo prevede) né logica (vi sono plurime ipotesi legislative e interpretazioni giurisprudenziali in casi specifici che ammettono la disapplicazione in pregiudizio della P.A.) a sostenerlo.

sogettivi (in qualche modo coinvolti nell'esercizio di una pubblica potestà) devolute alla cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

Sennonché, inizialmente intesa quale forma di tutela minore attribuita al giudice ordinario rispetto alla potestà di annullamento del giudice amministrativo (giacché «L'atto amministrativo non potrà essere rievocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti Autorità amministrative», come dispone l'art. 4 della legge n. 2248/1865)⁵⁸, essa è ora intesa piuttosto ad ampliare l'incisività della tutela giurisdizionale nella prospettiva della sua effettività⁵⁹.

Si è così superato l'originario pregiudizio sull'estensibilità della disapplicazione al giudizio amministrativo⁶⁰, proponendone l'estensione, in un primo momento, all'ipotesi di regolamenti illegittimi⁶¹ quale strumento di risoluzione delle antinomie normative⁶², poi, alla giurisdizione esclusiva a tutela dei soli diritti soggettivi⁶³, e, infine, anche ad allentare le preclusioni del termine di decadenza nel giudizio d'impugnazione con riferimento agli atti generali, con riguardo specifico ai bandi di gara⁶⁴.

⁵⁸ Secondo S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. ORLANDO, Milano, 1901, ora anche in *Gli scritti nel Trattato Orlando*, Milano, 2003, 265 ss., l'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo vale solo a riaffermare (con riguardo ai provvedimenti amministrativi) il divieto per il giudice ordinario di disporre l'annullamento di negozi giuridici, con una pronuncia a valere *erga omnes*. Così come gli è impedito, in tal modo, di sostituirsi all'autonomia privata, ugualmente gli è impedito di sostituirsi alla P.A. nell'esercizio di una pubblica potestà.

⁵⁹ F. CINTIOLI, *Disapplicazione*, cit., 270.

⁶⁰ Consiglio di Stato, Sez. V, 1/3/1952, n. 340.

⁶¹ Consiglio di Stato, Sez. V, 22/1/1936, n. 68. Questo orientamento giurisprudenziale fu poi abbandonato (Consiglio di Stato, Sez. V, 1/3/1952, n. 340) per essere poi definitivamente ripreso da Consiglio di Stato, Sez. V, 26/2/1992, n. 154, ove si legge che «ogni ordinamento non può non prevedere altresì un meccanismo invalidante delle norme di grado inferiore che sopraggiungano ed urtino contro precetti poziori dell'ordinamento medesimo. Per l'atto avente forza di legge il meccanismo, nel nostro ordinamento, è dato dall'invalidazione a seguito di pronuncia di incostituzionalità. Per l'atto normativo emanato dalla pubblica amministrazione il meccanismo è rappresentato, innanzi al giudice civile e penale, dalla disapplicazione dell'atto, anche se le parti non controvertano sul punto. Ma se si tratta di un atto di normazione secondaria, e se quindi per esso possano valere criteri analoghi a quelli recepiti in qualunque caso di concorso di norme, fra loro contrastanti pur se idonee in astratto a regolare la medesima fattispecie, deve proporsi identica soluzione ove quell'atto (di normazione secondaria) sia in conflitto con un atto di normazione primaria e non sia oggetto di impugnazione al giudice amministrativo. Ne consegue che, qualora la norma primaria preesista all'atto amministrativo a contenuto normativo, questo deve essere considerato non idoneo, a causa della maggior forza della norma primaria, ad innovare sulle statuizioni da essa recate. Anche nei giudizi amministrativi, quindi, l'atto regolamentare sarà inapplicabile, come qualsiasi atto legislativo altrettanto inidoneo a regolare la fattispecie. In tal modo - senza violare i principi che informano il processo amministrativo e sulla falsariga di quanto avviene per gli atti di normazione primaria per mezzo del sindacato di costituzionalità - al giudice amministrativo è consentito, anche in mancanza di richiesta delle parti, sindacare gli atti di normazione secondaria al fine di stabilire se essi abbiano attitudine, in generale, ad innovare l'ordinamento e, in concreto, a fornire la regola di giudizio per risolvere la questione controversa». Si è, in effetti, ritenuto che il *revirement* del Consiglio di Stato conseguisse alla giurisprudenza comunitaria sulla disapplicazione delle fonti interne in contrasto con le norme UE, e si è altresì segnalato che non vi è stato un vero e proprio ritorno all'antico, perché la giurisprudenza del Consiglio di Stato degli anni '30 conciliava pur sempre la disapplicazione con il rispetto dei termini decadenziali (G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 665 e 674).

⁶² F. CINTIOLI, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, *Dir. amm.* 2003, 65, giacché, per l'effetto la novella dell'art. 117 Cost, «non solo colloca il regolamento nel sistema delle fonti e nel quadro istituzionale, ma indubbiamente ne scolorisce all'estremo la veste formale di atto amministrativo».

⁶³ CGA Sicilia, 4/4/1979 n. 47, Id., 27/1/1989, n. 7.

⁶⁴ F. CINTIOLI, *Disapplicazione*, cit., 288.

Ma in questa nuova prospettiva (per così dire evolutiva) la disapplicazione si pone al centro di opposte tensioni: da un lato, infatti, il principio di effettività della tutela preme, appunto, per la sua dilatazione⁶⁵; dall'altro, il principio della certezza del diritto (ai fini dell'effetto), invece, suggerisce una sua cauta applicazione, perché la disapplicazione si pone in antitesi con il termine decadenziale dell'azione di annullamento, inteso a soddisfare una generica esigenza di certezza del diritto⁶⁶, in realtà – per quanto si è dinanzi scritto – piuttosto riconducibile alle opportunità connesse al principio di continuità dell'azione amministrativa.

Da qui la necessità di una «operazione di bilanciamento tra valori costituzionali»⁶⁷.

3.7. La disapplicazione dei provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte di giustizia

Nella sentenza *Peterbroeck*⁶⁸, la Corte di giustizia ha statuito che «il diritto comunitario osta all'applicazione di una norma processuale nazionale che ... vieta al giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, di valutare d'ufficio la compatibilità di un provvedimento di diritto nazionale con una disposizione comunitaria, quando quest'ultima non sia stata invocata dal singolo entro un determinato termine».

Vi si è letta una «forzatura»⁶⁹, a introdurre una nuova forma di patologia del provvedimento anticomunitario, sganciata dal rispetto dei termini perentori di impugnazione.

In realtà, la questione sollevata nella sentenza *Peterbroeck* riguarda piuttosto l'onere dell'allegazione; con riferimento, peraltro, solo alle deduzioni in diritto – ed è dunque la piana applicazione del principio «*iura novit curia*» –, come è reso chiaro dalla coeva sentenza *Van Schijndel*⁷⁰ che impedisce al giudice l'introduzione ufficiosa nel processo di questioni di fatto non tempestivamente dedotte dalle parti.

Un primo (timido) riferimento alla disapplicazione si rinviene, invece, nella sentenza *Reve/Hauptzollamt*⁷¹, ove appunto si legge che «un'autorità nazionale non può opporre al singolo una disposizione ... amministrativa che non sia conforme una disposizione della direttiva che presenti tutte le caratteristiche necessarie per poter venire applicata dal giudice [sicché] al singolo non sono opponibili, da parte di un'autorità nazionale, disposizioni ... amministrative non conformi ad un obbligo tassativo e sufficientemente previsto imposto dalla direttiva».

Quanto è valere per gli atti amministrativi con contenuto normativo (regolamenti amministrativi).

⁶⁵ C.E. GALLO, *Processo amministrativo*, in Dig. pubbl., XI, Torino, 1996, 628.

⁶⁶ G. MORBIDELLI, *La disapplicazione*, cit., 664, riferisce che costituisce affermazione ricorrente che «l'ammettere la possibilità di disapplicazione ai sensi dell'art. 5, l. 20 marzo 1865, n. 2448, all. E, in sede di giurisdizione generale di legittimità, significherebbe negare ogni efficacia preclusiva al termine di impugnazione».

⁶⁷ G. MORBIDELLI, *La disapplicazione*, cit., 678.

⁶⁸ Corte di giustizia, 14/12/1995, causa C-312/93.

⁶⁹ G. GRECO, *Impugnabilità*, cit., 516.

⁷⁰ Corte di giustizia, 14/12/1995, causa C. 430-93.

⁷¹ Corte di giustizia, 7/7/1981, causa C-158/80.

Coinvolge, invece, direttamente la disapplicazione dei provvedimenti amministrativi la sentenza *Ciola*, nella quale la Corte di giustizia ha, invero, statuito che, «Se la Corte ha inizialmente affermato che spetta eventualmente al giudice nazionale disapplicare le disposizioni contrastanti della legge interna (v. citata sentenza *Simmenthal*, punto 21), essa, in seguito, ha precisato tale giurisprudenza sotto un duplice profilo. Risulta, infatti, da quest'ultima che, da un lato, sono soggetti a tale principio di preminenza tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, nei confronti dei quali i singoli sono pertanto legittimati a far valere tale disposizione comunitaria (sentenza 22/6/1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo*, Racc. 1839, punto 32). D'altro lato, tra le disposizioni di diritto interno in contrasto con la detta disposizione comunitaria possono figurare disposizioni vuoi legislative, vuoi amministrative (v., in tal senso, sentenza 7/7/1981, causa 158/80, *Reve*, Racc. 1805, punto 43). È nella logica di tale giurisprudenza che le disposizioni amministrative di diritto interno di cui sopra non includano unicamente norme generali ed astratte, ma anche provvedimenti amministrativi individuali e concreti. Infatti, non è in alcun modo possibile sostenere che la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta e che è compito dei giudici nazionali garantire (v. sentenza 19/6/1990, causa 213/89, *Factortame*, Racc. I-2433, punto 19) debba negarsi agli stessi singoli nel caso in cui la controversia abbia ad oggetto la validità di un atto amministrativo. L'esistenza di una siffatta tutela non può dipendere dalla natura della disposizione di diritto interno contrastante col diritto comunitario».

La sentenza è stata criticata più per il principio affermato (l'equiparazione ai fini della disapplicazione della norma al provvedimento) anziché per la statuizione concreta (la disapplicazione di un atto amministrativo presupposto al fine di valutare la legittimità di un provvedimento conseguente), che sicuramente sarebbe stata ammessa anche secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale nazionale⁷².

In seguito, la Corte di giustizia è nuovamente intervenuta in argomento con la sentenza *Santex*⁷³, proprio al riguardo dell'operatività dell'istituto della disapplicazione nel nostro ordinamento processuale, con riferimento al dubbio interpretativo del giudice italiano che riteneva che «il principio di cui all'art. 5 della legge n. 2248/1865 dovrebbe applicarsi anche alle clausole contenute in un bando di appalto pubblico che sono in contrasto con il diritto comunitario [sicché] al fine di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario, esso deve avere la possibilità di disapplicare la clausola controversa, a prescindere dalle norme processuali nazionali»⁷⁴.

Si trattava, quindi, a differenza del caso risolto con la sentenza *Ciola*, di un processo armonizzato (ciò che richiama a risolvere le antinomie normative la competenza in merito alla forma e ai mezzi ai sensi dell'art. 288 TFUE), e, perciò, si era

⁷² G. GRECO, *Inoppugnabilità*, cit., 520.

⁷³ Corte di giustizia, 27/2/2003, causa C-327/00.

⁷⁴ Sulla caratteristica questione della disapplicazione degli atti amministrativi generali (e tra essi, in particolare, i bandi di gara), G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, 335 ss., già aveva sostenuto la tesi della loro disapplicazione nel contrasto con il diritto europeo, perché idonei a produrre effetti seriali, applicabili a un numero indeterminato di casi, com'è appunto per le norme giuridiche.

in presenza di un ambito di autonomia processuale assolutamente più ristretto di quello che caratterizza invece l'autonomia procedurale (meglio, la competenza processuale funzionalizzata⁷⁵) nei settori non armonizzati.

Vi era, dunque, a caratterizzare il contrasto non già un indefinito rapporto tra una norma processuale nazionale e un principio comunitario, bensì il diretto confronto tra la norma nazionale e la norma UE (la direttiva 89/665/CEE).

Eppure, la risposta della Corte di giustizia è stata più accomodante, volendosi in questo caso il giudice comunitario appiattare sul principio (indiscusso e indiscutibile) della compatibilità dei termini perentori di impugnazione (previsti per vero in ogni ordinamento di giustizia amministrativa) e il principio di effettività della tutela giurisdizionale e della norma comunitaria garantito dalla direttiva ricorsi⁷⁶. Ciò che costituisce l'inevitabile conseguenza del fatto che il principio di certezza del diritto (di cui l'inoppugnabilità è ritenuta espressione) è anche tra quelli fondamentali dell'ordinamento UE.

Senonché, è bene evidente che la questione della disapplicazione è differente da quella della perentorietà dei termini di impugnazione (quantunque entrambe interferiscano, ma non in uguale misura, con la certezza del diritto) ed è altrettanto evidente che la Corte di giustizia è, in questo caso, caduta in un equivoco sull'interpretazione della norma nazionale (che a essa, in effetti, non compete di interpretare), leggendo il quesito del giudice del rinvio nel senso di dover superare l'antinomia tra la norma processuale e la direttiva ricorsi attivando l'istituto della disapplicazione ai sensi dell'art. 5 della legge n. 2248/1865 (che, però, riguarda piuttosto la disapplicazione del provvedimento amministrativo in contrasto con la norma comunitaria di diritto sostanziale).

Vi si legge, infatti, che il giudice nazionale può risolvere l'antinomia tra norme processuali, «ricorrendo, se del caso, alla possibilità, derivante secondo il suddetto giudice dall'art 5 della legge n. 2248/1865, di disapplicare le norme nazionali di decadenza che disciplinano tali impugnazioni»⁷⁷.

Il che, evidentemente, è l'effetto di un equivoco.

E un fraintendimento non può, obiettivamente, essere letto come un radicale cambio di rotta rispetto al chiaro principio espresso dalla Corte di giustizia nella sentenza *Ciola*⁷⁸, che dunque permane in tutta la sua cogenza (come sempre cogenti nell'ordinamento nazionali sono i principi espressi dal giudice comunitario nell'interpretazione delle norme UE).

E, in effetti, il principio *Ciola* è stato ancora di recente applicato dalla Corte di giustizia nella sentenza *E.B.*⁷⁹.

In questo caso, il giudice del rinvio (il giudice amministrativo austriaco) aveva chiesto: (i) se il sopraggiungere di una norma UE con esso contrastante fosse di ostacolo

⁷⁵ D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d., autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009, 126.

⁷⁶ R. VILLATA, *Osservazioni*, cit., 862.

⁷⁷ Corte di giustizia, 27/2/2003, causa C-327/00, *Santex*.

⁷⁸ Come, invece, sostenuto, tra gli altri, da G. MASSARI, *L'atto amministrativo*, cit., 658 e 659.

⁷⁹ Corte di giustizia, 15/1/2019, causa C-258/17.

alla conservazione degli effetti costitutivi di un provvedimento amministrativo inoppugnabile (si trattava, nel caso di specie, di un provvedimento disciplinare discriminatorio in relazione all'orientamento sessuale dell'incolpato, comportante il collocamento a riposo con decurtazione della pensione); (ii) se fosse altresì necessario riesaminare gli effetti giuridici del detto provvedimento definitivo, anche con riferimento al passato.

Secondo l'Avvocato Generale Bobek si sarebbe dovuto distinguere l'intangibilità delle «*situazioni definitivamente acquisite*» dagli «*effetti futuri di situazioni preesistenti che producono effetti perduranti*»⁸⁰.

La Corte di giustizia ha, però, ritenuto di disapplicare il provvedimento inoppugnabile non solo al fine di impedirgli di produrre in futuro effetti incompatibili con la nuova normativa (gli «*effetti futuri di un provvedimento disciplinare definitivo, adottato anteriormente all'entrata in vigore della direttiva medesima*») ma altresì di interrompere la prosecuzione in futuro degli effetti già costituiti nel passato (affermando l'obbligo del giudice nazionale di «*riesaminare, per il periodo decorrente [dall'entrata in vigore della direttiva] non la sanzione disciplinare definitiva con cui è stato disposto il collocamento a riposo anticipato del dipendente pubblico interessato, bensì la decurtazione dell'importo della pensione, al fine di determinare il quantum che sarebbe spettato al medesimo in assenza di qualsiasi discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*»).

E qui sta l'elemento di novità della sentenza E.B.^{81 82}.

Come giustamente osservato dall'Avvocato Generale Bobek, per consolidata giurisprudenza, «*una nuova norma si applica, salvo deroghe, immediatamente agli effetti futuri delle situazioni sorte sotto l'impero della vecchia legge*» ogniqualvolta vi siano «*situazioni in cui fatti anteriori alla nuova normativa sono presi in considerazione al momento di adottare una decisione posteriore alla nuova normativa*»⁸³.

Ciò che richiama alla mente un fenomeno abrogativo, connaturato alla successione delle leggi nel tempo.

Come era nella sentenza Ciola, ove «*c'era una nuova applicazione della nuova normativa successiva all'adesione che era logicamente necessario per valutare una nuova situazione*»⁸⁴.

Altro è, invece, quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza E.B.⁸⁵, in riferimento a una situazione in cui «*i fatti, la normativa applicabile nonché la decisione amministrativa stessa sono anteriori alla nuova legge*»⁸⁶, con la statuizione dell'obbligo del giudice nazionale di rimettere in discussione persino gli effetti giuridici di un provvedimento amministrativo già costituiti nel vigore della vecchia legge, al fine di impedirne la prosecuzione in futuro.

⁸⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Bobek nella causa C-258/17.

⁸¹ Corte di giustizia, 15/1/2019, causa C-258/17.

⁸² F. FINES, *The temporal applicability of anti-discrimination standards: E.B.*, in CMLR, 2020, 250, sostiene che la Corte di giustizia si è affidata a uno schema «*made up of two principles: immediate applicability and non-retroactivity*», e precisa che «*It therefore seems that the ECJ is taking aim more at the persisting or ongoing effects of the final disciplinary decision that ad true "future" effect that emerged after the reference date*».

⁸³ Corte di giustizia, 10/6/2010, cause riunite C-395/08 e 396/08, *Brno*.

⁸⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Bobek nella causa C-258/17.

⁸⁵ Corte di giustizia, 15/1/2019, causa C-258/17.

⁸⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Bobek nella causa C-258/17.

Ciò che, piuttosto, è da ricondurre alla disapplicazione, che si ricollega invece a un problema di invalidità (in questo caso, sopravvenuta).

Sicché, il principio espresso nella sentenza *Ciola* è tutt'altro che stato abiurato dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, essendo piuttosto stato esteso a nuove applicazioni⁸⁷, più invasive dell'autonomia procedurale degli Stati membri, in questo caso giustificate, probabilmente, dalla necessità di irrobustire il divieto di discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale, la cui violazione attenta ai principi fondamentali della Comunità, così da rendere insopportabile il permanere nell'attualità degli effetti di una discriminazione del passato.

Quanto parrebbe trovare un'assonanza nel principio codificato nell'ordinamento tedesco (l'art. 48 della *Verwaltungsverfahrensgesetz*), che impone l'annullamento d'ufficio di un atto illegittimo quando l'alternativa sia assolutamente insopportabile («*schlechthin unerträglich*»).

Com'è sempre al proposito dell'interpretazione valutativa di concetti giuridici indeterminati (l'effettività della norma UE e della tutela giurisdizionale), la soluzione del caso concreto è, dunque, affidata alla sintesi tra i contrapposti principi valutati nella loro reciproca interferenza con riguardo non già a considerazioni astratte, ma agli interessi concretamente in gioco nella vicenda controversa.

La sentenza *E.B.*⁸⁸ chiarisce tuttavia che la disapplicazione del provvedimento inoppugnabile è solo a impedire la prosecuzione nel futuro degli effetti costituiti nel passato, non già a rimettere in discussione «*situazioni giuridiche sorte e definitivamente acquisite in vigenza della vecchia legge*»⁸⁹.

In questo modo, si è, dunque, realizzata una felice sintesi tra il principio affermato nella sentenza *Ciola*⁹⁰ (la disapplicazione dei provvedimenti amministrativi) e il criterio di giudizio ritraibile dalle sentenze *Steenborst-Neerings*⁹¹ e *Johnson*⁹² (la conformazione dell'*effet utile* al principio «*factum infectum fieri nequit*»), facendo sì che la disapplicazione soccorra ogni qual volta la maturazione dei termini di decadenza nell'esercizio dell'azione giudiziaria abbia quale conseguenza di «*privare totalmente la ricorrente nella causa principale della possibilità di far valere il suo diritto*», essendo invece sempre possibile invocare l'inoppugnabilità del provvedimento anticomunitario a «*cirvoscrivere l'effetto retroattivo delle domande*».

Diviene dunque evidente l'assoluta coerenza dell'incedere della Corte di giustizia nella composizione del conflitto immanente (e ineliminabile) tra i principi di legalità e di certezza del diritto.

Così che non vi può davvero essere dubbio che l'*effet utile* della norma UE (inte-

⁸⁷ F. FINES, *The temporal applicability*, cit., 254, scrive che «*However reaffirming the inapplicability of the decision before Austria's accession – as Ciola did – ... The E.B. judgement, which requires that a decision made prior to Austria's accession be reviewed, goes much further in this regard*» e plaude alla statuizione della Corte di giustizia «*in implementing the temporal applicability principles of new standards*».

⁸⁸ Corte di giustizia, 15/1/2019, causa C-258/17.

⁸⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Bobek nella causa C-258/17.

⁹⁰ Corte di giustizia, 20/4/1999, causa C-224/97.

⁹¹ Corte di giustizia, sentenza 27/10/1993, causa C-338/91.

⁹² Corte di giustizia, 6/12/1994, causa C-410/92.

so nella sua duplice valenza di capacità dell'ordinamento processuale nazionale di apprestare tutela alle situazioni giuridiche soggettive e di garantire la legalità obiettiva) prevale sull'autonomia processuale degli Stati membri solo nella misura in cui non pregiudichi il principio di certezza del diritto, essendo in ogni altro caso recessivo rispetto a esso.

In coerenza a ciò, la Corte di giustizia nella sentenza *Costa e Cifone*⁹³ ha statuito che «gli articoli [49 e 56 TFUE] devono essere interpretati nel senso che essi ostano a che vengano applicate sanzioni per l'esercizio di un'attività organizzata di raccolta di scommesse senza concessione o senza autorizzazione di polizia nei confronti di persone legate ad un operatore che era stato escluso da una gara in violazione del diritto dell'Unione».

In questo caso, il giudice comunitario ha, dunque, richiesto la disapplicazione di un diniego (meglio, di un atto endoprocedimentale impeditivo del rilascio del provvedimento) al fine di riconoscere un diritto (di esercitare l'attività di gioco e scommessa in conformità alle libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi) che sarebbe, semmai, disceso dal rilascio del provvedimento (la concessione amministrativa presupposta all'autorizzazione di polizia) illegittimamente negato.

Si è parlato, al proposito di una «disapplicazione propulsiva»⁹⁴, in analogia a quanto si dice con riferimento ai provvedimenti cautelari atipici sugli atti di diniego.

In questo modo si è, infatti, tutelata la situazione giuridica soggettiva definita dalla norma UE prima di (con riguardo all'autorizzazione di polizia) e a prescindere da (con riguardo all'esclusione dalla gara per l'assegnazione della concessione amministrativa) un provvedimento amministrativo, giacché la controversia, secondo le indicazioni del giudice comunitario, dovrà essere decisa dal giudice del rinvio come se gli effetti abilitativi del provvedimento (l'autorizzazione di polizia) si fossero implicitamente prodotti in conformità all'ordinamento comunitario, disapplicando al contempo il provvedimento nazionale (l'illegittima esclusione dalla gara per l'assegnazione della concessione amministrativa) impeditivo dell'atto presupposto (la concessione amministrativa) all'autorizzazione di polizia.

E questo costituisce, indubbiamente, una ulteriore evoluzione della giurisprudenza *Ciola* verso traguardi sempre più ambiziosi, nel perseguimento dell'obiettivo della massimizzazione dell'*effet utile* nel rispetto, tuttavia, del principio di certezza del diritto (salvaguardato nella vicenda in esame dal carattere vincolato del provvedimento illegittimamente rifiutato).

⁹³ Corte di giustizia, 16/2/2012, causa C-72/10, ove si afferma che «non possono essere applicate sanzioni per l'esercizio di un'attività organizzata di raccolta di scommesse senza concessione o senza autorizzazione di polizia nei confronti di persone, quali i sigg. Costa e Cifone, legate a un operatore, come la Stanley, che era stato escluso dalle gare precedenti in violazione del diritto dell'Unione, anche dopo la nuova gara prevista dal decreto Bersani».

⁹⁴ G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale*, cit., 225.

3.8. La rilettura della sentenza *Ciola* alla stregua dell'art. 5 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo

Nella sentenza *Ciola* bisogna distinguere: (i) il principio astratto (l'equiparazione della legge al provvedimento ai fini della disapplicazione); (ii) la statuizione concreta (la disapplicazione di un atto amministrativo «*individuale e concreto*» presupposto al fine della declaratoria dell'illegittimità comunitaria di un suo atto applicativo tempestivamente impugnato⁹⁵).

La statuizione concreta è assolutamente coerente con quanto sarebbe disceso nel nostro ordinamento nazionale dalla piana applicazione dell'art. 5 della Legge di abolizione del contenzioso amministrativo.

Fondamentale al riguardo è la precisazione della Corte di giustizia: «*la controversia non riguarda la sorte dell'atto amministrativo in sé [l'atto amministrativo presupposto] 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, a seguito dell'incompatibilità di tale atto con il principio della libera prestazione dei servizi*»⁹⁶.

La controversia sulla sanzione amministrativa per il superamento di un contingente di posti barca riservati ai cittadini comunitari residenti all'estero (che da noi sarebbe stata devoluta alla cognizione sui diritti soggettivi dell'autorità giudiziaria ordinaria, secondo quanto disposto dall'art. 22 della legge n. 689/1981) sarebbe, infatti, dipesa dalla decisione, in via incidentale, di una questione pregiudiziale sulla legittimità del provvedimento (di determinazione di quel contingente di posti barca, discriminante i cittadini comunitari residenti all'estero) presupposto a quello impugnato. Il nostro giudice civile, quindi, avrebbe statuito sulla legittimità della sanzione, disapplicando il provvedimento illegittimo sul presupposto del quale quella sanzione era stata applicata, mandando conseguentemente assolto il ricorrente che si fosse, a ragione, doluto del contrasto di quell'atto presupposto (non ritualmente e tempestivamente impugnato dinanzi al giudice amministrativo) con la norma UE.

Si tratta di un caso di scuola della seconda categoria di ipotesi («*In ogni altro caso*») di disapplicazione ex art. 5 dell'Allegato E della legge n. 2248/1865, pacificamente consentita nel nostro ordinamento. In questo caso, infatti, la disapplicazione risolve un conflitto di interessi (scaturente dal provvedimento applicativo) differente da quello che sarebbe stato giudicato in caso di tempestiva impugnazione dell'atto divenuto invece inoppugnabile, giacché l'atto da disapplicare non regolava direttamente il rapporto controverso, bensì si poneva quale suo mero presupposto⁹⁷.

Nulla di eccentrico, dunque, rispetto ai consolidati principi.

⁹⁵ S. VALAGUZZA, *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l'incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1141, precisa che «*quello che viene inteso come provvedimento amministrativo individuale e concreto pare piuttosto avere i caratteri di un atto di carattere generale, cioè suscettibile di diverse applicazioni nella fase esecutiva del divieto*».

⁹⁶ Corte di giustizia., 20/4/1999, causa C-224/97.

⁹⁷ F. CINTIOLI, *Giurisprudenza amministrativa*, cit., 86.

L'affermazione dell'equivalenza di leggi, atti amministrativi di natura regolamentare e provvedimenti amministrativi individuali e concreti ai fini della disapplicazione per contrasto con le norme e i principi UE lascia, invece, perplessi i più.

Sembra, infatti, che così argomentando la Corte di giustizia abbia voluto contrastare l'inoppugnabilità dell'atto amministrativo al fine di far prevalere l'effetto utile delle norme UE anche in violazione del principio della certezza del diritto⁹⁸, consentendo in questo modo di aggirare i termini decadenziali di impugnazione, sovvertendo così la tradizionale struttura del processo amministrativo.

Non è, tuttavia, così.

Non vi è, in realtà, alcun diretto rapporto tra l'inoppugnabilità del provvedimento amministrativo (che solo in senso metaforico può essere accostato al giudicato) e la certezza del diritto, essendo la perentorietà dei termini di impugnazione piuttosto congegnata a rendere più spedita l'azione della P.A. (ad avvantaggiarla dunque nel rapporto con il privato che vi si opponga), senza che a giustificarla concorra alcuna spiegazione dogmatica⁹⁹.

Sicché, l'inoppugnabilità non è un tratto caratteristico dello Stato di diritto (semmai, è il retaggio di una anacronistica situazione di privilegio della P.A.).

E se ne può, dunque, fare a meno.

La questione è, semmai, un'altra

A escludere che si possa utilizzare la disapplicazione quale surrogato dell'annullamento non vi è dunque il principio di certezza del diritto (che indubbiamente è un tratto essenziale anche dell'ordinamento comunitario), bensì l'autonomia procedurale (la competenza in merito alla forma e ai mezzi, nei settori armonizzati), che impedisce alla Corte di giustizia di eterodeterminare la scelta processuale del singolo Stato membro, se non nella stretta misura in cui ciò sia necessario a evitare l'inefficacia del processo (quanto si verifica ogniqualvolta il meccanismo processuale sia tale da rendere impossibile o eccessivamente difficile la tutela giurisdizionale e l'*effet utile* della norma UE).

Ciò che, obiettivamente, non si può ritenere con riguardo all'inoppugnabilità del provvedimento (una volta che la perentorietà dei termini di impugnazione sia edulcorata attraverso la più ampia applicazione dell'istituto della rimessione in termini per errore scusabile, così come richiesto dalla sentenza *Emmo*¹⁰⁰).

E, allora, vi è da trovare una differente giustificazione dell'intervento nomofilattico della Corte di giustizia, che, altrimenti, si porrebbe al di là del confine del suo perimetro di influenza.

⁹⁸ F. BECKER, *Application of Community Law by Member States' Public Authorities: Between Autonomy and Effectiveness*, in CMLR, 2007, 1039, sostiene che «The concept of legal finality with regard to individual administrative decisions shows certain parallels with the doctrine of res judicata, though it is less strict ... Like res judicata, this is a trade-off between formal justice and substantive fairness ... At first glance, the supremacy of Community law seems to clash (at least indirectly) with domestic procedural law insofar as the concept of finality applies to administrative decision that are illegal, as it is a domestic (procedural) provision that has as result the perpetuation of a situation that is illegal from a Community point of view».

⁹⁹ M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit.

¹⁰⁰ Corte di giustizia, 25/7/1991, causa C-208/90.

A ben vedere, la giustificazione dogmatica della sentenza *Ciola* si ha solo che si sostituisca il principio di effettività a quello del primato (che pure campeggia in primo piano nella motivazione della sentenza nel richiamo alle sentenze *Costa-Enel* e *Simmenthal*¹⁰¹).

Nell'un caso (il primato) la norma nazionale è automaticamente messa da parte (disapplicata) solo per l'effetto del contrasto con la norma comunitaria.

Non vi è, dunque, alternativa alla disapplicazione, giacché il principio del primato è inidoneo a essere ponderato con altri principi UE¹⁰².

Nell'altro (l'effettività), vi è invece da considerare se non vi sia altra possibilità (meno invasiva dell'autonomia processuale degli Stati membri) di assicurare l'*effet utile* della norma UE.

Ciò che si risolve non già nella generica (astratta) affermazione della prevalenza di una norma sull'altra, bensì all'esito di un giudizio in concreto (con riguardo alla specificità della questione controversa) sull'impossibilità di evitare altrimenti (che non con la disapplicazione del provvedimento inoppugnabile) la produzione di effetti giuridici in contrasto con la norma UE¹⁰³.

L'esito della decisione del giudice se disapplicare o no l'atto amministrativo anticomunitario dipende, dunque, da una valutazione discrezionale (com'è discrezionale l'attività giudiziaria nell'applicazione di ogni concetto giuridico indeterminato) di interpretazione valutativa (l'assegnazione di un significato concreto alla norma giuridica di contenuto vago) che dipende dalla peculiarità della singola vicenda in contenzioso¹⁰⁴.

Ciò che è reso evidente dalle differenti (e tuttavia non contraddittorie) conclusioni cui è giunta la Corte di giustizia nei diversi casi in cui essa è stata chiamata a pronunciarsi sulla disapplicazione di un provvedimento amministrativo inoppugnabile¹⁰⁵, affermando, talvolta, la disapplicazione del provvedimento (sentenza

¹⁰¹ L. RAIMONDI, *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, 776, sostiene che, «In estrema sintesi, sulla base della sentenza *Ciola*, il contrasto tra un provvedimento amministrativo nazionale definitivo ed una norma comunitaria sembra doversi risolvere utilizzando come criterio dirimente il primato del diritto comunitario [tuttavia] il primato del diritto comunitario concepito per risolvere antinomie tra norme comunitarie e norme nazionali, non si presta ad essere applicato ai contrasti che sorgono tra norme comunitarie e provvedimenti amministrativi nazionali individuali [ma] È precisamente la necessità di effettuare un contemperamento con altri principi del diritto comunitario che impone, nell'analisi della giurisprudenza in oggetto, di risalire al principio di effettività».

¹⁰² L. RAIMONDI, *Atti nazionali inoppugnabili*, cit., 776.

¹⁰³ M. P. CHITI, *L'invalidità*, cit., 704, afferma al proposito che «Ciò comporta che, nelle more della incipiente armonizzazione processuale europea, principi processuali nazionali come la disapplicabilità provvedimento e la inoppugnabilità siano da considerare relativi, ovvero rilevanti nella misura in cui nello specifico caso non determinino concreti attentati alla piena garanzia dei principi comunitari».

¹⁰⁴ G. CONTALDI, *Atti amministrativi*, cit., 755, afferma che «Il problema dell'efficacia degli atti amministrativi contrastanti con l'ordinamento comunitario si basa, in definitiva, sul bilanciamento tra i principi di effettività, equivalenza della tutela e certezza del diritto: si tratta peraltro di un equilibrio instabile e non suscettibile di determinazione in via aprioristica».

¹⁰⁵ A. NEGRELLI, *La resistenza degli atti nazionali*, cit., 1492, rileva come «La Corte, infatti, se in generale tutela la definitività delle situazioni giuridiche a fronte di atti non più impugnabili, ancorché emessi in violazione del diritto comunitario, ... giunge ad ammettere - in particolari casi la possibilità/ doverosità per gli organi nazionali di disapplicare le norme interne volte a proteggere la stabilità degli atti o, comunque, di riesaminare in concreto l'atto illegittimo, pur se inoppugnabile».

*Ciola*¹⁰⁶), in altri casi (sentenza *Neerings*¹⁰⁷), invece, limitando egli effetti della disapplicazione solo per il futuro, in altri ancora (sentenza *Fantaské*¹⁰⁸) escludendo, all'opposto, la necessità di conformare l'autonomia processuale sino a imporre la disapplicazione di un provvedimento rispetto al quale era maturato un termine di prescrizione.

Donde, quella che è stata stigmatizzata come incoerenza¹⁰⁹ altro non è, invece, se non la piana applicazione di un principio definito attraverso un concetto giuridico indeterminato (l'effettività della norma UE e della tutela giurisdizionale), la cui interpretazione è inevitabilmente assegnata a un giudizio di valore (la comparazione degli interessi in gioco, e tra essi, appunto, la legalità, da un lato, e la certezza del diritto/di continuità dell'azione amministrativa, dall'altro), che mal si presta a stereotipate soluzioni definite a priori sulla base di una definizione astratta della fattispecie.

Così che, a ben vedere, il problema della disapplicazione si pone alla stessa stregua di quello dell'atto di autotutela del provvedimento inoppugnabile per contrasto con la norma UE¹¹⁰.

In entrambi i casi, vi è da contemperare attraverso una scelta discrezionale (di discrezionalità valutativa, in un caso, e di discrezionalità amministrativa, nell'altro) due antitetici principi fondamentali: il principio della certezza del diritto (che induce a escludere di rimettere in discussione provvedimenti inoppugnabili quantunque illegali) e il principio del primato (che conduce invece a ristabilire la legalità comunitaria)¹¹¹.

Compromesso che si realizza, in entrambi i casi, attraverso la definizione di un concetto giuridico indeterminato: l'*effet utile* della norma UE (a individuare ciò che rende impossibile o eccessivamente difficile la tutela delle situazioni giuridiche definite da una norma UE e l'effettività della medesima norma comunitaria).

Perciò, essendo la soluzione affidata alla logica sfocata (la logica che sottende all'interpretazione da parte del giudice e all'applicazione da parte dell'amministrazione di ogni concetto giuridico indeterminato) piuttosto che a

¹⁰⁶ Corte di giustizia, 20/4/1999, causa C-224/97.

¹⁰⁷ Corte di giustizia, 27/10/1993, causa C-338/91.

¹⁰⁸ Corte di giustizia, 2/12/1997, causa C-188/95.

¹⁰⁹ G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale*, cit., 257, si duole del fatto che «il bilanciamento tra principi è un'operazione dall'esito incerto [e] ciò non consente all'interprete ... di ricavare uno schema logico per risolvere ex ante il conflitto tra principi (o valori) in tensione, essendo la soluzione affidata a valutazione "à la carte" del giudice europeo: l'esito finale di questa tecnica sfocia, inevitabilmente, nell'imprevedibilità e genera una continua incertezza delle relazioni giuridiche interne».

¹¹⁰ F. BECKER, *Application*, cit., 1050, suggerisce la lettura della sentenza *Ciola* nella prospettiva dei principi declinati dalla Corte di giustizia nella sentenza *Kühne & Heitz* sull'autotutela (risalendo il provvedimento amministrativo illegittimo a prima dell'adesione dell'Austria alla Comunità, non vi era stata la possibilità di una reazione giudiziaria tempestiva, sicché in quella vicenda sarebbero soddisfatti, per analogia, i quattro presupposti che rendono doveroso l'annullamento d'ufficio, e, in particolare il quarto, sulla diligenza e tempestività nell'esercizio delle azioni giudiziarie, e il secondo, sulla negligenza dell'ente pubblico, che ha trascurato di adeguare).

¹¹¹ G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale*, cit., 228, sostiene che «la giurisprudenza comunitaria inizia a sostenere l'idea di una "gradazione ragionevole" tra primato del diritto UE, autonomia nazionale, certezza del diritto».

quella binaria (vero/falso, tipica delle norme definite attraverso una fattispecie sufficientemente definita e insuscettibile dunque di essere integrata dall'esterno da opzioni valoriali), la decisione non è (non potrebbe esserlo, dati i presupposti) univoca (disapplicazione sì/disapplicazione no), bensì è ontologicamente equivoca, giacché dipende dal rapporto tra le opposte tensioni (legalità/certezza del diritto/continuità dell'azione amministrativa) emergenti nel caso concreto (disapplicazione sì, ogniqualvolta non vi sia altro modo per consentire la tutela giurisdizionale e l'*effet utile* della norma UE).

3.9. La disapplicazione dei provvedimenti amministrativi anticomunitari nella giurisprudenza nazionale

Sulla sorte dei provvedimenti amministrativi deliberati in contrasto con la norma UE si è espressa da tempo la giurisprudenza più attenta¹¹², affermando che «L'esistenza della norma costituisce, infatti, il presupposto necessario ed ineliminabile dell'atto amministrativo che pretende di farne applicazione. Se la norma che l'amministrazione pretende di applicare non esiste o per qualunque motivo non produce effetti all'interno dell'ordinamento nel quale è destinata ad operare la pronuncia giurisdizionale, il giudice non può che accertare l'inesistenza del necessario parametro per la valutazione della legalità dell'azione amministrativa e, siccome non esiste attività amministrativa *legibus soluta*, egli non può che dare atto della radicale nullità dell'atto medesimo».

In coerenza a ciò, il Consiglio di Stato ha statuito che «È principio acquisito che la violazione di una disposizione comunitaria implica un vizio di illegittimità-annullabilità dell'atto amministrativo interno con essa contrastante, mentre la diversa forma patologica della nullità (o della inesistenza) risulta configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva di potere) incompatibile (e, quindi, disapplicabile) con il diritto comunitario. Pertanto, al di fuori del caso da ultimo descritto, la inosservanza di una disposizione comunitaria direttamente applicabile comporta l'annullabilità del provvedimento viziato, nonché, sul piano processuale, l'onere della sua impugnazione dinanzi al giudice amministrativo entro il prescritto termine di decadenza, pena la sua inoppugnabilità»¹¹³.

Al di là di questa particolare ipotesi (di un provvedimento amministrativo in

¹¹² T.A.R. Piemonte, 8/2/1989, n. 34. A commento della sentenza, G. GRECO, *Fonti comunitarie e atti amministrativi italiani*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1991, 36, ha tuttavia obiettato che, nel caso controverso, si trattava piuttosto di disciplinare un potere esistente, sicché la disapplicazione della norma non si sarebbe potuta ripercuotere sull'atto in termini di carenza di potere-nullità. Nondimeno, egli riconosce la correttezza della soluzione nell'ipotesi in cui fosse disapplicata, per contrasto con la norma comunitaria, la norma attributiva del potere, qualora si ritenesse la norma nazionale in contrasto con quella comunitaria come valida, vigente e purtuttavia inapplicabile.

¹¹³ Consiglio di Stato, Sez. IV, 21/2/2005, n. 579. La sentenza è criticata da G. MASSARI, *L'atto amministrativo*, cit., sotto il profilo di risolvere sbrigativamente la questione nel richiamo a un supposto «principio acquisito», che, in realtà, costituisce affermazione piuttosto isolata in giurisprudenza. Vi è, però, che, da allora, il Consiglio di Stato ha riproposto più volte quel principio, (in questo senso, Consiglio di Stato, Sez. V, 19/5/2009, n. 3072, Id., Sez. VI, 31/3/2011, n. 1983, Id., Sez. III, 8/9/2014, n. 4538), che ora può ben dirsi *ius receptum*.

esecuzione di una norma nazionale attributiva di potere anticomunitaria), in ogni altro caso si ritiene che la violazione di una norma UE si traduca in un vizio dell'atto rilevante quale ipotesi di annullamento ai sensi dell'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990.

Una parte della giurisprudenza nazionale si è quantomeno posta il problema di un possibile esito differente: «L'ammissibilità della disapplicazione di un provvedimento amministrativo ... per contrasto con il diritto comunitario resta tuttora dubbia, non essendo ancora risolto in giurisprudenza il quesito se il provvedimento contrastante con il diritto comunitario esuli dal regime sostanziale e processuale dell'atto illegittimo-annullabile. Invero, anche la violazione della disposizione comunitaria implica un vizio di illegittimità-annullabilità dell'atto interno, mentre la diversa forma patologica della nullità 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) palesemente incompatibile con il diritto comunitario e, quindi, disapplicabile [tuttavia] non sembra che la nostra disciplina processuale, impedendo il sindacato incidentale ed ufficio del provvedimento inoppugnato o tardivamente impugnato (con l'eccezione degli atti di normazione secondaria) e, quindi, la sua disapplicazione, sia incompatibile con la primauté del diritto comunitario, costituendo ostacolo, in quanto tale, all'effettività della tutela delle posizioni giuridiche protette dal diritto comunitario»¹¹⁴.

Si sono anche praticate vie intermedie (dogmaticamente insostenibili)¹¹⁵ con l'affermazione che «La giurisprudenza nazionale, confortata almeno in linea di principio da quella comunitaria, risulta, dunque, orientata ad escludere tassativamente la disapplicazione dei provvedimenti individuali e concreti. Almeno a quanto consta, però, la problematica dei riflessi sul processo del vizio derivante da violazione della normativa comunitaria è stata sempre affrontata nell'ottica del soggetto leso dall'atto, concentrando la discussione, come più sopra rilevato, sulla necessità o meno di proporre tempestiva impugnazione. Pur condividendo le riferite acquisizioni giurisprudenziali in ordine alla problematica della disapplicazione, quando essa riguardi il provvedimento oggetto di gravame, il Collegio ritiene che la questione debba porsi in termini differenti nel caso in cui il ricorrente non contesti l'atto emanato in violazione del diritto comunitario, ma, al contrario, fondi su di esso le proprie ragioni, affermando che il provvedimento impugnato è illegittimo perché contrastante con l'atto anticomunitario. Nella descritta ipotesi, la regola sull'onere di impugnazione, con tutti i suoi portati, non viene in rilievo, poiché anzi il privato chiede l'applicazione dell'atto viziato sotto il profilo comunitario, cosicché non possono frapporsi ostacoli a che il giudice giudichi la controversia alla luce degli effettivi parametri di legalità sostanziale, nel pieno rispetto del principio di preminenza del diritto comunitario ... Deve, pertanto, ritenersi che nell'ipotesi descritta, l'atto (anche negoziale) su cui il ricorrente fonda le proprie pretese, possa esplicare i propri effetti solo laddove sia conforme al diritto comunitario, non potendo, in caso contrario, costituire fonte di legittime aspettative del privato. In quest'ultima ipotesi sarà doveroso per il giudice disapplicarlo o comunque giudicare la controversia senza tenerne conto»¹¹⁶.

Sicché, in questa prospettiva, la disapplicazione sarebbe consentita ogniqualvolta

¹¹⁴ TRGA Trentino Alto Adige, Trento, Sez. I, 11/11/2011, n. 284.

¹¹⁵ M. DELSIGNORE, *La disapplicazione dell'atto in violazione del diritto comunitario non impugnato*, in *Dir proc. amm.*, 2008, 271 ss.

¹¹⁶ TAR Sardegna, Cagliari, Sez. I, 27/3/2007, n. 549.

si traduca in danno del privato ricorrente (che voglia trarre vantaggi dal provvedimento anticomunitario). Ciò che sarebbe, in effetti, coerente con la giustificazione empirica dell'inoppugnabilità quale posizione di vantaggio per la P.A. nel rapporto impari con il privato, ma che difficilmente si giustificerebbe secondo la vulgata che descrive l'inoppugnabilità a garanzia della certezza del diritto (che sarebbe allora sì una certezza relativa e per di più unilaterale) e, a maggiore ragione, difficilmente reggerebbe l'urto del contrasto con le regole di un processo che «*si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale*» (art. 111 Cost.).

A ogni buon conto, al di là di occasionali posizioni dubitative e di estemporanee aperture alla disapplicazione spinte da un eccesso di empirismo, il principio generalmente condiviso dalla giurisprudenza nazionale è tranciante: «*Il giudice amministrativo, anche tenendo conto del rapporto di eterointegrazione tra i due ordinamenti, non può disapplicare gli atti amministrativi nazionali contrastanti col diritto comunitario i quali viceversa vanno impugnati nell'ordinario termine di decadenza per vizio di legittimità - annullabilità, senza per questo che risulti lesa il principio di primauté del predetto diritto, laddove la diversa forma patologica della nullità (o dell'inesistenza) risulta configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento interno è stato adottato sulla base di una norma (attributiva del potere nel cui esercizio è stato adottato l'atto) incompatibile (e quindi disapplicabile) col diritto comunitario*»¹¹⁷.

In quest'ambito (la disapplicabilità di provvedimenti amministrativi in contrasto con una norma UE) si registra, dunque, ancora uno scollamento tra l'insegnamento della Corte di giustizia e la prassi dei tribunali nazionali.

3.10. L'interpretazione conforme

Si è dimostrato che l'inoppugnabilità non è un tratto essenziale del provvedimento amministrativo e non risponde a esigenze di carattere dogmatico, erroneamente richiamate a descrivere la fattispecie nella fallace prospettiva di un'inesistente similitudine con la regiudicata, cui sarebbe apparentata dalla comune discendenza dal principio della certezza del diritto: vale a dire, la pietra angolare di ogni ordinamento giuridico (ovviamente anche di quello comunitario) che si caratterizza secondo i principi dello Stato di diritto.

Non vi è, perciò, nessun principio a imporre che il provvedimento amministrativo (non ritualmente e tempestivamente impugnato) divenga a un certo punto incontrovertibile. A maggior ragione, conseguendo dall'inoppugnabilità (a differenza di ciò che accade nella regiudicata) solo una «*incontrovertibilità relativa*», nemmeno vincolante per entrambe le parti del medesimo rapporto¹¹⁸.

L'inoppugnabilità soddisfa, semmai l'utilità empirica di rendere più spedita l'azione della P.A. nel perseguimento di un interesse pubblico, ritenuto aprioristicamente (e perciò solo, erroneamente) peggiore rispetto a quello privato.

¹¹⁷ Cons. Stato, Sez. V, 10/1/2003, n. 35.

¹¹⁸ M. ANTONIOLI, *Inoppugnabilità e disapplicabilità*, cit., 1399.

Non vi è, dunque, alcuna esigenza dogmatica a imporre di conformare la vicenda amministrativa (al provvedimento corrispondente) alla norma nazionale piuttosto che all'antinomica norma europea, sovvertendo perciò il rapporto tra gli ordinamenti e infrangendo il dogma dell'uniforme applicazione del diritto UE, creando in questo modo delle inaccettabili *enclave* di sovranismo nazionale, all'interno delle quali il provvedimento inoppugnabile divenga la regola giuridica di ogni altro futuro rapporto che trovi in esso il suo necessario antecedente logico, così da impedire indefinitamente la comparsa sulla scena della norma comunitaria.

Escluso che vi sia un imperativo dogmatico a sostenere l'inoppugnabilità, essa costituisce, piuttosto, una scelta processuale che appartiene al novero di quelle che, indubitabilmente, rientrano nell'autonomia normativa di ogni singolo Stato membro.

Così posto il problema nei termini processuali della «*estinzione del potere di azione*»¹¹⁹, in una prospettiva dunque capace di emanciparsi da ogni sovrastruttura dogmatica (come l'abusata teorica che vuole l'inoppugnabilità al pari della regudicata a presidio della certezza del diritto), la regola di giudizio (vaga) ritraibile dalla sentenza *Ciola* realizza probabilmente la migliore sintesi tra il principio di autonomia processuale e i principi *Rewe* di conformazione della stessa nella prospettiva teleologica della competenza processuale funzionalizzata.

La sentenza *Ciola* deideologizzata (liberata cioè dall'impropria sovrastruttura dogmatica in cui la si è voluta ingabbiare) giustifica e pretende la disapplicazione di un provvedimento amministrativo, quantunque individuale e concreto, quando non vi sia altra possibilità per ristabilire l'*effet utile* della norma UE, perlomeno (secondo il correttivo affermato nella sentenza *Neerings*) ad arrestare la produzione nel futuro degli effetti di un provvedimento inoppugnabile, facendo salvi quelli frattanto già costituiti.

Certo, in questa prospettiva bisogna avere bene in mente che la disapplicazione non consente di aggredire direttamente il provvedimento individuale e concreto che si è omesso di impugnare nei termini (giacché in questo modo sarebbe compromesso lo stesso sistema di giustizia amministrativa, così come da noi conosciuto, facendo della decadenza niente più che una sinecura), bensì di risolvere la differente controversia emergente nell'applicazione di un successivo atto applicativo ignorando l'esistenza del provvedimento a esso presupposto per evitare che ne siano propagati gli effetti contrastanti con la norma UE.

Ma in questa prospettiva ci è utile il costante insegnamento della Corte di cassazione, la quale ripete come un mantra che «*Il giudice ordinario può disapplicare l'atto amministrativo solo quando la valutazione della legittimità del medesimo debba avvenire in via incidentale, ossia quando l'atto non assume rilievo come causa della lesione del diritto del privato, ma come mero antecedente, sicché la questione della sua legittimità viene a prospettarsi come pregiudiziale in senso tecnico e non come principale*»¹²⁰.

¹¹⁹ M. ANTONIOLI, *Inoppugnabilità e disapplicabilità*, cit., 1395.

¹²⁰ Corte di cassazione, Sez. III, 22/2/2002, n. 2588.

Donde, l'impossibilità di estendere la disapplicazione, anche nella sua conformazione (all'*effet utile* della norma) comunitaria, oltre i limiti di un sindacato meramente incidentale sul provvedimento non ritualmente e tempestivamente impugnato (com'è, appunto, stato nella sentenza *Ciola*).

Con questo si è dimostrata la possibilità di conciliare l'effetto utile dell'effetto diretto delle norme UE (*effet utile*) con le caratteristiche del nostro sistema di giustizia amministrativa, per come sinora configurato. Solo che si faccia corretto (e ampio) impiego dell'obbligo d'interpretazione conforme (art. 4 TFUE), applicando anche nella giurisdizione generale di legittimità sugli interessi legittimi la disposizione di cui all'art. 5 della Legge abolitrice del contenzioso amministrativo, originariamente prevista (o comunque intesa) a protezione dei soli diritti soggettivi. E ciò, altresì, con riferimento ai provvedimenti individuali e concreti (e non solo a quelli regolamentari, com'è ora nella prassi giurisprudenziale), che siano nondimeno suscettibili di costituire il presupposto della perpetuazione, anche nel futuro, delle violazioni della norma UE.

Bibliografia

- ANTONIOLI M., *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1999
- BECKER F., *Application of Community Law by Member States' Public Authorities: Between Autonomy and Effectiveness*, in CMLR, 2007
- CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911
- CANNADA BARTOLI E., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950
- CASSESE S., *Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali*, in Quaderni SPISA, Rimini, 1994
- CERULLI IRELLI V., *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2008
- CERULLI IRELLI V., *Violazioni del diritto europeo e rimedi nazionali*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2014
- CHITI M.P., *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1991
- CHITI M. P., *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in Dir. amm., 2003
- CHITI M. P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, 2011
- CINTIOLI F., *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in Dir. amm. 2003
- CINTIOLI F., *Disapplicazione*, in Enc. dir., Annali, III, Milano, 2010,
- CONTALDI G., *Atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, in Dir. Un. eur., 2007
- DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000
- DELSIGNORE M., *La disapplicazione dell'atto in violazione del diritto comunitario non impugnato*, in Dir proc. amm., 2008
- DERNBURG A., *Pandette*, Torino, 1906
- EILMANSBERGER T., *The relationship between rights and remedies in EC law: In search of the missing link*, in CMLR, 2004
- FINES F., *The temporal applicability of anti-discrimination standards: E.B.*, in CMLR, 2020
- FLYNN L., *Whatever Happened to Emmott? The Perfecting of Community Rules on National Time Limits*, in AA.VV., *The Future of Remedies in Europe*, Oxford, 2000
- FRANCARIO F., *Note minime sul potere di disapplicazione del giudice civile*, in Riv. giur. edilizia, 2018
- GALETTA D.U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, *Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009
- GALLO C.E., *Processo amministrativo*, in Dig. pubbl., XI, Torino, 1996
- GATTO A., *I poteri del giudice amministrativo rispetto a provvedimenti individuali e concreti contrastanti con il diritto comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2002
- GARDINI G., *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione e interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in Dir. amm., 2014

- GIACCHETTI S., *Disapplicazione? No grazie*, in Dir. proc. amm., 1997
- GIANNINI M.S. - PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in Enc. dir., XIX, 1970
- GIANNINI M. S., *Atto amministrativo*, in Enc. dir., IV, 1959
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, 1993
- GRECO G., *Fonti comunitarie e atti amministrativi italiani*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1991
- GRECO G., *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2006
- MASSARI G., *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2014
- MENESTRINA F., *La pregiudiziale nel processo civile*, Vienna, 1904
- MONTEDORO G., *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero dell'insostenibile leggerezza del processo impugnatorio)*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2008
- MONTEDORO G., *Il regime processuale dell'atto nazionale anticomunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2011
- MORBIDELLI G., *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in Dir. proc. amm., 1997
- NOTARO N., *Commento alla sentenza Fantask*, in CMLR, 1998
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983
- NEGRELLI A., *La resistenza degli atti nazionali "definitivi" nel diritto europeo: una stabilità alla rovescia*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2011
- POZZANI P., *Premesse per uno studio sulla pregiudizialità amministrativa*, in Dir. amm., 2016
- RAIMONDI L., *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, in Dir. Un. eur., 2008
- ROMANO A., *Note in tema di decadenza*, in Riv. trim. dir. e proc. civile, 1964
- ROMANO S., *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* (a cura di V. E. ORLANDO), Milano, 1901, ora anche in *Gli scritti nel Trattato Orlando*, Milano, 2003
- ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953
- TANDA P., *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario: in particolare, l'ipotesi del permesso di costruire illegittimo*, in Dir. proc. amm., 2019
- TEDESCHI V., *Decadenza (diritto civile e diritto processuale civile)*, in Enc. dir., XI, 1962
- F. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012
- TRAVI A., *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile in alcuni recenti interventi della Cassazione*, in Dir. proc. amm., 2020
- VALAGUZZA S., *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l'incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, in Dir. proc. amm., 2005
- VALENTINA C., *Il contrasto fra le decisioni delle Sezioni unite sulla disapplicazione dell'atto amministrativo nelle cause civili con la P.A.*, in Corr. giur., 2019

- VERDE G., *Rimozione degli atti amministrativi ed effettività della tutela*, in Riv. dir. proc., 1984
- VERDE G., *Brevi considerazioni su cognizione incidentale e pregiudizialità*, in Riv. dir. proc., 1989
- VILLATA R., *Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in Dir. proc. amm., 2006
- VIRGA G., *Diritto amministrativo*, Milano, 1987
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1952

Giurisprudenza comunitaria

- Corte di giustizia, 5/2/1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*
- Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76, *Reve*
- Corte di giustizia, 7/7/1981, causa 158/80, *Reve/Hauptzollamt*
- Corte di giustizia, 25/7/1991, causa C-208/90, *Emmott*
- Corte di giustizia, 27/10/1993, causa C-338/91, *Neerings*
- Corte di giustizia, 6/12/1994, causa C-410/92, *Johnson*
- Corte di giustizia, 14/12/1995, causa C-430-93, *Van Schijndel*
- Corte di giustizia, 17/7/1997, causa C-90/94, *Haahr Petroleum*
- Corte di giustizia, 2/12/1997, causa C-188/95, *Fantask*
- Corte di giustizia, 20/4/1999, causa C-224/97, *Ciola*
- Corte di giustizia, 27/2/2003, causa C-327/00, *Santex*
- Corte di giustizia, 10/6/2010, cause riunite C-395/08 e 396/08, *Bruno*
- Corte di giustizia, 16/2/2012, causa C-72/10, *Costa e Cifone*
- Corte di giustizia, 15/1/2019, causa C-258/17, *E.B.*

CAPITOLO QUARTO

LA RELATIVITÀ DEL GIUDICATO

SOMMARIO: 4.1. L'autorità del giudicato. – 4.2. I principi UE sul giudicato. – 4.3. Il nuovo approccio – 4.4. L'ingannevole prospettiva. – 4.5. L'innovazione nella tradizione. – 4.6. La relativizzazione del principio – 4.7. L'apparente eresia. – 4.8. Il ritorno alla tradizione. – 4.9. Il definitivo chiarimento. – 4.10. L'interpretazione conforme: la sentenza *inutiliter data*. – 4.11. La ricaduta del principio di relatività del giudicato all'interno del nostro ordinamento. – 4.12. Eureka! – 4.13. Il giudicato a formazione progressiva. – 4.14. Gli inopportuni slanci in avanti. – 4.15. *De iure condendo*.

4.1. L'autorità del giudicato

Secondo il tradizionale insegnamento di Chiovenda, «*la cosa giudicata in senso sostanziale consiste nell'indiscutibilità dell'esistenza della volontà concreta di legge affermata nella sentenza*», che deve, dunque, «*tenersi in futuro come norma immutabile del caso concreto*»¹.

Com'è noto, il suo insegnamento ha profondamente influenzato il diritto vigente: l'art. 2909 c.c. («*Cosa giudicata*») statuisce, invero, che «*L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa*».

L'autorità del giudicato, ferme l'immodificabilità e l'inoppugnabilità della sentenza², impedisce altresì che siano emanate, in futuro, sentenze di contenuto opposto a quello della sentenza passata in giudicato³, siccome quell'accertamento è, appunto, la dichiarazione della norma nel caso concreto, secondo l'insegnamento chiovendiano.

Il giudicato sostanziale produce, nello stesso tempo, un'efficacia negativa (impedisce, in ogni futuro processo un nuovo esame di ciò che è stato deciso) e positiva (vincola qualsiasi giudice al rispetto del contenuto del precedente accertamento)⁴.

L'autorità di cosa giudicata copre, per inveterata tradizione e per intrinseca esigenza dogmatica, il dedotto e il deducibile; impedisce, cioè, non solo di ripresentare in un nuovo giudizio le medesime questioni già sottoposte all'attenzione del

¹ G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1980, 906 e 907.

² L'art. 324 c.p.c. considera passata in giudicato formale «*la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'art. 395 c.p.c.*»; sicché non costituiscono un ostacolo alla formazione del giudicato l'opposizione di terzo ex art. 404 c.p.c. e la revocazione straordinaria ex art. 396 c.p.c., che eccezionalmente consentono di rimettere in discussione la sentenza passata in giudicato.

³ S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, in Dig. civ., XVI, Torino, 1998, 404 ss., ove si legge: «*La stabilità del provvedimento giurisdizionale è altra cosa rispetto alla incontestabilità del suo contenuto: è la previsione a livello di diritto positivo dell'istituto del giudicato materiale ad assicurare che quanto deciso con l'atto del giudice, oramai non più annullabile o revocabile, sia obbligatorio per il futuro; di per sé la non modificabilità della sentenza non implica l'impossibilità di una nuova decisione, in un successivo giudizio, sullo stesso oggetto*».

⁴ G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale*, cit., 914.

primo giudice, ma anche di proporre, per la prima volta in un nuovo giudizio, quelle questioni che non siano state fatte valere in precedenza, ma che avrebbero potuto esserlo in quanto ricomprese nell'ambito oggettivo del processo già definito con la sentenza passata in giudicato⁵.

Perciò, non vi è modo di rimettere in discussione un giudicato con la prospettazione di nuovi fatti costitutivi, estintivi, impeditivi o modificativi del diritto fatto valere e accertato definitivamente⁶ 7.

Questo è il diritto vivente, con riguardo al giudicato civile.

Quanto al giudicato amministrativo⁸, l'Adunanza plenaria ha perentoriamente affermato che «*Il contenuto precativo del giudicato costituisce un modo di essere necessario e non più mutabile della realtà giuridica, ormai definitivamente cristallizzato nella pronuncia giurisdizionale anche se questa abbia, eventualmente, travisato, ignorato o disapplicato le norme che era tenuta a considerare nel caso concreto*»⁹.

Vi è, però, che «*il rapporto viene conosciuto dal giudice amministrativo, nel ricorso giurisdizionale, solo nei limiti in cui è interessato dai vizi dell'atto, e per di più nel modo in cui questi vengono in rilievo e cioè non in modo assoluto ma attraverso la configurazione che ne dà il ricorrente dal punto di vista del suo interesse*»¹⁰.

Quindi, l'autorità del giudicato amministrativo copre solo il dedotto¹¹ 12, quan-

⁵ G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale*, cit., 910 ss.

⁶ S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, cit., 404 ss.

⁷ Non contraddicono il principio dell'intangibilità del giudicato le ipotesi eccezionali di revocazione straordinaria della sentenza di cui al combinato disposto degli artt. 395 e 396 c.p.c. (dolo di una delle parti o del giudice, prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza, nuovi documenti che la parte non ha potuto produrre in giudizio per forza maggiore o per fatto dell'avversario), perché si tratta, comunque, di ipotesi limite, di improbabile realizzazione concreta.

⁸ In effetti, la materia non è espressamente disciplinata dal d.lgs. n. 104/2010; tuttavia, l'art. 106 c.p.a., con riferimento ai casi di revocazione delle sentenze, rinvia pianamente agli artt. 395 e 396 c.p.c., con il che si può ritenere presupposta nel processo amministrativo la stessa nozione di giudicato adottata nel diritto civile.

⁹ Consiglio di Stato, Ad. plen., 21/2/1994, n. 4.

¹⁰ F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, in Enc. dir., XVIII, Milano, 1973, 893 ss.

¹¹ G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in Dir. soc., 2016, 225, afferma che «*In ogni caso il ricorso non "si fonda" direttamente e immediatamente sulla situazione giuridica vantata dal soggetto, ma sui vizi dell'atto dedotti nella domanda ... Ne deriva che i vizi non dedotti (e ancorché in astratto deducibili) risultano normalmente estranei all'oggetto del giudizio e non rientrano così nell'accertamento giudiziale (né tra i presupposti logici indefettibili della decisione). Il che ben consentirà al ricorrente, risultato vincitore nel primo giudizio, di proporli in un'eventuale ulteriore impugnazione avverso il riesercizio del potere*».

¹² M.S. GIANNINI-A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, in Enc. dir., XIX, Milano 1970, 25, sostengono, invece, che «*Il principio secondo il quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile deve ritenersi coesenziale al concetto di una giurisdizione istituita a tutela di situazioni giuridiche soggettive perché su di esso fonda l'intangibilità (del contenuto d'accertamento) della decisione in relazione all'immutabilità dell'attribuzione dell'utilità individuata dalla sentenza*». Questa tesi è stata tuttavia disattesa dall'Adunanza plenaria n. 2/2013, la quale ha affermato di essere «*ben consapevole ... delle tesi da tempo avanzate che, facendo leva sul principio di effettività della giustizia amministrativa, prospettano la necessità di pervenire all'affermazione del divieto di ogni riedizione del potere a seguito di un giudicato sfavorevole, ma non ritiene di poter aderire a tale indirizzo che appare contrastante con la salvezza della sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione*». E ciò sulla sollecitazione di quanto sostenuto nell'ordinanza di remissione, ove appunto si era affermato che la peculiarità del giudizio amministrativo impedisce la piena espansione del principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, poiché il giudicato amministrativo non può che formarsi con esclusivo riferimento ai vizi dell'atto ritenuti sussistenti, alla stregua dei motivi dedotti nel ricorso.

to meno nelle sentenze di annullamento¹³, operando per il deducibile solo, eventualmente, una preclusione processuale, conseguente alla maturazione dei termini di impugnazione¹⁴.

Il principio dell'autorità di cosa giudicata è connaturato al processo, ed è intimamente collegato al fondamentale principio della certezza del diritto¹⁵, che si ritiene un principio fondamentale del nostro ordinamento¹⁶ e un diritto umano fondamentale¹⁷.

Quindi, l'autorità del giudicato, per la sua diretta derivazione dal principio della certezza del diritto, ha valore costituzionale, anzi è uno dei principi costitutivi del nostro ordinamento¹⁸ e fa parte della sua struttura¹⁹, quantunque non espressamente previsto in Costituzione²⁰.

Invero, «è difficile negare che la stabilità e indefettibilità garantite dall'ordinamento processuale non debbano costituire, a loro volta, una connotazione essenziale dei diritti di azione e di difesa sanciti dall'art. 24 Cost.»²¹.

In questo senso, la Corte costituzionale ha osservato che «è insito nella nozione stes-

¹³ Invero, bisogna distinguere, come statuito in T.A.R. Marche, Sez. I, 19/12/2008, n. 2169: «Nell'applicazione dell'art. 2909 c.c. al giudizio amministrativo impugnatorio il giudicato copre solo il dedotto nei casi di accoglimento del ricorso o nella parte in cui esso è stato accolto, ma nei casi di rigetto o di parziale rigetto, sia pure implicito, si estende sia al dedotto che al deducibile, nel senso che il giudicato di rigetto non consente più di impugnare lo stesso atto e dallo stesso ricorrente con successivi ricorsi (o motivi aggiunti) quando i nuovi e diversi motivi di gravame ben potevano essere proposti con l'originario ricorso». Sempre secondo G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio*, cit., altro è a dirsi rispetto a una sentenza pronunciata agli effetti dell'art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241/1990, con l'esclusione dell'annullamento di un atto per vizi solo formali o procedurali, avendo il giudice ritenuto, nel caso sottoposto al suo esame, «paleso che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato», perché in questo caso il codice del processo amministrativo configura una sentenza di reiezione senz'altro idonea a coprire anche il deducibile; e, dunque, «le due ipotesi previste dall'art. 21 octies c.2 possono essere considerate come altrettante applicazioni (ex lege) del principio che il giudicato copre il dedotto e il deducibile».

¹⁴ G. GRECO, *Giudizio sull'atto*, cit., 213.

¹⁵ R. CAPONI, *Giudicato civile e diritto costituzionale: incontri e scontri*, in *Giur. it.*, 2009, 2828, sostiene che «se l'irretroattività della legge, ovvero i limiti del potere del legislatore di disporre per il passato, ha un ancoraggio costituzionale sulla base di un complesso di elementi normativi che trovano nella certezza del diritto la loro sintesi concettuale, a fortiori dovrà essere protetta dalla Costituzione l'autorità di cosa giudicata, che della certezza del diritto costituisce una manifestazione saliente». Analogamente, la Corte di giustizia nella sentenza 16/3/2006, causa C-234/04, *Kapferer*, ha precisato che, «al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione».

¹⁶ S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, cit., 404 ss.

¹⁷ J. TEMPLE LANG, *Legal Certainty and Legitimate Expectation as General Principles of Community Law*, in U. BERNITZ e J. NERGELIUS, *General Principles of European Community Law*, L'Aia, 2000, 163.

¹⁸ Corte costituzionale, 29/4/1982, n. 77, ove, appunto, si legge: «Trattasi di uno dei principi fondamentali del nostro ordinamento, che non può subire deroghe se non nei casi espressamente previsti dalla legge».

¹⁹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GIARDINI, *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 29.

²⁰ La Commissione dei Settantacinque aveva formulato, nel progetto di Costituzione, una norma sull'intangibilità della cosa giudicata (art. 104 del progetto: «Le sentenze non più soggette ad impugnazione di qualsiasi specie non possono essere annullate o modificate neppure per atto legislativo, salvo i casi di legge penale abrogativa o di amnistia, grazia e indulto»). Ma in sede costituente prevalse l'opinione di mantenere l'espressa previsione solo nelle norme codicistiche (P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Napoli, 1968, vol. III, 217 ss.; G. TARZIA, *Leggi interpretative e garanzia della giurisdizione*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1993, 243 ss.).

²¹ G. SERGES, *Il "valore" del giudicato nell'ordinamento costituzionale*, in *Giur. it.*, 2009, 2821.

sa di procedimento che il complesso di operazioni in cui si articola sia preordinato al fine di conseguire un accertamento definitivo che costituisce lo scopo medesimo dell'attività giurisdizionale»²².

In conseguenza di ciò, la richiesta di disapplicazione del giudicato anticomunitario potrebbe, secondo taluno²³, toccare un controlimite, e, quindi, giustificare un intervento della Corte costituzionale.

Ma così non è; come in seguito si avrà modo di dimostrare.

4.2. I principi UE sul giudicato

L'autorità del giudicato è un principio condiviso da tutti gli Stati membri e accolto anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia quale principio di diritto comunitario²⁴.

Si legge al proposito nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs nella causa Köbler²⁵: «*Res judicata pro veritate habetur: quello che è stato giudicato è considerato conforme alla verità. Questo principio derivato dal diritto romano è riconosciuto da tutti gli Stati membri nonché nell'ordinamento giuridico comunitario ... questo principio si basa sulla necessità di assicurare la stabilità dei rapporti giuridici evitando che contestazioni siano rinnovate all'infinito. Esso s'ispira quindi a una duplice esigenza: la certezza del diritto e la buona amministrazione della giustizia*».

Analoga affermazione è altresì contenuta nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Léger nella causa Peterbroeck²⁶, ove appunto si legge: «*Secondo un principio generale del diritto, sancito da tutti gli Stati membri, le controversie risolte mediante un provvedimento giurisdizionale definitivo sono irrevocabilmente concluse e non sono più soggette ad un riesame in sede giurisdizionale. L'autorità della cosa giudicata rappresenta il livello minimo dell'efficacia vincolante che può essere attribuita a una sentenza*».

La Corte di giustizia si è occupata in più di un'occasione del principio dell'autorità del giudicato²⁷.

Il principio che si desume dalla giurisprudenza comunitaria è inequivocabile: «*L'autorità del giudicato osta ... a che siano rimessi in discussione i diritti giuridicamente sanciti*

²² Corte costituzionale, 19/1/1982, n. 21.

²³ S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GIARDINI, *Il primato del diritto comunitario*, cit., 59, sostengono che «*La res judicata rappresenta un principio costituzionale 'strutturale' dell'ordinamento giuridico italiano, pienamente integrato nel diritto comunitario, e pertanto costituisce un limite all'applicazione del primato del diritto comunitario alla luce della c.d. dottrina dei controlimiti*». Analogamente, C. DI SERI, *Primauté del diritto comunitario e principio della res iudicata nazionale: un difficile equilibrio*, in *Giur. it.*, 2009, 2839.

²⁴ X. GROUSSOT - T. MINSSEN, *Res Judicata in the Court of Justice Case-Law: Balancing Legal Certainty with Legality?*, in *EuConst*, 2007, 387, affermano: «*Res judicata ... appears to be firmly rooted both in the laws of the member states and in the Court of Justice case-law*».

²⁵ Conclusioni dell'avvocato generale F. Jacobs nella causa C-224/01.

²⁶ Conclusioni dell'avvocato generale P. Léger nella causa C-312/93.

²⁷ Per una ricognizione della giurisprudenza in argomento, si veda V. FERRARO, *L'intangibilità del giudicato amministrativo e il diritto europeo: le recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 1055 ss.

ti»²⁸; ciò in coerenza con i «*principi che stanno alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali il principio della certezza del diritto e quello del rispetto della cosa giudicata che ne costituisce espressione*»²⁹.

Ancora di recente, la Corte di giustizia, con la sentenza *Commissione/Slovacchia*³⁰, ha ribadito che «*si deve rammentare l'importanza del principio dell'autorità del giudicato vuoi nell'ordinamento giuridico dell'Unione vuoi negli ordinamenti giuridici nazionali. Infatti, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione*».

4.3. Il nuovo approccio

Da ultimo, si è avvertito un cambio di rotta e un'erosione dell'autonomia procedurale degli Stati membri, che al principio dell'intangibilità del giudicato sono tradizionalmente ispirati.

In talune più recenti sentenze, l'autorità del giudicato è stata messa, talvolta, in discussione dalla Corte di giustizia, apparentemente nella considerazione delle particolari circostanze di fatto dei casi decisi³¹, dunque, con una giustificazione contingente, che è parsa ai più non riconducibile a una logica ispiratrice; ma, in realtà, con approcci riferibili a un comune denominatore: la reattività dell'ordinamento comunitario alla violazione di una sua competenza processuale esclusiva, qual è la funzione nomofilattica assegnata dall'art. 267 TFUE alla Corte di giustizia sugli atti delle istituzioni comunitarie.

Invero, l'autorità del giudicato è stata messa in discussione dalla Corte di giustizia in vicende processuali in cui il meccanismo del rinvio pregiudiziale, quale strumento di raccordo tra i due livelli ordinamentali (comunitario e nazionale), non ha correttamente funzionato, o perché il giudice di ultima istanza abbia malamente fatto applicazione del principio dell'*acte clair*³², ritenendo manifestamente infondato il dubbio interpretativo quantunque non lo fosse, o perché – più sovente – la norma UE e il contrasto con essa della norma nazionale nemmeno siano stati richiamati nel corso del giudizio, da chi se ne sarebbe avvantaggiato³³.

²⁸ Corte di giustizia, 9/6/1964, cause riunite 79/63 e 82/63, *Reynier*.

²⁹ Corte di giustizia, 1/6/1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*.

³⁰ Corte di giustizia, 22/12/2010, causa C-507/08.

³¹ E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, 447 ss.

³² X. GROUSSOT - T. MINNSEN, *Res Judicata*, cit., 385, affermano che «*The recent jurisprudence of the Court of Justice in Köbler and Kühne & Heitz has made clear that the Court is willing to establish legal principles that will make it possible to effectively tackle the abuse of the acte clair doctrines*».

³³ A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 456 ss.

Com'è reso evidente nelle sentenze *Kühne & Heitz*³⁴ e *Lucchini*³⁵, che segnano l'acme dell'effetto conformativo dell'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE sull'autorità di giudicato, la negazione degli effetti del giudicato consegue, in ambedue i casi, al mancato coordinamento tra i due, autonomi, distinti, ancorché coordinati attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale, sistemi di rimedi giurisdizionali³⁶, così delineati dai Trattati e dalle norme processuali nazionali a presidio di due ordinamenti giuridici (e delle situazioni giuridiche soggettive che in esse acquistano giuridica rilevanza) che la nostra Corte costituzionale, appunto, afferma essere «autonomi e distinti, ancorché coordinati»³⁷.

L'idea di fondo delle due sentenze è, dunque, la riaffermazione del ruolo della Corte di giustizia come giudice naturale sulle questioni interpretative e di validità del diritto comunitario³⁸.

Indubbiamente, le sentenze della Corte di giustizia sul giudicato hanno suscitato reazioni che vanno dalla sorpresa, alla preoccupazione se non addirittura un certo fastidio, ma è altresì indubitabile che un'altra lettura, al tempo stesso più fedele e meno allarmista può essere fatta di questi sviluppi giurisprudenziali³⁹.

In realtà, si tratta, per così dire, di una lettura a rime obbligate, giacché il principio del giudicato (e il connesso principio della certezza del diritto) campeggiano centrali anche nell'ordinamento comunitario⁴⁰.

³⁴ Corte di giustizia, 13/1/2004, causa C-453/00.

³⁵ Corte di giustizia, 18/7/2007, causa C-119/05.

³⁶ S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GIARDINI, *Il primato del diritto comunitario*, cit., 34, sostengono che «il modello gerarchico non si presta ad autorizzare la riapertura di un giudizio conclusosi con una decisione definitiva in contrasto con il diritto comunitario [perché] la gerarchia/supremazia implica che tutti i giudici degli Stati membri, in quanto attori dell'ordinamento comunitario inteso in senso unitario e monistico, siano inevitabilmente soggetti al diritto comunitario come diritto principale (law of the land). Ne consegue che una pronuncia di un giudice nazionale definitiva ma scorretta, inerente ad una materia comunitaria (come gli aiuti di Stato, ad es.), non dovrebbe risultare più impugnabile, dal momento che essa va considerata, secondo questo modello, una decisione finale propria dell'ordinamento europeo, inteso in senso unitario e monistico. Ma, come si è visto, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia ciò non è sempre vero e il giudicato anticomunitario può essere riaperto, in casi eccezionali e per evitare reiterate violazioni del diritto comunitario. Pertanto, prendendo a riferimento il punto di vista della stessa Corte di giustizia, il modello gerarchico appare intrinsecamente incoerente».

³⁷ Corte costituzionale, 18/12/1973, n. 183.

³⁸ E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali*, cit., 447.

³⁹ A. TIZZANO, B. GENCARELLI, *Droit de l'Union et décisions nationales définitives dans la jurisprudence récente de la Cour de Justice*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, 789 ss., ove appunto si legge: «Il n'est pas peu dire que les différents réponses apportées par la Cour ont pu susciter quelques émois, allant de la surprise à l'inquiétude sinon à un certain agacement ... Il nous semble toutefois qu'une autre lecture, à la fois plus fidèle et moins alarmiste, peut être faite des ces développements jurisprudentiels».

⁴⁰ L'art. 68 TCE (abrogato dal Trattato di Lisbona) prevedeva che «Il Consiglio, la Commissione o uno Stato membro possono chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione del presente titolo o degli atti delle istituzioni della Comunità fondati sul presente titolo. La decisione pronunciata dalla Corte di giustizia in risposta a siffatta richiesta non si applica alle sentenze degli organi giurisdizionali degli Stati membri passate in giudicato». Da questa norma, M. G. PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlli costituzionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 341 ss., ha ritenuto di trovare conferma del riconoscimento del principio del rispetto dell'autorità del giudicato nazionale da parte della Corte di giustizia. Di contro, E. SCODITTI, *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, in *Foro it.*, 2007, IV, 535, sottolinea che, essendo la disposizione relativa solamente a titolo IV del Trattato CE («*Visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone*»), dovrebbe affermarsi che per le materie non comprese

4.4. L'ingannevole prospettiva

Con la sentenza *Köbler*^{41 42 43}, a fronte dell'obiezione degli Stati membri dell'incompatibilità di una loro responsabilità per le decisioni dei propri organi giurisdizionali con il principio dell'autorità della cosa giudicata, la Corte di giustizia – ancorché ribadendo che «l'importanza del principio dell'autorità della cosa definitivamente giudicata non può essere contestata [perché], al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione», e pure riconoscendo che «considerazioni collegate al rispetto del principio dell'autorità della cosa definitivamente giudicata ... possono avere ispirato ai sistemi giuridici nazionali restrizioni, talvolta severe, alla possibilità di far dichiarare la responsabilità dello Stato per danni causati da decisioni giurisdizionali erranee» – ha nondimeno concluso che «il riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado non ha di per sé come conseguenza di rimettere in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata di una tale decisione».

Con riguardo a questo primo arresto giurisprudenziale è, dunque, evidente la forzatura di chi ha avvertito come «una tale estensione del principio di responsabilità metta in discussione l'autorità del dictum e la giustizia di una pronuncia definitiva»⁴⁴.

Invero, l'affermazione giudiziaria di una responsabilità di chi ha malamente agito in un processo contribuendo alla formazione di una sentenza ingiusta non contraddice l'effetto proprio del giudicato, che è quello di conformare il rapporto giuridico dedotto in giudizio alla statuizione giudiziaria, non già di sottrarre alla critica (anche processuale) quella sentenza, ancorché ciò consenta ad altri giudici di statuire su altri rapporti giuridici⁴⁵ sul presupposto che quel giudicato sia ingiusto⁴⁶.

non dovrebbe sussistere il limite del giudicato nei confronti dei pronunciamenti della Corte di giustizia.

⁴¹ Corte di giustizia, 30/9/2003, causa C-224/01.

⁴² Per un commento alla sentenza, si veda S. DE MARIA, *Recenti sviluppi della giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2004, 879 ss.

⁴³ Per uno studio comparato sull'applicazione dei principi *Köbler* da parte degli Stati membri, si veda Z. VARGA, *National remedies in the case of violation of EU law by Member State Courts*, in CMLR, 2017, 51 ss.

⁴⁴ G. MARI, *La forza di giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza comunitaria*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2004, 1022. E. FONTANA, *Qualche osservazione in margine al caso Lucchini, un tentativo di spiegazione*, in Dir. comm. internaz., 2008, 195, sostiene, invece, che nella sentenza *Köbler* la Corte di giustizia afferma «assai prudentemente» il principio dell'intangibilità del giudicato e con esso la preminenza del principio di certezza del diritto sull'effettività della norma UE.

⁴⁵ Al proposito, l'Avvocato Generale P. Léger nella causa *Köbler* nelle proprie conclusioni, ha appunto chiarito che «secondo una concezione tradizionale dominante, l'autorità della cosa giudicata – e, di conseguenza, l'autorità della cosa definitivamente giudicata – può intervenire solo in talune circostanze, allorché esiste una triplice identità – di oggetto, di causa e di parti – tra una controversia già risolta e una controversia sopravvenuta successivamente. Il principio della cosa giudicata è quindi un principio relativo e non assoluto. Di conseguenza, si deve constatare che una controversia ... che ha per oggetto il risarcimento di un danno causato da una violazione del diritto comunitario e che mette causa lo Stato non soddisfa questo triplice requisito di identità (cumulativa e non alternativa)».

⁴⁶ M. G. PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato*, cit., 341 ss., afferma che «Tali pronunce si riflettono sull'istituto del giudicato, presupponendone l'intangibilità, ossia che la decisione definitiva del giudice non possa più essere messa in

Principio questo che è reso evidente dalla responsabilità (da nessuno, invero, ritenuta problematica) dell'avvocato che abbia patrocinato la parte ingiustamente condannata, che è, appunto, accertata all'esito di un giudizio prognostico sul diverso esito che il processo avrebbe avuto se correttamente impostato⁴⁷. Ciò che chiaramente conduce ad affermare, in via incidentale, l'ingiustizia della sentenza passata in giudicato, senza però contraddirne l'autorità⁴⁸.

È, perciò, senz'altro da condividere l'affermazione di chi, al proposito della sentenza *Köbler*, ha appunto scritto che «Non si può ... lealmente "gridare" alla rottura della coerenza dell'ordinamento processuale nazionale»⁴⁹.

In realtà, la sentenza *Köbler* ha, piuttosto, fondato il diritto del danneggiato al risarcimento del danno proprio sul principio dell'autorità della cosa giudicata, che ne costituisce, invero, l'indispensabile presupposto⁵⁰; donde ne è una piana applicazione, piuttosto che una sua negazione.

4.5. L'innovazione nella tradizione

Con la sentenza *Kühne & Heitz*^{51 52}, la Corte di giustizia ha, invece, realmente cambiato rotta.

Si trattava della vicenda di una società che, dopo avere diligentemente, ma inutilmente, invocato il diritto comunitario dinanzi al giudice nazionale in un giudizio sull'annullamento di un provvedimento delle autorità doganali, aveva poi chiesto

discussione. In queste sentenze, invero, sembra quasi che la Corte di giustizia tenga ben distinti i concetti di "autorità" della cosa giudicata e di sua "correttezza": i giudici comunitari sembrano ritenere, infatti, che la pronuncia sia non modificabile (tanto è vero che non cercano rimedi processuali utili al fine di un suo mutamento), anche se non corretta, in quanto emessa in violazione del diritto comunitario. Rimane, quindi, fermo il presupposto della intangibilità del giudicato, di cui appunto la Corte, nella citata giurisprudenza, si è guardata bene dall'escludere.

⁴⁷ In questo senso, quale espressione di una giurisprudenza consolidata, Corte di cassazione, 13/2/2014, n. 3355 si è da ultimo così espressa: «trattandosi dell'attività dell'avvocato, l'affermazione della responsabilità per colpa professionale implica una valutazione prognostica positiva circa il probabile esito dell'azione giudiziale che ... è stata malamente intrapresa o proseguita».

⁴⁸ G. ALPA, *La responsabilità dello Stato per "atti giudiziari". A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, in Nuova giur. civ. comm., 2005, 5, sostiene che in tal modo «si ammette – o si presuppone – che la res indicata sia "attivo diritto"...». Ma ciò attenta all'autorevolezza del giudicato non già alla sua efficacia cogente.

⁴⁹ D. U. GALETTA, *Autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea. Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009, 73.

⁵⁰ M. T. STILE, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, in Dir. com. scambi internaz., 2007, 734. Analogamente, C. PERONI, *Il diritto comunitario prevale sul giudicato sostanziale*, in Dir. comm. internaz., 2008, 226, e N. PICARDI, *Eventuali conflitti tra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in Giust. civ., 2008, 560.

⁵¹ Corte di giustizia, 13/1/2004, causa C-453/00.

⁵² R. CARANTA, in CMLR, 2005, 179 ss., a commento della sentenza, afferma che «The Court of Justice devises a nuanced reply, allowing the national court to offer as much effective judicial protection as possible without obliterating certainty ... This is not because the Court is more cautious – or shy – but because effective judicial protection does not always require courts to turn national rules upside down; it may be satisfied by mitigating the application of domestic provisions to the specific circumstances of the case. As Kühne shows, this is at times possible by applying already existing domestic rules devised to lessen the rigueur de la loi. Sensible application of national rules to cases concerning Community law may then be enough to meet the standards of both non-discrimination and effective judicial protection».

alla P.A. di rideterminarsi, in sede di autotutela, in ragione del principio di diritto ricavabile da una decisione della Corte di giustizia adottata successivamente in relazione ad un diverso procedimento, da cui risultava evidente che la sentenza del giudice nazionale passata in giudicato fosse, in realtà, fondata su una scorretta applicazione della normativa comunitaria.

Da qui la questione pregiudiziale avente a oggetto il quesito «*Se il diritto comunitario ... comporti che un organo amministrativo sia tenuto a rivedere una decisione che è diventata definitiva, al fine di assicurare la completa efficacia del diritto comunitario, così come quest'ultimo deve essere interpretato in base a quanto risulta dalla soluzione data ad una successiva domanda di pronuncia pregiudiziale*».

La Corte di giustizia ha, al proposito, affermato che «*il principio di cooperazione derivante dall'art. [4 TFUE] impone ad un organo amministrativo, investito in una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora: (i) disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione; (ii) la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; (iii) tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita a titolo pregiudiziale alle condizioni previste all'art. [267 TFUE], e (iv) l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza*»⁵³.

Con la successiva sentenza *Kempter*⁵⁴ ⁵⁵, la Corte di giustizia ha, poi, chiarito che «*Non si può dunque dedurre dalla sentenza Kübne & Heitz, citata che, ai fini della terza condizione in essa delineata, le parti debbano aver sollevato dinanzi al giudice nazionale la questione di diritto comunitario di cui trattasi. Infatti, affinché tale condizione sia soddisfatta, basterebbe o che detta questione di diritto comunitario, la cui interpretazione si è rivelata erronea alla luce di una sentenza successiva della Corte, sia stata esaminata dal giudice nazionale che statuisce in ultima istanza, oppure che essa avesse potuto essere sollevata d'ufficio da quest'ultimo*».

In questo modo, è reso evidente che la negazione degli effetti conformativi del giudicato non è tesa alla tutela di situazioni giuridiche soggettive, ma è volta alla tutela dell'*effet utile* della norma comunitaria, andando conseguentemente in soccorso anche di soggetti che non si sono diligentemente adoperati sul fronte del processo nella tutela delle loro situazioni soggettive individuali⁵⁶.

⁵³ E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali*, cit. sostiene che «*Non sembra però molto ragionevole escludere che una soluzione analoga possa valere allorché il conflitto esista già ex ante: allorché cioè la decisione nazionale risulti in conflitto con il diritto comunitario già al momento in cui essa è adottata senza che, per inavvertenza o per altri motivi, il conflitto sia rilevato dal giudice nazionale*».

⁵⁴ Corte di giustizia, 12 /2/2008, causa C-2/06.

⁵⁵ F. CORTESE, *Il riesame di decisioni amministrative definitive tra obbligo di cooperazione e certezza del diritto*, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 2008, 1527 ss., afferma che «*L'impostazione seguita nella motivazione ripercorre, in primo luogo, gli itinerari argomentativi già sperimentati a partire dalla sentenza Kübne & Heitz [con l'aggiunta di] due ulteriori e significative glosse, poste a chiarimento dei dubbi sollevati dal giudice tedesco ... non è necessario che il ricorrente nella causa principale, ossia nella causa in cui è stata data l'erronea interpretazione del diritto comunitario da parte del giudice nazionale, abbia invocato il diritto comunitario, né è indispensabile che il soggetto interessato all'ipotesico riesame, dopo la pronuncia interpretativa del giudice comunitario, si rivolga all'organo amministrativo in un determinato termine*».

⁵⁶ E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali*, cit.

Con la medesima sentenza *Kempter*⁵⁷, la Corte di giustizia ha, altresì chiarito, con riferimento alla tempestività della richiesta di riesame, che «la quarta condizione menzionata dalla Corte nella sua sentenza *Kühne & Heitz*, citata, non può essere interpretata come un obbligo di presentare la domanda di riesame di cui trattasi entro un certo e preciso lasso di tempo dopo che il richiedente sia venuto a conoscenza della giurisprudenza della Corte su cui la domanda stessa si fondava», ma ha altresì riconosciuto che, in virtù del principio delle competenze di attribuzione e dell'autonomia procedurale, «Gli Stati membri possono richiedere, in nome del principio della certezza del diritto, che una domanda di riesame e di rettifica di una decisione amministrativa divenuta definitiva e contraria al diritto comunitario così come interpretato successivamente dalla Corte venga presentata all'amministrazione competente entro un termine ragionevole».

Così che, per la prima volta, con la sentenza *Kühne & Heitz*⁵⁸ è stato, realmente, posto in discussione il tradizionale principio secondo il quale «*res judicata pro veritate habetur*», e si è affermato dunque il carattere relativo del giudicato.

In questo caso, però, campeggia preminente nella teorica del giudice UE il principio di autonomia procedurale, essendo, in questa sua iniziale prospettiva, il ripensamento (non già processuale, bensì) procedimentale consentito solo a condizione che la norma nazionale lo consenta.

Perciò, in questa sua prima deviazione dal principio assoluto dell'intangibilità del giudicato, la Corte di giustizia sollecita soltanto l'attivazione dell'obbligo d'interpretazione conforme, quale indispensabile concretizzazione del principio di leale cooperazione, senza, dunque, attentare all'autonomia processuale degli Stati membri.

Peraltro, ciò solo con riguardo al tema specifico dell'eventuale revocabilità da parte della P.A. di provvedimenti amministrativi divenuti definitivi in violazione del diritto comunitario, e, quindi, con particolare riferimento all'istituto dell'autotutela amministrativa⁵⁹, e senza nemmeno prendere posizione sulla decorrenza temporale degli effetti dell'atto di riesame⁶⁰; in tale ambito, dunque, riemergendo in pieno l'autonomia procedurale degli Stati membri, fatta salva dal cauto approccio del giudice comunitario.

Come esattamente evidenziato dall'Avvocato Generale Geelhoed, «Nella causa *Kühne & Heitz* era possibile una riparazione derogando al principio dell'autorità della cosa giudicata (grazie alla sentenza la decisione del competente organo amministrativo aveva acquisito autorità di giudicato), traducendo nel caso di specie la facoltà dell'organo amministrativo di riesaminare una decisione precedente conferita a tale organo in un obbligo di rivedere siffatta decisione»⁶¹.

Donde, il reale significato della sentenza *Kühne & Heitz*⁶² è di rendere obbligato-

⁵⁷ Corte di giustizia, 12/2/2008, causa C-2/06.

⁵⁸ Corte di giustizia, 13/1/2004, causa C-453/00.

⁵⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale A. Tizzano, nella causa C-234/04.

⁶⁰ X. GROUSSOT - T. MINNSEN, *Res Judicata*, cit., 401.

⁶¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale L. Geelhoed nella causa C-119/05.

⁶² Corte di giustizia, 13/1/2004, causa C-453/00.

rio, nella ricorrenza di situazioni assolutamente particolari (prima tra tutte la negazione del fondamentale ruolo nomofilattico della Corte di giustizia), l'esercizio della potestà di autotutela, anche quando l'ordinamento nazionale la prevede come facoltà discrezionale. E, quindi, attiene, piuttosto al tema dell'autotutela decisoria, muovendosi qui il problema del giudicato, a ben vedere, sullo sfondo della scena.

E, indubabilmente, la forza di residenza nei confronti del diritto comunitario delle decisioni amministrative definitive è di gran lunga inferiore a quella che assume la decisione giurisdizionale definitiva, perché «*l'atto espressione del potere giurisdizionale ... incorpora una quota maggiore di sovranità, ed esprime a un grado più elevato i principi di legalità e di certezza del diritto*»⁶³.

4.6. La relativizzazione del principio

Nella sentenza *Kapferer*⁶⁴ ⁶⁵, la Corte di giustizia – interrogata sul quesito «*se il principio di leale cooperazione sancito dall'art. [4 TFUE] debba essere interpretato nel senso che anche un giudice nazionale, in presenza dei presupposti fissati dalla sentenza della Corte di giustizia Kühne & Heitz, è obbligato a riesaminare e ad annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato nel caso in cui risulti che questa viola il diritto comunitario*» – ha ribadito che «*per garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione [perciò] il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di accertare una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione*».

In tal modo si sono, quindi, chiariti i limiti della sentenza *Kühne & Heitz*.

Sennonché, la Corte di giustizia ha poi fatto emergere il dubbio della relatività di quel principio⁶⁶ in ragione del successivo richiamo ai canoni *Reve* di funzionalizzazione dell'autonomia processuale degli Stati membri all'effetto utile dell'effetto di-

⁶³ S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GIARDINI, *Il primato del diritto comunitario*, cit., 9.

⁶⁴ Corte di giustizia, 16/3/2006, causa C-234/04.

⁶⁵ A. KORNEZOV, *Res judicata of national judgments incompatible with EU law: Time for a major rethink?*, in CMLR, 2016, 1317 ss., a commento della sentenza, sostiene che «*The judgment in Kapferer, which is sometimes cited as an example of leaving unfettered the authority of res judicata of a final judgment despite its alleged inconsistency with EU law, offers limited guidance ... In any event, the Court's reasoning was particularly cryptic. It pointed out, first, that the observance of the principles of equivalence and effectiveness was "not called into question in the dispute in the main proceedings", then rejected the relevance of the judgment in Kühne & Heitz because of its specificities, before concluding, on that basis, that the principle of loyal cooperation did not require the appellate court to disapply its internal rules of procedure. Even if the judgment in Kapferer could admittedly be relevant in the context of retrial, it should be noted that the Court clearly left in suspense the question of whether the applicable national rules were compatible with the principles of equivalence and effectiveness, since this was not raised in the main proceedings. It could therefore be inferred that national rules on retrial must, in any event, be in conformity with these principles*».

⁶⁶ M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 652, afferma, appunto, che «*Per la relativizzazione del principio del giudicato, alcune sentenze della Corte di giustizia (Kapferer, 16/3/2006, causa C-234/04) hanno posto importanti principi nella prospettiva del diritto dell'Unione*».

retto, ancorché negandone la rilevanza nel caso concreto, ove «il rispetto di tali limiti al potere degli Stati membri in materia processuale non è stato messo in discussione nella controversia principale». Donde, la possibilità di una diversa conclusione sulla resistenza dell'autorità della cosa giudicata, nel caso in cui il processo all'esito del quale la sentenza è stata pronunciata non fosse conforme ai principi di effettività e di equivalenza, che segnano il limite esterno dell'autonomia processuale nazionale.

Ma si tratta, in questo caso, solo di un'astratta affermazione, priva di conseguenze pratiche.

Certo è, tuttavia, che l'affermazione è di per sé problematica, giacché induce a ritenere che il valore del giudicato debba essere bilanciato con altri valori, che possono, eventualmente, essere ritenuti più importanti e infine prevalere: ciò che, in effetti, sarebbe «letale per l'idea della certezza del diritto»⁶⁷, perché affiderebbe la soluzione del contrasto all'arbitrio del giudice, piuttosto che alla definizione a priori delle ipotesi di cedevolezza del giudicato a livello normativo, come potrebbe essere, per esempio, attraverso la previsione di specifiche ipotesi di revocazione straordinaria delle sentenze, rispetto al catalogo oggi offerto dall'art. 396 c.p.c., applicabile al processo amministrativo giusta il rinvio a esso operato dall'art. 106 c.p.a.⁶⁸.

4.7. L'apparente eresia

Quell'astratta possibilità si è poi tradotta in concreto nella sentenza *Lucchini*⁶⁹ 70, con la quale la Corte di giustizia ha statuito che «il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva».

Si è in tal modo espresso il massimo della dilatazione dei principi *Rene* di conformazione dell'autonomia processuale degli Stati membri⁷¹.

⁶⁷ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2014, 1175 ss.

⁶⁸ Cfr. *infra*, sub 15.

⁶⁹ Corte di giustizia, 18/7/2007, causa C-119/05.

⁷⁰ A commento della sentenza, A. BIONDI, in CMLR, 2008, 1459 ss., afferma che «If one, as the present reviewer did, goes straight to read the final paragraphs of the ECJ's decision, the first reaction would be to think that *Lucchini* is one of the most devastating judgments for the delicate and sometimes precarious relationship between the application of the principle of effective application of EU law and national law. This is particularly so in respect of the preservation of certain basic principles such as legal certainty. In short, a case even worse than *Emmott* ... To do this however, would be a mistake. Never jump to conclusions. The judgment has to be read, of course, in its entirety, and can be construed in terms of the following syllogism: Major premise: EU Law was final and pre-emptive; Minor premise: the national court did not have any jurisdiction in the case; Conclusion: the national court has to apply EU law».

⁷¹ V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2008, 433, a commento della sentenza, afferma: «abbiamo un vero e proprio stravolgimento di principi consolidati: che si tratta di un giudicato civile che accerta un diritto al pagamento di una somma di denaro, derivante sì dall'esercizio di un potere amministrativo (la concessione del

Ma ciò (si legge nella sentenza *Lucchini*) in ragione principalmente del fatto che «la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti rientra nella competenza esclusiva della Commissione, che opera sotto il controllo del giudice comunitario» e del concorrente rilievo che «una decisione adottata dalle istituzioni comunitarie che non sia stata impugnata dal destinatario entro il termine stabilito ... diviene esecutiva nei suoi confronti»⁷².

Quindi, in quella vicenda, non era in discussione (l'indiscutibile) principio della certezza del diritto (e il corollario principio dell'autorità di cosa giudicata⁷³), bensì la formazione, nei due «sistemi autonomi e distinti, ancorché coordinati»⁷⁴, di due antinomiche (solo apparenti) certezze del diritto: quella derivante dall'impugnabilità a livello comunitario della decisione della Commissione, di negazione dell'aiuto di Stato, e quella formatasi a livello nazionale con il passaggio in giudicato della sentenza, affermativa di quel diritto già definitivamente negato nell'ordinamento UE.

Si potrebbe, persino, dire di due contrastanti (quanto agli effetti pratici) giudicati, certo non potendosi negare che anche il provvedimento amministrativo impugnabile sia assimilabile, quantomeno agli effetti che qui ci interessano, alla cosa giudicata formale⁷⁵.

Come sostenuto dall'Avvocato Generale Geelhoed, «i giudici nazionali non dovrebbero assumere alcuna decisione che comprometta la fondamentale divisione delle competenze fra la Comunità e gli Stati membri, quale indicata dai Trattati. Questo vale anche per le decisioni divenute definitive ... In questi casi il carattere definitivo di una sentenza basata unicamente sull'interpretazione del diritto interno, che ignori sfacciatamente il diritto comunitario, non può impedire l'esercizio delle competenze attribuite in materia dal diritto comunitario alla Commissione»⁷⁶.

Invero, come riferisce l'Avvocato Generale Geelhoed, la Commissione si era difesa in giudizio sostenendo che «Nell'inappellabilità di siffatta decisione si esprime anche la certezza del diritto»⁷⁷.

Era, difatti, accaduto che la Commissione aveva dichiarato incompatibile con il diritto comunitario un aiuto di Stato con una sua decisione (a valere quale provve-

contributo) ma successivamente consolidatosi in rapporto civilistico (di diritto ed obbligo) e perciò non più disponibile nell'ambito dell'esercizio del potere».

⁷² Corte di giustizia, 18/7/2007, causa C-119/05, *Lucchini*.

⁷³ Non si può, infatti, convenire con S. SPUNTARELLI, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisdizione amministrativa*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2018, 985 ss., nell'affermazione che «In questo caso, il principio dell'intangibilità del giudicato soffre una "eccezione" funzionale all'applicazione del diritto dell'Unione: la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici non può fondarsi sulla erronea applicazione del diritto dell'Unione».

⁷⁴ Corte costituzionale, 18/12/1973, n. 183.

⁷⁵ Al proposito C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in Riv. dir. proc., 2008, 232, sostiene che «Nel caso *Lucchini* ... la sentenza della Corte di appello di Roma passata in giudicato ... sostanzialmente vanifica l'operato sindacatorio della Commissione europea e finisce con l'attribuire agli organi giurisdizionali nazionali un potere indiretto di pronunciarsi sulla questione (o almeno di precluderne la rilevanza) della stessa compatibilità comunitaria dell'aiuto che invece spetta in via esclusiva alla Commissione di valutare con una decisione, a sua volta non impugnata presso i Tribunali di Lussemburgo e così passata in giudicato (ecco il volto bifronte del giudicato formale, qui alla Merkel concepito su un atto formalmente amministrativo)». Ciò, appunto, nel richiamo alla nota teorica di A. MERKEL, *Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung*, in ZöR, I, 1919, 456 ss.

⁷⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale L. Geelhoed nella causa C-119/05.

⁷⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale L. Geelhoed nella causa C-119/05.

dimento amministrativo) che, non essendo stata impugnata dinanzi alla Corte di giustizia (l'unico organo giurisdizionale competente a giudicare della validità di un atto comunitario, ai sensi dell'art. 263 TFUE), era divenuta intangibile secondo l'ordinamento comunitario; e, nondimeno, quell'aiuto di Stato (dichiaratamente illegittimo) era stato concesso all'impresa nazionale all'esito di un giudizio dinanzi al giudice nazionale, che, «*o per ignoranza o per incuria*»⁷⁸, aveva riconosciuto il suo diritto all'ottenimento di quell'aiuto di Stato, trascurando di considerare la decisione (oramai inoppugnabile) della Commissione.

Donde, la soluzione di quella (inaccettabile) antinomia in applicazione piana del principio delle competenze di attribuzione, con la prevalenza dell'unica (finzione giuridica di) verità assoluta: quella comunitaria⁷⁹.

Come evidenziato dall'Avvocato Generale Geelhoed, «*Non si tratta qui di una controversia tra un'autorità amministrativa nazionale ed un attore privato, che può essere risolta nel semplice contesto dell'ordinamento giuridico nazionale, ma di una controversia che, in prima istanza, deve essere risolta a livello di diritto comunitario e in cui la ripartizione di poteri tra l'ordinamento giuridico comunitario e quello nazionale – e quindi anche tra gli obblighi incombenti al giudice nazionale in forza di entrambi gli ordinamenti – va rispettata molto rigorosamente*»⁸⁰.

Ciò sulla scia, del resto, di un risalente principio giurisprudenziale, nel senso dell'efficacia vincolante delle decisioni della Commissione, negli ambiti di sua competenza, anche rispetto a un giudice nazionale⁸¹, che si è poi finanche tradotto in una precisa disposizione normativa, nel senso di rendere vincolante (e non sindacabile se non dinanzi al giudice comunitario) per l'autorità giudiziaria nazionale una decisione della Commissione in materia di concorrenza⁸²: così da attribuire alle decisioni della Commissione un contenuto semi-giudiziale⁸³.

Quindi, in definitiva, quello risolto dalla Corte di giustizia con la sentenza *Lucchini*⁸⁴ appare sin dall'inizio, più semplicemente, come un problema di riparto di competenze tra la Comunità e gli Stati membri⁸⁵, piuttosto che coinvolgere la rivisitazione di fondamentali principi dell'ordinamento comunitario⁸⁶.

⁷⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale L. Geelhoed nella causa C-119/05.

⁷⁹ E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali*, cit., osserva al proposito che «*Il venire meno del giudicato costituirebbe allora la conseguenza di un conflitto di competenze. Esso, più precisamente, costituirebbe un effetto della carenza di potere di giudicare da parte del giudice nazionale*»; ancorché poi abbia a criticare la «*fragilità di questo assunto*».

⁸⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale L. Geelhoed nella causa C-119/05.

⁸¹ Corte di giustizia, 14/12/2000, causa C-344/98, *Masterfoods*, ove si legge che «*si giudici nazionali, quando si pronunciano su accordi o pratiche che sono già oggetto di decisione da parte della Commissione, non possono adottare decisioni in contrasto con quella della Commissione, anche se quest'ultima è in contrasto con la decisione pronunciata da un giudice nazionale di primo grado*».

⁸² Regolamento n. 1/2003/CE, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato.

⁸³ C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini*, cit., 235.

⁸⁴ Corte di giustizia, 18/7/2007, causa C-119/05.

⁸⁵ B. ZUFFI, *Il caso Lucchini infrange l'autorità del giudicato nazionale nel campo degli aiuti statali*, in *Giur. it.*, 2008, 384, afferma che «*qui il giudicato vulnerante può essere accantonato nella sua stessa efficacia negativo-preclusiva, non tanto perché è stato leso il diritto alla libera concorrenza, quanto perché altrimenti la Commissione verrebbe esautorata di una sua competenza esclusiva*».

⁸⁶ Non è condivisibile l'assunto di G. VITALE, *Il recupero degli aiuti di Stato illegittimamente erogati tra autorità*

Ma così non è stato, da più, inteso, ritenendosi, di contro, che la sentenza della Corte di giustizia conducesse addirittura a un «risultato scabroso»⁸⁷.

Sicché, la portata epocale della sentenza *Lucchini*⁸⁸ è più la conseguenza del significato che le si è da molti voluto attribuire⁸⁹, piuttosto che dell'effettiva statuizione (per vero, sbrigativa) della Corte di giustizia: è, invero, assolutamente estraneo al ragionamento del giudice comunitario l'affermazione della caducità del giudicato in contrasto con la norma UE.

Nella vicenda non era in discussione il principio di effettività della norma UE e il suo effetto utile dell'effetto diretto, a conformare l'autonomia processuale degli Stati membri⁹⁰; in realtà, la sentenza *Lucchini*⁹¹ ha, più banalmente, fatto applicazione, per così dire, alla rovescia della ben nota teoria degli atti *ultra vires*, normalmente impiegata a definire il confine segnato delle competenze di attribuzione e la sorte degli atti comunitari invasivi delle competenze esclusive degli Stati membri (ma, certo, per simmetria, pure invocabile alla rovescia, a tutelare le prerogative comunitarie rispetto a invasioni di campo nazionali)⁹².

Invero, la prevalenza della sentenza del giudice nazionale passata in giudicato sulla definitiva (e non impugnata) decisione della Commissione avrebbe, agli effetti pratici, devoluto la competenza sulla valutazione dell'aiuto nazionale con il mercato comune allo Stato membro, in contrasto con i Trattati che, invece, assegnano inequivocabilmente quella competenza all'Unione europea, sia pure nel regime di un procedimento di amministrazione intrecciata⁹³.

Si manifesta, dunque, evidente come l'inefficacia della sentenza (e la sua inidoneità a costituire un giudicato invalicabile) consegua, in questo caso, alla plastica violazione del principio delle competenze di attribuzione, volendosi il giudice nazionale spingere sino a oltre il confine che segna il limite della sua potestà giurisdizionale.

del giudicato ed incompatibilità con il mercato comune in una recente sentenza della Corte di giustizia, in Dir. Unione eur., 2008, 596, secondo la quale il risultato cui è giunta la Corte di giustizia si sarebbe potuto meglio giustificare con l'affermazione *tout court* della prevalenza del principio della libera concorrenza su quello della certezza del diritto.

⁸⁷ C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini*, cit., 227.

⁸⁸ Corte di giustizia, 18/7/2007, causa C-119/05.

⁸⁹ In effetti, sarebbe sì in contrasto con i principi (primi tra tutti quelli comunitari) la sentenza *Lucchini* se davvero con essa la Corte di giustizia avesse voluto affermare che «La Corte di giustizia dell'Unione europea ha, infatti, affermato a più riprese che il giudicato nazionale è destinato a soccombere ove esso risulti in violazione del diritto dell'Unione europea, in virtù del principio del primato», come sostenuto da I. ANRÒ, *Il caso Pititto, un recente esempio del "dialogo tra corti" per la tutela dei diritti fondamentali*, in Dir. pen. e processo, 2010, 13.

⁹⁰ Non è, invero, condivisibile l'affermazione di N. PICARDI, *Eventuali conflitti*, cit., 561, secondo cui «La decisione della Commissione in tema di aiuti di Stato e, a maggior ragione, la sentenza della corte europea hanno efficacia diretta e prevalente sulle norme interne», giacché non è quello il tema emergente nella sentenza *Lucchini*, e, in realtà, risolto non sulla base del principio del primato, bensì su quello di competenza.

⁹¹ Corte di giustizia, 18/7/2007, causa C-119/05.

⁹² V. CERULLI IRELLI, *Violazioni del diritto europeo e rimedi nazionali*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2014, 657 ss. afferma che «la disapplicazione della norma sul giudicato è stata affermata ... in materie riservate alla competenza dell'autorità comunitaria ... E ciò renderebbe la sentenza nazionale priva di efficacia appunto perché pronunciata su materia estranea alla propria competenza (una sorta di straripamento del potere giurisdizionale)».

⁹³ G. VITALE, *Il recupero degli aiuti di Stato*, cit., 612.

4.8. Il ritorno alla tradizione

Con la sentenza *Fallimento Olimpiclub*⁹⁴⁻⁹⁵, la Corte di giustizia ha ribadito il principio espresso nella sentenza *Kapferer*, secondo cui «il diritto comunitario non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione», e ha precisato che la sentenza *Lucchini*⁹⁶ non contraddiceva quel principio, perché «tale sentenza riguardava una situazione del tutto particolare in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e la Comunità in materia di aiuti di Stato», concludendo nondimeno con l'affermazione del principio che «il diritto comunitario osta all'applicazione ... di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2099 del codice civile, in una causa vertente sull'IVA concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta».

Anche in questo caso, tuttavia, la Corte di giustizia non ha ingiunto la disapplicazione dell'art. 2909 c.c., ma piuttosto ha richiamato il giudice nazionale all'obbligo d'interpretazione conforme, imponendogli di «scegliere – nell'ottica di una corretta interpretazione del concetto di autonomia procedurale – quell'opzione interpretativa che meglio gli consenta di sanzionare il rispetto del diritto comunitario garantendo l'osservanza dei due criteri *Reve dell'equivalenza e, soprattutto, dell'effettività del diritto comunitario sostanziale*»⁹⁷.

Perciò, per adeguarsi alla statuizione della Corte di giustizia sarebbe stato sufficiente recuperare la vecchia giurisprudenza nazionale sulla c.d. frammentazione dei giudicati in materia fiscale⁹⁸.

Sennonché, si è sostenuto, proprio con riguardo alla sentenza *Fallimento Olimpiclub*, che, accettando simili argomentazioni, «si consegna alla Corte di giustizia il potere di stabilire quando una fattispecie sia così particolare da giustificare la disapplicazione del principio della *res judicata* a favore di interessi di ordine superiore»⁹⁹.

⁹⁴ Corte di giustizia, 3/9/2009, causa C-2/08.

⁹⁵ A. KORNEZOV, *Res judicata*, cit., a commento della sentenza, sostiene che «It can thus be deduced from the judgment in *Fallimento Olimpiclub*, first, that the Court will not recognize the authority of *res judicata* if there is no identity of the subject-matter – the main proceedings were about the annulment of a fiscal act which was different from those that had led to the earlier judgments. *Fallimento Olimpiclub* thus clearly confirms *Köbler*. Second, as in *Lucchini*, the Italian rules on *res judicata* were held to be too inclusive. These rules seemed to extend the scope of *res judicata* beyond the operative part of the judgment, thus covering, in particular, the so-called decisive reasons thereof. Indeed, the Italian courts' findings about the lawful character of the contract were part of the decisive reasons of an earlier judgment, not of its operative part. By suggesting that the question of the lawful or fraudulent character of the contract was not precluded, the Court might have indicated that the reasons supporting a national judgment fall outside the objective limits of *res judicata* for the purposes of applying EU law. To put it differently, it seems that the Court implicitly privileged a narrow conception of *res judicata* covering only the operative part of a judgment. Thus, despite the Court's different language in *Fallimento Olimpiclub*, the end result that it reached was perfectly in line with both *Köbler* and *Lucchini*».

⁹⁶ Corte di giustizia, 18/7/2007, causa C-119/05.

⁹⁷ D. U. GALETTA, *Riflessioni sulla più recente giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato nazionale (ovvero sull'autonomia procedurale come competenza procedurale funzionalizzata)*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, 966.

⁹⁸ D. U. GALETTA, *Riflessioni*, cit., 964.

⁹⁹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GIARDINI, *Il primato del diritto comunitario*, cit., 21.

In tal modo assegnando la giurisprudenza della Corte di giustizia all'arbitrio dell'interprete.

Ciò che, per quanto si è dinanzi scritto, non è assolutamente l'inevitabile (ma nemmeno la plausibile) conseguenza dell'effetto conformativo dell'effetto utile dell'effetto diretto sulla norma processuale nazionale.

Invero, non è condivisibile nemmeno la diversa chiave ermeneutica suggerita dall'Avvocato Generale Mazák, secondo cui «L'approccio adottato dalla Corte nella menzionata giurisprudenza in relazione all'obbligo di riesaminare e ritornare su decisioni finali contrastanti con il diritto comunitario è indubbiamente caratterizzato dal riferimento alle circostanze dei singoli casi. In definitiva, tuttavia, ciascuna delle menzionate sentenze rispecchia il bilanciamento che occorre trovare, nelle particolari circostanze di fatto e di diritto della controversia, tra la certezza del diritto, perseguita attribuendo carattere definitivo alle decisioni, e l'imperativo della legalità comunitaria [ciò] Tenendo conto di fattori quali lo specifico contesto procedurale in cui opera il giudice o l'organo amministrativo, se ed entro quali limiti i giudici o le amministrazioni abbiano assolto i propri obblighi per quanto riguarda l'applicazione e l'attuazione del diritto comunitario e se le parti si siano avvalse dei mezzi disponibili per fare valere i loro diritti»¹⁰⁰.

Ad aderire a questa teoria (di un «bilanciamento ... tra la certezza del diritto ... e l'imperativo della legalità comunitaria»), si darebbe inevitabilmente ragione a chi, in questa prospettiva, ha criticato la giurisprudenza comunitaria, perché in questo modo il principio della certezza del diritto è, davvero, rappresentato come contrapposto, antagonista e cedevole rispetto a quello dell'effettività della norma UE, a presidio del quale opererebbe il principio di leale cooperazione, declinato nell'obbligo d'interpretazione conforme¹⁰¹.

Si tratta, tuttavia, di una prospettiva errata, non avendo, in realtà, mai inteso la Corte di giustizia assegnare al sintagma «cosa giudicata» il valore indefinito di un concetto giuridico indeterminato, suscettibile d'integrazione valutativa da parte del giudice, all'esito di una sua personale, e per certi versi imprevedibile, valutazione del caso concreto.

Quanto, in effetti, determinerebbe l'abiura stessa del concetto di (certezza del diritto, come garantita dal) giudicato, che, invece, campeggia preminente nella giurisprudenza della Corte di giustizia, quale indispensabile contrappeso all'effettività della norma, quando operante a detrimento della certezza del diritto.

A sostegno di ciò, basti la considerazione di quanto statuito, in quello stesso lasso di tempo, dalla Corte di giustizia nella sentenza *Asturcom*¹⁰², ove appunto si legge: «è necessario anzitutto rammentare l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali. La Corte, infatti, ha già avuto occasione di precisare che, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le deci-

¹⁰⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale J. Mazák nella causa C-2/08.

¹⁰¹ G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2014, 1 ss.

¹⁰² Corte di giustizia, 6/10/2009, causa C-40/08.

sioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione ... Di conseguenza, secondo la giurisprudenza della Corte, il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione di una disposizione, di qualsiasi natura essa sia, del diritto comunitario da parte di tale decisione».

4.9. Il definitivo chiarimento

Nuovamente sollecitata dal nostro giudice nazionale a risolvere un dubbio interpretativo in un ambito che probabilmente riteneva di avere già sufficientemente chiarito, la Corte di giustizia, con la sentenza *Pizzarotti*¹⁰³ ¹⁰⁴, è intervenuta ancora sul delicato rapporto tra il principio della intangibilità del giudicato, il principio di autonomia procedurale degli Stati membri e l'effetto utile dell'effetto diretto del diritto europeo.

Si trattava, nel concreto, di una controversia che impingeva sulla violazione della direttiva n. 93/37/CEE, al proposito della definizione di ciò che costituisce appalto pubblico di lavori, in tal modo contribuendo a individuarne il perimetro di applicazione.

La peculiarità del caso controverso stava nel fatto che l'autore della trasgressione della normativa europea era il commissario *ad acta* nominato nell'ambito di un giudizio di ottemperanza a una sentenza del giudice amministrativo passata in giudicato, che aveva malamente applicato il diritto degli appalti pubblici. Nello specifico, l'elemento più caratteristico della controversia era, dunque, che l'ausiliario del giudice si era fatto, in tale ambito, fedele interprete della statuizione giudiziale, ma proprio perciò aveva violato la norma comunitaria. Sicché, il contrasto si realizzava, appunto, tra la sentenza passata in giudicato e il diritto europeo degli appalti pubblici.

Ebbene, sull'abbrivio di questi specifici impulsi caratteristici del giudizio di ottemperanza (inteso quale giudizio a formazione progressiva), la Corte di giustizia, nella sentenza *Pizzarotti*¹⁰⁵, ha reso concreto l'astratto principio d'interpretazione conforme attraverso la statuizione che «[se] il giudice del rinvio ... può, a determinate condizioni, completare il disposto originario di una delle sue sentenze con decisioni di attuazione successive, dando luogo a quel che chiama "giudicato a formazione progressiva" ... il medesimo giudice è tenuto, alla luce del principio di equivalenza, ad applicare detta modalità privilegiando,

¹⁰³ Corte di giustizia, 10/7/2014, causa C-213/13.

¹⁰⁴ C. RAUCHEGGER, *National constitutional rights and the primacy of EU law: M.A.S.*, in CMLR, 2018, afferma che il caso *Pizzarotti* «[is] a judgment in which it had allowed a breach of EU law to persist in order to safeguard the principle of res judicata, which was protected both in the EU and the national legal orders, according to the Court. In this case and in a number of others, the Court held that EU law did not require a national court to disapply domestic rules of procedure conferring finality on a judgment, even if this meant allowing a breach of EU law to persist».

¹⁰⁵ Corte di giustizia, 10/7/2014, causa C-213/13.

fra le “molteplici e diverse soluzioni attuative” di cui tale decisione può essere oggetto secondo le sue proprie indicazioni, quella che, conformemente al principio di effettività, garantisce l’osservanza della normativa dell’Unione in materia di appalti pubblici di lavori».

Ancorché risolva una controversia affatto peculiare, la sentenza – come meglio si dirà in seguito – è nondimeno chiamata essenzialmente a svolgere una funzione didascalica, che travalica gli stretti ambiti di una così caratteristica vicenda.

Si legge, invero, nella sentenza *Pizzarotti*¹⁰⁶ che «*il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se possa ritenere inefficace il giudicato eventualmente formato da una sua decisione che abbia condotto a una situazione contrastante con la normativa dell’Unione in materia di appalti di pubblici lavori*»; e la Corte di giustizia, nel solco della collaudata giurisprudenza *Rewe*, ribadisce anzitutto che, «*in assenza di una normativa dell’Unione in materia, le modalità di attuazione del principio dell’intangibilità del giudicato rientrano nell’ordinamento giuridico interno degli Stati membri, ai sensi del principio dell’autonomia procedurale di questi ultimi, nel rispetto tuttavia dei principi di equivalenza e di effettività*».

Sennonché, il principio dell’intangibilità del giudicato è a buona ragione annoverato tra i principi fondamentali dell’ordinamento dell’Unione europea, indispensabile com’è ad assicurare la certezza del diritto, e quindi non meraviglia la conclusione cui è infine giunta la Corte di giustizia nella sentenza *Pizzarotti* (107), con l’affermazione che «*il diritto dell’Unione non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale, neanche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una situazione nazionale contrastante con detto diritto*».

L’insegnamento della Corte di giustizia è assolutamente chiaro: essa non individua però (non rientra nelle sue attribuzioni) come debba essere risolto il contrasto tra il giudicato e l’effetto utile dell’effetto diretto delle norme europee; perché tale soluzione deve essere, appunto, ricercata all’interno della disciplina processuale di ogni Stato membro.

Il problema è, dunque, riemerso sempre sul fronte del recupero degli aiuti di Stato erogati in violazione delle norme del Trattato, nella controversia *Klausner Holz Niedersachsen*¹⁰⁸, ove appunto la Corte di giustizia ha statuito che «*una norma nazionale la quale impedisca al giudice nazionale di trarre tutte le conseguenze della violazione dell’articolo 108, paragrafo 3, terza frase, TFUE, a causa di una decisione giurisdizionale nazionale, passata in giudicato, emessa con riferimento a una controversia che non ha lo stesso oggetto e che non ha riguardato il carattere di aiuto di Stato dei contratti di cui trattasi, deve essere considerata incompatibile con il principio di effettività [perché] un ostacolo di tale portata all’applicazione effettiva del diritto dell’Unione e, in particolare, delle norme in materia di controllo degli aiuti di Stato non può essere ragionevolmente giustificato dal principio della certezza del diritto [altrimenti] ne deriverebbe che sia le autorità statali sia i beneficiari di un aiuto di Stato potrebbero aggirare il divieto di cui all’articolo 108, paragrafo 3, terza frase, TFUE, otte-*

¹⁰⁶ Corte di giustizia, 10/7/2014, causa C-213/13.

¹⁰⁷ Corte di giustizia, 10/7/2014, causa C-213/13.

¹⁰⁸ Corte di giustizia, 11/11/2015, causa C-505/14.

nendo, senza invocare il diritto dell'Unione in materia di aiuti di Stato, una sentenza dichiarativa il cui effetto consentirebbe loro, in definitiva, di continuare ad attuare l'aiuto in questione per diversi anni».

Anche in questo caso era, infatti, accaduto che nessuna delle parti in causa aveva sollevato, neppure in via incidentale, la questione del carattere di aiuto di Stato, ai sensi dell'art. 107, paragrafo 1, TUE, delle prestazioni dedotte nei contratti controversi, e conseguentemente il giudice nazionale non aveva esaminato quella questione quando si era pronunciato, con sentenza passata in giudicato, sulla controversia; donde l'effetto preclusivo discendeva, pure qui, dall'estensione del giudicato oltre che al dedotto anche al deducibile.

La Corte di giustizia, a evitare il contrasto con i principi (anche di diritto comunitario) della certezza del diritto e della buona amministrazione della giustizia, ha però suggerito al giudice nazionale di valutare, prima di disapplicare la norma nazionale sul giudicato, se non fosse possibile affermare in via interpretativa che «una sentenza è rivestita dell'autorità di cosa giudicata sostanziale soltanto nel caso in cui vi sia stata una pronuncia sulla pretesa azionata nella domanda giudiziale o in una domanda riconvenzionale ... e non osta pertanto a una pronuncia giudiziale, nell'ambito di un'ulteriore controversia, sulle questioni di diritto su cui tale decisione definitiva non si è pronunciata».

Ciò in coerenza con la particolare disciplina processuale tedesca, che, appunto, prevede espressamente che «Le sentenze possono beneficiare dell'autorità di cosa giudicata soltanto nei limiti in cui vi sia stata una pronuncia sulla pretesa azionata con la domanda giudiziale o con una domanda riconvenzionale»¹⁰⁹.

Così che, anche in questa vicenda, la Corte di giustizia ha, semplicemente, richiamato l'autorità giudiziaria nazionale all'obbligo di interpretazione conforme.

Ma, anche in questo caso, se non fosse stato possibile risolvere l'apparente contrasto tra la norma nazionale e l'effetto utile dell'effetto diretto delle norme UE in materia di aiuti di stato con l'interpretazione conforme della norma processuale tedesca, l'antinomia sarebbe dovuta essere risolta, attraverso l'applicazione della teoria degli atti *ultra vires*, a protezione qui delle competenze esclusive delle istituzioni comunitarie, negando che la sentenza del giudice nazionale potesse assumere giuridica rilevanza nell'ordinamento giuridico comunitario, in tal modo, rispetto a esso, configurandosi come *inutiliter data*, come, appunto, di seguito si dirà.

4.10. L'interpretazione conforme: la sentenza *inutiliter data*

All'esito del descritto percorso giurisprudenziale, la Corte di giustizia, con la sentenza *Pizzurotti*¹¹⁰, ha ribadito il principio dell'intangibilità del giudicato.

E la sentenza *Lucchini*¹¹¹, allora?

¹⁰⁹ § 322 (Materielle Rechtskraft) Abs. 1 der Zivilprozessordnung.

¹¹⁰ Corte di giustizia, 10/7/2014, causa C-213/13.

¹¹¹ Corte di giustizia, 18/7/2007, causa C-119/05.

Quell'apparente¹¹² eresia¹¹³ si svela in tutta la sua inoffensività nella sentenza *Pizzarotti*¹¹⁴.

La Corte di giustizia nella sentenza *Pizzarotti*¹¹⁵ si è, inverosimilmente, fatta altresì carico di spiegare quell'apparente contraddizione, affermando che quanto da essa statuito non contraddice quel suo precedente, perché «è stato in una situazione del tutto particolare ... che la Corte ha statuito, in sostanza, che il diritto dell'Unione osta all'applicazione di una disposizione nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, che mira a consacrare il principio dell'intangibilità del giudicato, nei limiti in cui la sua applicazione impedirebbe il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione del diritto dell'Unione e dichiarato incompatibile con il mercato comune da una decisione della Commissione europea divenuta definitiva. La presente causa, invece, non solleva simili questioni di ripartizione delle competenze».

Questa conclusione era del resto già stata anticipata da parte della dottrina¹¹⁶, che aveva, infatti, evidenziato come la pronuncia in questione si inquadrasse nel contesto specifico della giurisprudenza comunitaria in tema di recupero di aiuti illegittimi, e soprattutto aveva sottolineato come la ragione giustificatrice di una sentenza (solo) apparentemente eversiva fosse in realtà da individuare nella peculiarità della controversia, che era appunto caratterizzata dalla contraddizione fra la sentenza del giudice nazionale e la decisione incontrovertibile della Commissione: che cioè, per dirla con le parole della Corte di giustizia, si trattasse primariamente di una questione di «ripartizione delle competenze»¹¹⁷.

Si è con ciò chiarito l'equivoco, ma il problema permane, ed è bene rivelato dalla concorrente statuizione della Corte di giustizia, sempre nella sentenza *Pizzarotti*¹¹⁸, ove essa appunto precisa che, fermo l'effetto preclusivo del giudicato, «se le norme procedurali interne applicabili glielo consentono, un organo giurisdizionale nazionale, come il giu-

¹¹² A. BIONDI, *Commento alla sentenza Lucchini*, cit.

¹¹³ C. E. GALLO, *La giustizia amministrativa fra modello costituzionale e principi comunitari* (relazione al convegno su "Il diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale", Bologna, 27-28 settembre 2007), in AIPDA, *Annuario*, 2007, Milano, 2008, 232, aveva richiamato l'attenzione alla sentenza «in quanto interviene su una norma del nostro ordinamento processuale che è sicuramente una norma fondamentale e che, in quanto tale, è riconducibile direttamente al quadro costituzionale disegnato dagli artt. 24, 103, 111, 113 della Costituzione. Il giudicato in senso sostanziale è infatti l'obiettivo della tutela in sede giurisdizionale e se il giudicato non vi fosse, la tutela giurisdizionale sarebbe sostanzialmente inutile».

¹¹⁴ Corte di giustizia, 10/7/2014, causa C-213/13.

¹¹⁵ Corte di giustizia, 10/7/2014, causa C-213/13.

¹¹⁶ D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale*, cit., 74.

¹¹⁷ G. VITALE, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea*, Catania, 2010, 160, afferma che nella sentenza *Lucchini*, «la Corte, dunque, avrebbe dovuto motivare la sua pronuncia precisando che, in applicazione dell'autonomia procedurale, che regola la coesistenza tra diritto interno e diritto dell'Unione, il giudice nazionale debba pronunciarsi in termini tali da evitare qualsiasi violazione della normativa processuale europea attribuita alla Commissione di una competenza esclusiva in materia di controllo sugli aiuti di Stato». Lo stesso A., *Il recupero degli aiuti di Stato illegittimamente erogati tra autorità del giudicato ed incompatibilità con il mercato comune in una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, 597, scrive che «la prevalenza della libertà di concorrenza sull'autorità del giudicato o, più in generale, sulla certezza del diritto, non riveste carattere assoluto, ma deriva in qualche modo dalla competenza esclusiva della Commissione in materia di valutazione della compatibilità degli aiuti con il mercato comune». Del pari, E. M. BARBIERI, *Considerazioni sull'autorità del giudicato nazionale nel diritto comunitario dopo il caso Intereidil*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 357, sostiene che «Il presupposto per il superamento del giudicato è pertanto costituito dal vulnus inferito alla natura esclusiva della competenza comunitaria in materia di aiuti».

¹¹⁸ Corte di giustizia, 10/7/2014, causa C-213/13.

dice del rinvio, che abbia statuito in ultima istanza senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte ai sensi dell'articolo 267 TFUE, deve o completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori o ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte».

Sicché si tratta – come sempre nell'ambito dell'autonomia procedurale degli Stati membri – di un problema d'interpretazione conforme. Con la peculiarità, però, che, con riferimento all'efficacia del giudicato, non v'è semplicemente da massimizzare l'efficacia della norma europea di diritto sostanziale secondo la logica dell'effetto utile dell'effetto diretto, ma vi è altresì da considerare che un simile esito ermeneutico – ancorché giustificato dall'esigenza di ripristinare la legalità comunitaria violata¹¹⁹ e ammesso che sia consentito dalla dilatazione interpretativa della norma processuale nazionale –, qualora conducesse alla negazione dell'efficacia conformativa di una sentenza definitiva, sarebbe nondimeno confligente con uno dei principi fondamentali dell'ordinamento europeo: quello, appunto, della certezza del diritto^{120 121} e della problematica in essa coinvolta della tutela del legittimo affidamento¹²².

Ciò perché il principio della cosa giudicata esprime immancabilmente il necessario contemperamento tra due principi generali dell'ordinamento italiano ed europeo, che sono sempre suscettibili di entrare in contrasto tra loro: il principio di legalità e quello di certezza del diritto¹²³.

Ebbene, nella sentenza *Lucchini*¹²⁴ non si trattava di «una controversia tra un'autorità amministrativa nazionale ed un attore privato, che può essere risolta nel semplice contesto dell'ordinamento giuridico nazionale, ma di una controversia che, in prima istanza, deve essere risolta a livello di diritto comunitario»¹²⁵, perché il fatto controverso coinvolgeva direttamente le competenze comunitarie della Corte di giustizia e della Commissione¹²⁶.

¹¹⁹ F. SICILIANO, *La legalità amministrativa*, cit., 29, evidenzia opportunamente che accade talvolta che «l'accertamento dei fatti in sedi istituzionali, quali il procedimento amministrativo o il processo, non corrisponda alla realtà "reale" e produca un provvedimento o una sentenza ingiusti, in quanto correlati ad una dissonante o, comunque, fittizia realtà cartacea. Di fronte a queste evenienze tutt'altro che rare, certezza e giustizia, sembrano prendere due strade non solo diverse, ma addirittura rivolte in antitetica direzione».

¹²⁰ Corte di giustizia, 14/9/2006, causa C-181/04, *Elmeke*, ove si legge: «secondo costante giurisprudenza della Corte, i principi della tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto fanno parte dell'ordinamento giuridico comunitario; pertanto devono essere rispettati dalle istituzioni comunitarie ma anche dagli Stati membri».

¹²¹ A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in Enc. Dir., Annali, IV, Milano, 2011, 349 sostiene che «In questo caso, infatti, vengono a confliggere, da un lato, la certezza del diritto assicurata dalla stabilità della sentenza non più impugnabile, dall'altro, la supremazia del diritto dell'Unione europea, interessata alla rimozione degli effetti della sentenza contrastante con le norme dell'ordinamento UE».

¹²² F. SICILIANO, *La legalità amministrativa*, cit., 46 e 102, afferma al proposito che «i due ineliminabili pilastri di certezza che reggono il sistema di legalità amministrativa, in essa rinvenendo contestuale fondamento, sono il termine decadenziale di impugnativa e il giudicato amministrativo» e sostiene poi che «tra tutti i principi generali [quello] della certezza del diritto ... rappresenta una sorta di supervalore, parallelo alla legalità e consustanziale al diritto».

¹²³ G. NAPOLETANO, *Principio della cosa giudicata e primato del diritto comunitario*, in Foro pad., 2009, 256.

¹²⁴ Corte di giustizia, 10/7/2014, causa C-213/13.

¹²⁵ Così le conclusioni dell'Avvocato Generale L. Geelhoed nella causa C-119/05.

¹²⁶ G. VITALE, *Diritto processuale nazionale*, cit., 609.

Con felice sintesi si è affermato che nella sentenza *Lucchini*¹²⁷ «il disapplicando giudicato nazionale in materia di aiuti di Stato è stato in sostanza valutato dalla Corte di giustizia come provvedimento emesso in carenza assoluta di potere, o, se si preferisce, come atto affetto da difetto assoluto di giurisdizione, o, ancora, come *res inter alios acta*, in quanto intervenuto tra soggetti non dotati del potere di interferire su interessi subordinati anche alla superiore cura di altro soggetto (la Comunità) rimasto estraneo al procedimento giudiziario»¹²⁸.

Invero, «il giudicato si caratterizzerebbe qui per avere deciso, in un processo fatalmente solo fra due parti (ché la Commissione non vi fu parte né crede di doverlo essere), una lite che tocca invece da vicino proprio l'interesse preminente di un terzo, ossia della Commissione stessa come custode di una non alterata concorrenza nella U.E.»¹²⁹.

In breve, ciò che caratterizza la sentenza *Lucchini*¹³⁰ è l'interferenza su di un rapporto giuridico (che trova la sua fonte nel provvedimento di concessione dell'aiuto di Stato) coinvolgente situazioni giuridiche soggettive che in parte pertengono anche a un soggetto (la Commissione) differente da quelli (la P.A. nazionale e il privato percettore di quell'aiuto) ritualmente coinvolti nel giudizio.

Si tratta, cioè, del classico problema di un giudicato incidente su rapporti giuridici inevitabilmente plurilaterali, che, nell'ambito del diritto interno e delle relazioni intersoggettive nazionali, impinge sulle regole del litisconsorzio necessario.

In simili casi, l'ordinamento interno è peraltro già attrezzato per reagire a patologie processuali di gravità tale da compromettere l'efficacia del giudicato, in modo tale da contraddire la regola secondo la quale il passaggio in giudicato della sentenza la rende incontrovertibilmente efficace tra le parti.

Donde, la risposta a situazioni limite quali quelle coinvolte nella sentenza *Lucchini*¹³¹ bene si sarebbe potuta rinvenire nell'ordinamento interno, attivando l'obbligo d'interpretazione conforme, senza necessità alcuna di disapplicare il disposto dell'art. 2909 c.c..

Costituisce, invero, teorica ampiamente discussa in dottrina¹³² e talvolta (si trat-

¹²⁷ Corte di giustizia, 10/7/2014, causa C-213/13.

¹²⁸ E. M. BARBIERI, *Considerazioni sull'autorità del giudicato*, cit., 357.

¹²⁹ C. CONSOLO, *L'ordinamento comunitario quale fondamento per la tutela cautelare del giudice nazionale (in via di disapplicazione di norme legislative interne)*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 231.

¹³⁰ Corte di giustizia, 10/7/2014, causa C-213/13.

¹³¹ C. CONSOLO, *L'ordinamento comunitario*, cit., 226, ha affermato al proposito che il risultato ermeneutico cui è giunta la Corte di giustizia all'esito di una rapida marcia di avvicinamento è «dal punto di vista del diritto processuale interno (italiano e non solo italiano) scabroso».

¹³² Ciò secondo l'insegnamento di G. CHIOVENDA, *Sul litisconsorzio necessario*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1931, 436, il quale affermava che «l'impossibilità giuridica di pronunciare separatamente rispetto a più, si ha quando la sentenza resa rispetto a un solo fra i più non ha per sé alcun valore, inutiliter datur». Si tratta, per vero, di conclusione controversa. L. ZANUTTIGH, *Litisconsorzio*, *Dig. priv.*, 2002, XI, 44, riassume così il dibattito dottrinario: «Partendo da un postulato apparentemente comune "l'unicità della situazione sostanziale non consente discipline soggettivamente differenziate", si giunge però a risultati diversi a seconda della chiave di lettura adottata per la formula chiovendiana della "sentenza inutiliter data", con la quale si trascrive l'impossibilità di pronunciare, sancita positivamente dall'art. 102 c.p.c.. Taluno giunge ad affermare che la sentenza pronunciata malgrado l'assenza di taluni dei legittimati sia inefficace anche tra le parti del processo quindi egualmente inefficace nei confronti di tutti i soggetti del rapporto sostanziale, siano o meno stati presenti, o, viceversa, che il provvedimento reso inter pauciores sia invalido, ma tuttavia efficace nei confronti di tutti i litisconsorti presenti o assenti, abilitati rispettivamente a rimuoverne l'efficacia con i mezzi di impugnazione ordinari o mediante opposizione di terzo».

ta, appunto, di casi limite) emergente anche nella prassi dei tribunali¹³³ quella della c.d. sentenza *inutiliter data*. Cioè di quella sentenza che (ancorché passata in giudicato) sia priva di effetti nei confronti non solo di chi è stato ingiustamente pretermesso da un giudizio che pure sarebbe destinato a incidere sul rapporto sostanziale che lo coinvolge, ma anche tra le stesse parti nei confronti delle quali la sentenza è stata pronunciata.

In simili casi, il vizio impingerebbe sulla carenza degli elementi strutturali dell'atto processuale funzionali al suo venire in essere; donde si tratterebbe non già di una sentenza nulla (suscettibile di passare in giudicato) bensì di una sentenza inesistente, agli effetti del paradigma descritto dall'art. 161, comma 2, c.p.c., nel quale si ritiene tipizzata dal legislatore la figura dell'inesistenza dell'atto processuale.

Si tratta di vicende processuali (si pensi a un contenzioso tra proprietari confinanti che abbia a coinvolgere alcuni soltanto dei comproprietari del fabbricato di cui si chiede la demolizione perché edificato in spregio alle norme sulle distanze legali nelle costruzioni di cui all'art. 873 c.c.) ove un litisconsorte necessario, perché parte di un rapporto sostanzialmente plurisoggettivo, è stato nondimeno pretermesso dal giudizio, ancorché egli sia destinato a subire gli effetti della sentenza che lo definirà.

Nella vicenda (di diritto interno) di un provvedimento giurisdizionale produttivo di effetti su di un rapporto plurisoggettivo, la sentenza non può essere efficace se non nei confronti di tutti (intuitivamente, una sentenza di condanna alla riduzione in pristino dell'originario stato dei luoghi illecitamente innovato dai comproprietari di un manufatto costruito in violazione delle norme sulle distanze non potrà essere portata a esecuzione se non in pregiudizio di tutti i comproprietari), essendo altrimenti *inutiliter data*.

Perciò, si pone una drastica alternativa tra una sentenza che produce effetti verso tutti (anche di chi non è stato volutamente coinvolto nel giudizio in tal modo impedendogli l'esercizio del proprio – costituzionalmente riconosciuto – diritto di difesa) e una sentenza inefficace anche tra le parti del giudizio¹³⁴. Ciò che inevita-

¹³³ Corte di Cassazione, 22/9/2004, n. 19004, e Id., 28/1/1994, n. 878; ma in questo senso la Suprema Corte già si era pronunciata con sentenze 3/3/1959 n. 610 e 23/3/1959, n. 891, in Giur. it., 1961, I, 629 ss., con nota critica di V. DENTI, *Sentenza "inutiliter data" e litisconsorzio necessario*.

¹³⁴ A. CARATTA - C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2013, I, 231, ove si legge: «*se la natura del rapporto sostanziale – quale affermato nella domanda – è tale che gli effetti prodotti dalla sentenza non possono non investire tutti i soggetti del rapporto e se, d'altra parte, la produzione di effetti verso i soggetti rimasti estranei al giudizio sarebbe in violazione delle regole sul contraddittorio, la conseguente ferrea alternativa tra effetti verso tutti o effetti verso nessuno conduce inevitabilmente a quest'ultima soluzione. Naturalmente, questa accezione della formula – di cui sono soliti servirsi i giudici – della sentenza inutiliter data non è priva di aspetti problematici, specie là dove postula che tale sentenza sia priva di effetti anche tra le parti; e ciò specialmente poiché questa inefficacia dovrebbe essere impedita dalla regola secondo la quale il passaggio in giudicato della sentenza la rende incontrovertibilmente efficace tra le parti*». F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2009, riassume le alternative soluzioni date al problema e afferma: «*Vediamo ora l'efficacia della sentenza, passata formalmente in giudicato, emessa in assenza di uno o più litisconsorti necessari. Le soluzioni astrattamente possibili sono tre: la sentenza ha effetto nei confronti di tutti; la sentenza non ha effetti nei confronti di alcuno; la sentenza ha effetto soltanto tra le parti e non nei confronti dei litisconsorti pretermesso. L'ultima soluzione non è accettabile perché, se si è in presenza di un litisconsorzio necessario, non è possibile che la*

bilmente conduce ad affermare l'inefficacia della sentenza (e la giuridica irrilevanza del giudicato che su di essa si è formato) anche tra le parti del giudizio.

Nella sentenza *Lucchini*¹³⁵, «il ragionamento della Corte di giustizia ruota, infatti, intorno alla considerazione secondo cui, in difetto di impugnazione da parte dell'impresa privata, la decisione negativa della Commissione ... è divenuta definitiva: cosicché ogni attività anche giudiziaria successiva non ha rilevanza giuridica, nel momento in cui approda ad esiti interpretativi antitetici»¹³⁶.

Quindi, il problema che la Corte di giustizia è stata nell'occasione chiamata a risolvere atteneva, più propriamente, al fatto che «in questi casi il giudicato nazionale anticomunitario è destinato a soccombere, in quanto reso in carenza di potere [perché] la sentenza passata in giudicato verte su una materia di competenza esclusiva della Comunità europea»¹³⁷. Sicché, «il giudice nazionale, nell'interpretazione del diritto interno, non può emettere sentenze che non tengano conto della fondamentale ripartizione di poteri tra la Comunità e gli Stati membri, sancita dai Trattati»¹³⁸.

Nella particolare vicenda controversa della sentenza *Lucchini*¹³⁹, non vi era, dunque, possibilità di evitare di rimettere in discussione rapporti giuridici (che nella fisiologia del processo sarebbero dovuti essere) incontrovertibili (perché tale è non solo quello coagulatosi attorno al giudicato ma anche quello conformato da un provvedimento amministrativo non impugnato^{140 141}).

sentenza abbia effetti solo nei confronti di alcuni e non nei confronti di altri. Se così fosse, allora si negherebbe lo stesso fondamento del litisconsorzio necessario. Tra le altre due soluzioni vi è una fondamentale differenza: sulla base della prima, il litisconsorte pretermesso, in quanto terzo, a differenza delle parti, ha lo strumento dell'opposizione di terzo previsto dall'art. 404, comma 1, c.p.c.. Con tale mezzo il terzo può ottenere l'annullamento della sentenza pronunciata in sua assenza. La seconda soluzione, invece, considera la sentenza come inutiliter data, inefficace. Secondo tale prospettazione, dunque, essendo la sentenza inefficace nei confronti di tutti, chiunque può riproporre la domanda e, di fronte all'eccezione di precedente giudicato, può replicare rilevando l'inefficacia della precedente sentenza. La sentenza, quindi, ha il regime processuale della sentenza c.d. inesistente (art. 161, comma 2, c.p.c.).»

¹³⁵ Corte di giustizia, 10/7/2014, causa C-213/13.

¹³⁶ F. SICILIANO, *La legalità amministrativa*, cit., 124.

¹³⁷ R. MICELI, *Indebito comunitario e sistema tributario interno. Contributo allo studio del rimborso d'imposta secondo il principio di effettività*, Milano, 2009, 202. Analogamente, V. NUCERA, *Sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia e ordinamento tributario interno*, Milano, 2010, 203, afferma che «la sentenza o, più genericamente, l'atto nazionale che prenda posizione sulla legittimità dell'aiuto di Stato, così invadendo e menomando la sfera di potere esclusivo rimesso alla Commissione, deve intendersi emesso in carenza assoluta di attribuzione». E altresì del medesimo A., *La tenuta del giudicato nazionale al banco di prova del contratto con l'ordinamento comunitario*, in Riv. dir. trib., 2008, 169 ss., ove si legge che «la Corte si è trovata davanti due soluzioni possibili: o preservare il giudicato nazionale a scapito della competenza esclusiva della Commissione in materia di aiuti di Stato, o, al contrario, salvaguardare quest'ultima compromettendo il primo», sicché nella sentenza *Lucchini* era in discussione «l'esigenza di tutelare e riaffermare le competenze esclusive della Commissione in materia di aiuti di Stato, negando ogni possibile forma di ingerenza o di usurpazione da parte di organi degli Stati membri».

¹³⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale L. Geelhoed nella causa C-119/05.

¹³⁹ Corte di giustizia, 10/7/2014, causa C-213/13.

¹⁴⁰ A. NEGRELLI, *Il primato del diritto comunitario e il giudicato nazionale: un confronto che si poteva evitare o risolvere altrimenti*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2008, 1231, individua la novità del problema controverso nel fatto che «Il parametro di riferimento è costituito da una decisione comunitaria di natura amministrativa (e non normativa), della quale è in discussione la prevalenza, che ha come contraltare una sentenza, ovvero un atto giurisdizionale nazionale, in esecuzione del quale è stato emanato un provvedimento amministrativo illegittimo».

¹⁴¹ G. MARI, G. *La forza di giudicato*, cit. 1028 ss., afferma al proposito che per salvaguardare il principio della certezza del diritto «la sentenza passata in giudicato, così come l'atto amministrativo divenuto inoppugnabile

In effetti, nella giurisprudenza comunitaria, «L'equiparazione del provvedimento comunitario "definitivo" alla cosa giudicata non è soltanto enfatica o meramente nominalistica. Essa è concepita in senso tecnico, come intangibilità della statuizione resa dal provvedimento e non soltanto dei suoi effetti»¹⁴².

Il contrasto che la Corte di giustizia è stata chiamata a risolvere nella sentenza *Lucchini*¹⁴³ impingeva, dunque, su due contrastanti (quanto agli effetti pratici) giudicati.

La certezza del diritto, quindi, non è stata infranta dalla pronuncia della Corte di giustizia, quanto piuttosto dall'anomala gestione del processo nazionale da parte di chi ha malamente (e forse maliziosamente¹⁴⁴ ¹⁴⁵) esercitato le proprie prerogative processuali, in pregiudizio di un soggetto (la Commissione) che in quel giudizio non ha potuto far valere le proprie ragioni secondo le regole del contraddittorio¹⁴⁶.

Perciò, il problema non era, per vero, quello dell'autorità del giudicato, quanto piuttosto di stabilire (ma si tratta, appunto, di un problema di diritto nazionale) se un processo così malamente gestito potesse condurre alla formazione di un giudizio suscettibile di non essere più rimesso in discussione¹⁴⁷; se non si trattasse, invece, di una sentenza *inutiliter data*, perché pronunciata in pregiudizio di un interesse caratterizzato dall'ordinamento europeo come situazione giuridica soggettiva di chi (la Commissione) non è stato ritualmente coinvolto nel contraddittorio¹⁴⁸ dinanzi al giudice competente (la Corte di giustizia).

non possono essere rimessi in discussione», ma sostiene che nella sua più risalente giurisprudenza la Corte di giustizia «enfatica le differenze esistenti tra inoppugnabilità e giudicato».

¹⁴² G. GRECO, *Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza del Giudice comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 2009, 819.

¹⁴³ Corte di giustizia, 10/7/2014, causa C-213/13.

¹⁴⁴ G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, 209, ha parlato al proposito di «violazione sicuramente consapevole del diritto comunitario».

¹⁴⁵ Il Governo olandese (come riferisce l'Avvocato Generale L. Geelhoed nelle conclusioni nella causa *Lucchini*) aveva appunto denunciato che «il giudice nazionale e le parti coinvolte nel procedimento nazionale sapevano o avrebbero dovuto sapere che l'aiuto era già stato dichiarato incompatibile con il mercato comune».

¹⁴⁶ L'Avvocato Generale L. Geelhoed nelle conclusioni nella causa *Lucchini* aveva appunto evidenziato come nella precedente giurisprudenza della Corte di giustizia sull'autorità della cosa giudicata, «sono le stesse parti ad avere una responsabilità al fine di far valere i diritti di cui dispongono liberamente (Kapferer), oppure i diritti ad esse conferiti dal diritto nazionale (Köbler, Kühne & Heitz) [sicché] qualora facciano scadere i termini o ritengano inopportuno proporre impugnazione, o non intendano alcun procedimento, devono sopportarne le conseguenze, nel senso che non potranno più far valere successivamente i loro diritti loro conferiti dal diritto comunitario», e ha poi obiettato che «Questa giurisprudenza, che privilegia il rispetto dell'autorità del giudicato tra le parti come principio giuridico, non sembra precludere qualsiasi deroga all'autorità del giudicato, ma siffatta deroga è ammessa solo in casi molto particolari, in cui il principio res judicata pro veritate habetur, che vale per le parti interessate, deve soccombere di fronte a un interesse legittimo più rilevante».

¹⁴⁷ G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *Carte e corti europee. Diritti fondamentali e giustizia italiana*, Torino, 2014, 141, sostengono che «una violazione dell'obbligo di remissione o un (sempre astrattamente possibile) mancato conformarsi all'interpretazione pur fornita dalla Corte Europea di Giustizia nel caso di specie potrà essere fatta valere (sino a vanificare, se del caso, il giudicato) con autonomo giudizio in cui l'eccezione di ne bis in idem sarà sterilizzata, ovvero in sede di opposizione all'esecuzione ... Né può escludersi a mo' di chiusura la possibilità, per il privato tuttavia soccombente in spregio al diritto eurounitario, di iterare in un nuovo processo le proprie pretese pur in precedenza respinte, così venendo a paralizzarsi l'eccezione del ne bis in idem. Ciò in quanto il secondo giudice domestico terrà in non cale il precedente giudicato, avendo accertato non solo la contrarietà del dictum al diritto comunitario e al suo effetto utile, ma anche l'inerzia del primo giudice alla necessità di investire la Corte della questione».

¹⁴⁸ D. U. GALETTA, *Riflessioni*, cit., 979, ha così impostato il problema: «La questione (alla quale deve evidentemente darsi risposta negativa) non era, infatti, se il giudicato nazionale potesse rendere giuridicamente impossibile il recupero dell'aiuto. Quanto, piuttosto, se il giudicato formatosi nel processo civile tra la *Lucchini* e l'amministrazione

Si tratta, però, di un problema d'interpretazione delle norme processuali nazionali: che già, peraltro, era stato positivamente risolto in analoghi casi dai nostri giudici con la negazione dell'autorità del giudicato a una sentenza definitiva, senza ovviamente con ciò disapplicare l'art. 2909 c.c.

Quindi, a ben vedere, la sentenza *Lucchini*¹⁴⁹ affronta il consueto (nell'ambito dell'autonomia processuale funzionalizzata) tema dell'obbligo d'interpretazione conforme, affidando al giudice nazionale di individuare un'interpretazione dell'art. 2909 c.c. che possa consentire il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con una decisione (inoppugnabile) della Commissione. E, in tal modo, la Corte di giustizia non ha certo travalicato i limiti esterni (delineati dai principi *Reve* di effettività e di equivalenza) dell'autonomia processuale.

Solo l'erronea convinzione di un'inevitabile antinomia tra il disposto dell'art. 2909 c.c. e la revisione di una causa già risolta con sentenza definitiva (quantunque pronunciata da un giudice carente di potere all'esito di un processo che ha pretermesso un litisconsorte necessario) giustifica la diversa opinione del sovvertimento dei principi fondamentali del nostro ordinamento¹⁵⁰.

Chiarito l'equivoco, è ora evidente che un unico filo conduttore unisce perciò la giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato: se, da un lato, l'autorità di cosa giudicata è un principio fondamentale dell'ordinamento europeo e va salvaguardata quale espressione del principio di certezza del diritto, dall'altro, l'obbligo d'interpretazione conforme porta a rigettare quelle interpretazioni delle norme processuali nazionali che conducono a un'eccessiva dilatazione dell'autorità del giudicato¹⁵¹, in tal modo pregiudicando oltre misura l'effetto utile dell'effetto diretto delle norme europee.

4.11. La ricaduta del principio di relatività del giudicato all'interno del nostro ordinamento

All'esito del chiarimento espresso dalla Corte di giustizia con la sentenza *Pizzarotti*¹⁵², la V Sezione del Consiglio di Stato ha chiesto all'Adunanza plenaria di risolvere due questioni, concernenti, rispettivamente, l'ampiezza del giudicato amministrativo e la sua forza di resistenza rispetto a uno *ius superveniens* rappresentato da una sentenza della Corte di giustizia che ne attesti la contrarietà al diritto dell'Unione europea¹⁵³.

L'Adunanza plenaria non ha, tuttavia, affrontato la questione della cedevolezza

nazionale italiana (sulla base di una sentenza della Corte d'appello nazionale adottata in spregio totale degli obblighi comunitari) fosse opponibile dallo Stato italiano all'Unione europea».

¹⁴⁹ Corte di giustizia, 10/7/2014, causa C-213/13.

¹⁵⁰ A. NEGRELLI, *Il primato del diritto comunitario*, cit., 1232.

¹⁵¹ D. U. GALETTA, *Riflessioni*, cit., 970.

¹⁵² Corte di giustizia, 10/7/2014, causa C-213/13.

¹⁵³ Consiglio di Stato, Sez. V, 17/7/2015, n. 3587.

del giudicato nel rapporto con il diritto comunitario come interpretato dalla Corte di giustizia, ritenendo che nella vicenda in esame, in realtà, il giudicato determinasse solo un obbligo procedimentale e non di risultato¹⁵⁴, così che il successivo segmento procedurale, necessario a trasformare l'interesse procedimentale e strumentale nell'interesse finale, ricadeva inevitabilmente nel regime dello *ius superveniens*, per tale dovendosi intendere la sopraggiunta sentenza della Corte di giustizia, che nel sistema delineato dai Trattati, come inteso da costante giurisprudenza comunitaria, ha la stessa forza giuridica delle norme interpretate¹⁵⁵.

Quindi, l'Adunanza plenaria ha trascurato di affrontare la questione dell'intangibilità del giudicato in contrasto con le norme UE, limitandosi ad affermare «il principio che impone al giudice nazionale di adoperarsi per evitare la formazione (o la progressiva formazione) di un giudicato anticomunitario o, più in generale, contrastante con norme di rango sovranazionale cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione», e valorizzando, conseguentemente, il giudizio di ottemperanza quale utile strumento per evitare che dal giudicato amministrativo possano trarsi conseguenze anticomunitarie.

Donde, la questione è ancora aperta, sul fronte interno.

4.12. Eureka!

La soluzione era, tuttavia, alla portata di mano; era solo una questione di prospettiva.

Il problema non si sarebbe, in effetti, nemmeno avvertito, se solo si fosse subito compreso che quello emerso nella sentenza *Lucchini*¹⁵⁶ era, più semplicemente, un problema (uno dei tanti) posto dalla coamministrazione (altrimenti detta, amministrazione intrecciata), nella prospettiva della giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte in un procedimento che, appunto, si snoda, senza soluzione di continuità, attraverso i due autonomi, ma coordinati, ordinamenti (europeo/nazionale)¹⁵⁷.

Si trattava, per vero, sotto altra prospettiva, del medesimo problema affrontato e

¹⁵⁴ Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/6/2016, n. 11, ove appunto si legge che «il massimo livello di tutela riconosciuto dalle sentenze ottemperande si è quindi tradotto nell'imposizione in capo all'amministrazione dell'obbligo di concludere il procedimento, di concluderlo in maniera "plausibilmente congrua", verificando nel rispetto dei principi di buona fede, correttezza e tutela dell'affidamento, la possibilità di realizzare l'opera, compatibilmente con la situazione di fatto e il sistema normativo e amministrativo».

¹⁵⁵ In questo senso, tra le tante, Corte di giustizia, 27/3/1980, causa 61/79, *Denkavit*, ove si legge: «L'interpretazione di una norma di diritto comunitario data dalla Corte nell'esercizio della competenza ad essa attribuita dall'art. [267 TFUE] chiarisce e precisa, quando ve ne sia il bisogno, il significato e la portata della norma, quale deve, o avrebbe dovuto, essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore».

¹⁵⁶ Corte di giustizia, 10/7/2014, causa C-213/13.

¹⁵⁷ Al proposito dei problemi di giustiziabilità che solleva l'amministrazione intrecciata, si veda F. BRITO BASTOS, *Derivative illegality in European composite administrative procedures*, in CMLR, 2018, 101 ss., ove così è riassunto in estrema sintesi il problema: «In composite procedures, however, the level at which a measure may be judicially reviewed is not necessarily the same as the level at which there may be a review of the irregularities leading up to that measure's adoption».

risolto già anni or sono dalla Corte di giustizia con la sentenza *Oleificio Borelli*¹⁵⁸, di come conciliare un sistema di giustizia rigorosamente ripartito tra il livello europeo (ove solo alla Corte di giustizia compete di giudicare della validità degli atti comunitari) e quello nazionale (ove solo al giudice nazionale, sia pure operante come giudice comunitario decentrato nel dialogo con la Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, compete di giudicare degli atti amministrativi nazionali) con un procedimento amministrativo che si snoda, sovente senza soluzione di continuità, tra i due differenti ordinamenti (nazionale e sovranazionale), con atti amministrativi che, nella pura logica nazionale, sono atti provvedimenti definitivi e, invece, calati in un procedimento intrecciato, acquistano la minore consistenza di atti endoprocedimentali.

Già sappiamo come il problema è stato risolto, ogniqualvolta l'atto amministrativo nazionale condizioni, in modo definitivo, la scelta provvedimento solo formalmente attribuita al provvedimento conclusivo deliberato dalle istituzioni comunitarie, prive in concreto di qualsiasi margine residuo di discrezionalità, in guisa tale che la scelta amministrativa sia, in realtà, imputabile all'amministrazione nazionale.

In simili casi, la Corte di giustizia, con la sentenza *Oleificio Borelli*¹⁵⁹, ha invece stabilito che la giustiziabilità della situazione giuridica soggettiva si realizza, inevitabilmente, al livello nazionale, dovendo il giudice nazionale interpretare la norma processuale nazionale in modo tale da consentire l'impugnazione di atti che, secondo la tradizione interpretativa nazionale, non sono di per sé lesivi perché costituiscono solo un segmento di un più complesso procedimento ancora in itinere (atti endoprocedimentali), e, nel caso ciò non fosse possibile (ma non è il caso del nostro ordinamento), finanche disapplicare la norma processuale nazionale di impedimento al pieno dispiegarsi dell'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE di diritto sostanziale.

Nel procedimento di amministrazione deciso dalla sentenza *Lucchini*¹⁶⁰, il rapporto tra il provvedimento amministrativo nazionale (la concessione dell'aiuto di Stato) e l'atto endoprocedimentale comunitario (l'autorizzazione della Commissione alla concessione dell'aiuto di Stato) è ribaltato: in questo caso, è l'atto comunitario a costituire un inevitabile arresto procedimentale, di guisa che è agli organi comunitari che va imputata, in definitiva, la scelta amministrativa, ed è, dunque, alla Corte di giustizia, quale giudice naturale sugli atti dell'amministrazione comunitaria, che compete, in via esclusiva, di statuire sulla legittimità della scelta provvedimento¹⁶¹. Ed è sempre in quell'ordinamento (sovranazionale) che si realizza, per il decorso dei termini di impugnazione, l'inoppugnabilità del provvedimento di amministrazione intrecciata, a valere (quanto agli effetti pratici) a un giudicato.

Donde, il giudice nazionale, pretendendo di interferire su di un procedimento

¹⁵⁸ Corte di giustizia, 3/12/1992, causa C-97/91.

¹⁵⁹ Corte di giustizia, 3/12/1992, causa C-97/91.

¹⁶⁰ Corte di giustizia, 10/7/2014, causa C-213/13.

¹⁶¹ Corte di giustizia, 22/10/1987, causa 314/1985, *Foto-Frost*.

teso alla formazione di un atto amministrativo comunitario, ha platealmente invaso un'attribuzione della Corte di giustizia e le competenze esclusive delle istituzioni comunitarie: e, quindi, la sua sentenza era insuscettibile di passare in giudicato, essendo, piuttosto, anche in questa differente prospettiva, *inutiliter data*.

A conferma di ciò, si legge nella recente sentenza *Berlusconi*¹⁶² che «è opportuno ricordare che l'art. 263 TFUE conferisce alla Corte di giustizia dell'Unione europea la competenza esclusiva al controllo di legittimità sugli atti delle istituzioni dell'Unione [e] L'eventuale coinvolgimento delle autorità nazionali nel procedimento che conduce all'adozione di tali atti non può mettere in dubbio la qualificazione dei medesimi come atti dell'Unione, quando gli atti adottati dalle autorità nazionali sono tappa di un procedimento nel quale un'istituzione dell'Unione esercita, da sola, il potere decisionale finale senza essere vincolata agli atti preparatori o alle proposte avanzate dalle autorità nazionali [perciò], in un tal caso di specie, in cui il diritto dell'Unione non intende instaurare una ripartizione di competenze, l'una nazionale, l'altra dell'Unione, che avrebbero oggetti distinti, bensì consacrare, tutt'al contrario, il potere decisionale esclusivo di un'istituzione dell'Unione, spetta al giudice dell'Unione, a titolo della sua competenza esclusiva al controllo di legittimità sugli atti dell'Unione ai sensi dell'art. 263 TFUE ..., statuire sulla legittimità della decisione finale adottata dall'istituzione dell'Unione di cui trattasi ed esaminare, affinché sia garantita una tutela giurisdizionale effettiva agli interessati, gli eventuali vizi degli atti preparatori o delle proposte provenienti dalle autorità nazionali di natura tale da inficiare la validità di detta decisione finale».

Quindi, in ragione di queste argomentazioni (che costituiscono acquisizioni pacifiche nella giurisprudenza comunitaria), s'impone quale inevitabile la conclusione cui la Corte di giustizia giunge, proprio al proposito dell'eventuale effetto preclusivo di un giudicato formatosi a livello nazionale: «la competenza esclusiva della BCE a decidere se autorizzare o meno l'acquisizione di una partecipazione qualificata in un ente creditizio e la correlata competenza esclusiva degli organi giurisdizionali dell'Unione a controllare la validità di una tale decisione, nonché, incidentalmente, a valutare se gli atti nazionali preparatori presentino vizi che possono inficiare la validità della decisione della BCE, ostano a che un organo giurisdizionale nazionale possa conoscere di un'azione volta a contestare la conformità di un tale atto a una disposizione nazionale relativa al principio dell'autorità di cosa giudicata»¹⁶³.

Perciò, ogniquale sia coinvolto in un contenzioso un atto di un procedimento di amministrazione intrecciata, vi è da individuare a quale livello (nazionale/comunitario) si realizza la scelta amministrativa concretamente lesiva delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nel procedimento, dovendosi in conseguenza di ciò individuare l'imputazione soggettiva del provvedimento effettivamente lesivo e, quindi, di riflesso, il giudice (nazionale/comunitario) cui compete di decidere.

Come sostenuto dall'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona, bisogna, quindi, «distinguere due casi: – procedimenti amministrativi complessi dell'Unione nei quali il potere decisionale è riservato alle autorità nazionali (giurisprudenza *Borelli*); – procedimenti

¹⁶² Corte di giustizia, 19/12/2018, causa C-219/17.

¹⁶³ Corte di giustizia, 19/12/2018, causa C-219/17, *Berlusconi*.

*amministrativi complessi dell'Unione nei quali il potere decisionale spetta alle istituzioni dell'Unione (giurisprudenza Svezia/Commissione)*¹⁶⁴.

In entrambi i casi, uno solo è il giudice competente a risolvere la controversia, quantunque gli atti del procedimento siano riferibili a entrambi i livelli (nazionale e comunitario) coinvolti.

Perciò, la sentenza pronunciata da un giudice nazionale su di un segmento procedurale destinato a concludersi con un provvedimento comunitario è *inutiliter data*, giacché, come appunto sostenuto dall'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona, «*l'attribuzione di competenza è un presupposto imprescindibile della validità degli atti giurisdizionali successivi. Se un giudice non è competente, semplicemente non può agire, né tramite un procedimento né tramite un altro*».

4.13. Il giudicato a formazione progressiva

Altre sono le sentenze della Corte di giustizia che, davvero, attentano all'autorità del giudicato (ancorché a esse non si sia prestata particolare attenzione).

Così è nella sentenza *Elchinov*^{165 166}, con la quale la Corte di giustizia ha, in effetti, statuito che «*una norma di diritto nazionale, ai sensi della quale gli organi giurisdizionali non di ultima istanza siano vincolati da valutazioni formulate dall'organo giurisdizionale superiore, non può privare detti organi giurisdizionali della facoltà di investirla di questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione, rilevante nel contesto di dette valutazioni in diritto [ne] discende che il giudice nazionale, che abbia esercitato la facoltà ad esso attribuita dall'art. 267, secondo comma, TFUE, è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione delle disposizioni in questione fornita dalla Corte e deve eventualmente discostarsi dalle valutazioni dell'organo giurisdizionale di grado superiore qualora esso ritenga, in considerazione di detta interpretazione, che queste ultime non siano conformi al diritto dell'Unione*».

In quel caso, tuttavia, si trattava di un giudizio di rinvio, nell'ambito del quale il giudice amministrativo di primo grado avrebbe dovuto attenersi al principio di diritto espresso dal giudice d'appello, quantunque in contrasto con la norma UE.

¹⁶⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Campos Sánchez-Bordona nella causa C-219/17.

¹⁶⁵ Corte di giustizia, 5/10/2010, causa C-173/09.

¹⁶⁶ A commento della sentenza, A. P. VAN DER MEI, in CMLR 2011, 1297 ss., scrive: «*Court, however, did not accept the invitation. Without addressing the arguments given by the Advocate General, it simply confirmed its previous case law, including Rheinmühlen-Düsseldorf, on this point ... So, all in all, while the three instruments referred to by the Advocate General do contribute to the strengthening of the primacy, effectiveness and uniform ... The Advocate General identified three "new" instruments for correcting decisions of highest courts. Firstly, individuals, as the Court held in Köbler, have the possibility to hold the State liable in damages for a breach of EU law that can be ascribed to its highest courts. Secondly, the Commission can and is, as Commission v. Italy demonstrates, willing to initiate infringement proceedings against a State because of judicial breaches of EU law. Thirdly, the Advocate General referred to Kübne & Heitz in which the Court indicated that an individual may have the option to ask for a review of an administrative act which confirmed an unlawful judgment of a highest court. On the basis of these three points, the Advocate General concluded that the primacy and effectiveness of EU law were guaranteed and that more space could be given to national procedural autonomy. He invited the Court to declare that EU law does not, or no longer, demand the setting aside of national rules prescribing lower courts to obey the interpretative directions given by a highest court. The interpretation of EU law, they are all subject to not insignificant limitations, rendering them insufficient to make the lower courts capacity to make preliminary references superfluous*».

Come affermato dall'Avvocato Generale Cruz Villalón, la sentenza del giudice d'appello «*possedeva materialmente, benché non formalmente, l'autorità di cosa giudicata*»¹⁶⁷.

Quindi, si trattava di un giudicato a formazione progressiva¹⁶⁸, rispetto al quale la tensione tra principio di effettività e certezza del diritto è meno tirata.

Invero, secondo l'Adunanza plenaria «*l'istituto del giudicato a formazione progressiva [consente] non solo di completare il giudicato con nuove statuizioni "integrative", ma anche di specificarne la portata e gli effetti al fine di impedire il consolidamento di effetti irreversibili contrari al diritto sovranazionale*»¹⁶⁹.

Analogamente, la Corte di cassazione ha escluso che le sentenze di cassazione con rinvio costituiscano giudicato, donde «*L'obbligo del giudice del rinvio di uniformarsi alla regola iuris enunciata dalla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 384 c.p.c. viene meno quando la norma da applicare in aderenza a tale principio sia stata abrogata, modificata o sostituita per effetto di ius superveniens, nell'ambito del quale rientrano i mutamenti normativi prodotti dalle sentenze della Corte di giustizia, che hanno efficacia immediata nell'ordinamento nazionale*»¹⁷⁰.

Del resto, si trattava di dare seguito a un consolidato principio affermato per la prima volta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Rheinmühlen*¹⁷¹, nel senso che «*I giudici nazionali godono della più ampia facoltà di rinviare alla Corte di giustizia – sia d'ufficio che su domanda di parte – questioni sorte nell'ambito di una controversia dinanzi ad essi pendente, e vertenti sull'interpretazione o sulla validità di norme di diritto comunitario [quindi] Essi non possono esserne privati da norme di diritto interno che li vincolino al rispetto di valutazioni giuridiche espressa da un giudice di grado superiore*», che si giustificava, secondo la tesi della Commissione, nel distinguo tra la forza della cosa giudicata e l'effetto vincolante delle sentenza del giudice del rinvio (le mere «*valutazioni giuridiche*» del giudice superiore, secondo il linguaggio della Corte di giustizia), perché solo la cosa giudicata ha la funzione di comporre definitivamente la controversia e di vincolare conseguentemente le parti.

Il principio affermato nella sentenza *Elchinov* è stato ribadito dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Interedil*¹⁷² e *Kržižan*¹⁷³.

Sicché si tratta, come a più riprese affermato dalla stessa Corte di giustizia, di giurisprudenza consolidata, quantunque, appunto, non eversiva della certezza del diritto, ancorché nella negazione degli effetti di un giudicato, per così dire, endo-processuale.

¹⁶⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale P. Cruz Villalón nella causa C-173/09.

¹⁶⁸ S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, 177.

¹⁶⁹ Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/6/2016, n.11.

¹⁷⁰ Corte di Cassazione, Sez. lav., 12/9/2014, n. 19301.

¹⁷¹ Corte di giustizia, 16/1974, causa 166/73.

¹⁷² Corte di giustizia, 20/10/2011, causa C-396/09.

¹⁷³ Corte di giustizia, 15/1/2013, causa C-416/10.

4.14. Gli inopportuni slanci in avanti

Si comprende, da quanto sin qui scritto, come non sia, perciò, condividibile quanto di recente affermato dal Consiglio di Stato per giustificare un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE su una questione controversa sulla quale già si era formato un giudicato, nel senso che «*la Corte di giustizia UE – facendo ricorso alla sua nota impostazione secondo cui, pur in mancanza di una (anche soltanto implicita) competenza comunitaria in materia processuale, l'effettività del diritto comunitario comporta che l'autonomia procedurale lasciata agli stati membri incontri i limiti della parità di trattamento tra situazioni interne e situazioni comunitarie (principio di equivalenza) e della garanzia della loro effettiva tutela (principio di effettività), essendo altrimenti il giudice obbligato ad interpretare le regole processuali in modo conforme ad assicurare l'effettiva applicazione del diritto UE – ha ripetutamente affermato il principio secondo cui può essere messo in discussione anche l'accertamento compiuto nella sentenza del giudice nazionale passata in giudicato, perché in contrasto con il diritto dell'Unione, su cui non sia stato effettuato un rinvio pregiudiziale, al fine di consentire l'effettiva e corretta applicazione della normativa euro-unitaria*»¹⁷⁴.

Così argomentando, invero, il Consiglio di Stato ha attribuito alla giurisprudenza della Corte di giustizia un significato eversivo dei principi dell'autorità di giudicato e della certezza del diritto¹⁷⁵.

Ma così non è.

La Corte di giustizia non ha mai affermato la preminenza del principio di effettività della norma UE sul principio della certezza del diritto, in guisa tale da impedire il consolidamento della statuizione giurisdizionale in contrasto con la norma comunitaria. Essa ha, di contro, sempre affermato che la sua giurisprudenza riconosce l'autorità della cosa giudicata quale indispensabile corollario del principio della certezza del diritto. Salvo precisare (ma con ciò senza negare l'intangibilità del giudicato) che una sentenza deliberata da un giudice nazionale in un ambito (quello degli aiuti di Stato) sottratto alla sua competenza è *inutiliter data*^{176 177} e che il giudicato non emancipa, comunque, la P.A., nella ricorrenza di taluni rigorosi presupposti, dal suo obbligo di uniformare la sua condotta al principio di legalità (comunitaria, in primo luogo) che sovrintende l'azione amministrativa, donde la doverosità dell'atto di autotutela che la norma nazionale eventualmente preveda quale meramente discrezionale¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Consiglio di Stato, 17/1/2017 n. 167.

¹⁷⁵ Corte di giustizia, 13/9/2018, causa C-54/17, *Wind Tre*, si è pronunciata sul rinvio pregiudiziale senza dare conto (e senza pronunciarsi dunque sulla fondatezza) di questo assunto, posto a presupposto del rinvio pregiudiziale. In effetti, l'Avvocato Generale M. Campos Sánchez-Bordona si era posto il problema, risolvendolo con l'affermazione che, «*Sebbene nessuna delle parti lo abbia messo in dubbio, è opportuno ribadire che la Corte ha ammesso che la Sesta Sezione del Consiglio di Stato è legittimata a sollevare una questione pregiudiziale nella quale difenda un orientamento che non coincide necessariamente con quello adottato dall'Adunanza plenaria di detta istituzione*». In tal modo, però, equivocando tra il principio dello *stare decisis* di cui all'art. 99 c.p.a. e l'effetto conformativo del giudicato ex art. 2909 c.c., che, invece, era quanto avrebbe probabilmente condotto a escludere la rilevanza della questione posta nel rinvio pregiudiziale.

¹⁷⁶ Corte di giustizia, 18/7/2007, causa C-119/05, *Lucchini*.

¹⁷⁷ Corte di giustizia, 10/7/2014, causa C-213/13, *Pizzarotti*.

¹⁷⁸ Corte di giustizia, 13/1/2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*.

L'affermazione del Consiglio di Stato di un principio ritraibile dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che imporrebbe la disapplicazione del giudicato in contrasto con il diritto UE è indubitabilmente errata, né appartiene ai futuribili sviluppi di quella giurisprudenza, ponendosi una simile conclusione in netta antinomia con il fondamentale principio della certezza del diritto, giacché l'esito estremo di una simile teorica renderebbe precaria ogni statuizione giurisdizionale su situazioni giuridiche soggettive che si fondano sul diritto UE.

La negazione stessa, dunque, della funzione giurisdizionale.

Non è così.

A ogni buon conto, se così fosse, sarebbe, allora, predicabile il contrasto della giurisprudenza della Corte di giustizia con il nucleo essenziale dei valori fondanti della nostra Costituzione: donde, l'attivazione della teoria dei controllimiti e la negazione di ogni effetto nel diritto interno di quella giurisprudenza sovranazionale.

Ma non è, però, nemmeno il caso di indugiare sul punto, giacché la Corte di giustizia mai ha affermato ciò che il Consiglio di Stato le ha fatto sostenere: la relatività del giudicato.

4.15. *De iure condendo*

L'Adunanza plenaria ha, di recente, investito la Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 106 c.p.a., nella parte in cui non prevede la revocabilità di una sentenza passata in giudicato quando ciò sia necessario per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁷⁹.

Questo affermando l'esistenza di «una tensione tra le norme interne che disciplinano la revocazione della sentenza amministrativa passata in giudicato e l'obbligo assunto dall'Italia di conformarsi alle decisioni della Corte di Strasburgo».

Ciò anche nella considerazione di quanto previsto nella Raccomandazione R(2000)2 sulla riapertura dei processi, adottata dal Comitato dei ministri il 19/1/2000, che incoraggia gli Stati aderenti alla riapertura dei processi ove ricorrano due condizioni: a) la parte lesa continui a soffrire serie conseguenze negative a causa della sentenza nazionale che non possano essere adeguatamente rimate attraverso l'equa soddisfazione prevista dall'art. 41 della CEDU; b) la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia riconosciuto la sentenza nazionale quale fonte di una violazione degli obblighi convenzionali per gravi errori sostanziali o procedurali¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Consiglio di Stato, Ad. plen., 4/3/2015, n. 2.

¹⁸⁰ Si legge nella raccomandazione: «The Committee of Ministers ... I. Invites, in the light of these considerations the Contracting Parties to ensure that there exist at national level adequate possibilities to achieve, as far as possible, *restitutio in integrum*; II. Encourages the Contracting Parties, in particular, to examine their national legal systems with a view to ensuring that there exist adequate possibilities of re-examination of the case, including reopening of proceedings, in instances where the Court has found a violation of the Convention, especially where: i. the injured party continues to suffer very serious negative consequences because of the outcome of the domestic decision at issue, which are not adequately remedied by the just satisfaction and cannot be rectified except by re-examination or reopening, and ii. the judgement of

La Corte costituzionale ha, però, statuito che «nelle materie diverse da quella penale, dalla giurisprudenza convenzionale non emerge, allo stato, l'esistenza di un obbligo generale di adottare la misura ripristinatoria della riapertura del processo, e che la decisione di prevederla è rimessa agli Stati contraenti, i quali, peraltro, sono incoraggiati a provvedere in tal senso, pur con la dovuta attenzione per i vari e confliggenti interessi in gioco»¹⁸¹.

In seguito, la Corte costituzionale ha auspicato che il contrasto tra la sentenza del giudice nazionale e decisione contraria delle Corti sovranazionali si risolvesse con l'introduzione di un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 c.p.c.¹⁸², com'era del resto specificamente previsto dall'art. 3 della legge n. 5/2013 (quale ipotesi eccezionale di revocazione) per le sentenze passate in giudicato in contrasto con le sentenze della Corte internazionale di giustizia ONU¹⁸³.

Il problema si è posto anche con riguardo alla differente situazione in cui il contrasto insorga tra il giudicato nazionale e la norma comunitaria, nonostante il diverso grado d'integrazione tra i due ordinamenti e, soprattutto, la differente interconnessione tra i giudici nazionali e la Corte europea nei due sistemi.

Invero, nell'ordinamento CEDU, la condizione per adire la Corte europea è che siano stati preventivamente esauriti i rimedi interni (art. 35 CEDU), e quindi ordinariamente l'intervento della Corte di Strasburgo presuppone il conflitto con la sentenza nazionale passata in giudicato, che dunque è fisiologico al sistema¹⁸⁴; mentre nell'ordinamento comunitario quel conflitto non si dovrebbe normalmente realizzare, potendo/dovendo essere evitato attraverso il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

Eppure, l'estensione della revocabilità della sentenza alle ipotesi di contrasto tra il diritto UE e il giudicato è stata prospettata in dottrina come soluzione al problema (in realtà, inesistente) posto dalla sentenza *Lucchini*¹⁸⁵.

Bisogna, tuttavia, considerare che il principio della certezza del diritto salvaguardato dal giudicato costituisce un principio fondamentale dell'ordinamento comuni-

the Court leads to the conclusion that a. the impugned domestic decision is on the merits contrary to the Convention, or b. the violation found is based on procedural errors or shortcomings of such gravity that a serious doubt is cast on the outcome of the domestic proceedings complained of.

¹⁸¹ Corte costituzionale, 7/3/2017, n. 123.

¹⁸² Corte Costituzionale, 18/1/2018, n. 6.

¹⁸³ Corte costituzionale, 22/10/2014, n. 238, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 della legge n. 5/2013, che prevedeva appunto quella speciale ipotesi di revocazione, ma solo perché la norma imponeva altresì al giudice nazionale di negare la propria giurisdizione sulle cause civili di risarcimento danni per crimini contro l'umanità, commessi *iure imperii* da uno Stato straniero sul territorio italiano, senza prevedere alcuna altra forma di riparazione giudiziaria dei diritti fondamentali violati.

¹⁸⁴ V. PETRALIA, *Intangibilità del giudicato nazionale amministrativo ed esecuzione delle sentenze delle corti europee: un'ipotesi di convergenza di soluzioni*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2017, 939 ss., mette in rilievo, a differenziare le due situazioni, che «mentre la Convenzione europea pone il giudicato come premessa all'accertamento della violazione da parte della propria Corte – la quale interviene dunque fisiologicamente a posteriori –, nel sistema dell'Unione, l'intervento della Corte di giustizia è deputato a intervenire in corso di causa». Così che, «Alla luce di ciò, le ipotesi di contrasto tra un giudicato nazionale e una sentenza della Corte europea saranno una logica conseguenza del sistema di controllo sussidiario. Diversamente, nell'ordinamento dell'Unione, le ipotesi di contrasto tra giudicati saranno istituzionalmente eccezionali e costituiranno un'eventualità non "fisiologica" del sistema».

¹⁸⁵ G. LO SCHIAVO, *La Corte di giustizia ridimensiona progressivamente il principio nazionale di cosa giudicata*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2010, 287 ss..

tario; sicché, non solo non è dato di rivenire in quell'ordinamento un obbligo di rendere cedevole il giudicato anticomunitario, ma sarebbe, altresì, probabilmente da escludere la compatibilità comunitaria di una norma processuale nazionale che rendesse, in ogni caso, revocabile la sentenza nazionale passata in giudicato in contrasto con la norma UE.

L'assunzione a regola di generale applicazione del principio della cedevolezza del giudicato anticomunitario, invero, si porrebbe in contrasto con quanto statuito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Kapferer*¹⁸⁶, ove essa ha, appunto, statuito che, «*al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione*».

A volere imporre la riapertura di ogni processo in cui fossero coinvolte situazioni giuridiche definite da una norma UE male applicata dal giudice nazionale, si finirebbe, quindi, coll'affermare l'inesistenza di un giudicato e, dunque, a negare la certezza del diritto garantita dalla *res iudicata*, con riferimento a ogni situazione giuridica soggettiva comunitaria.

Ciò che, appunto, contrasterebbe con un principio comunitario dell'autorità della cosa giudicata a salvaguardia del principio della certezza del diritto.

Piuttosto, quale rimedio in situazioni in cui i principi del primato e dell'effetto utile dell'effetto diretto fossero prevalenti rispetto a quello della certezza del diritto resterebbe sempre aperta la possibilità di un atto di autotutela, da intendersi, nella ricorrenza dei presupposti della sentenza *Kühne & Heitz*¹⁸⁷, come doverosa.

Così che la possibilità di reazione all'anomalia di un conflitto tra la sentenza nazionale e la giurisprudenza della Corte di giustizia è, per così dire, ordinario, costituendo la disapplicazione del giudicato nazionale solo l'improbabile (ancorché obiettivamente possibile) ipotesi di una sentenza del giudice nazionale deliberata *ultra vires*, in un ambito di competenza comunitaria, coinvolgente una situazione giuridica soggettiva rispetto alla quale la P.A. non ha più la possibilità di provvedere, nemmeno in autotutela.

Com'è, appunto, stato nella sentenza *Lucchini*¹⁸⁸.

Donde, l'inutilità di una più ampia previsione della cedevolezza del giudicato, essendo l'esigenza dell'*effet utile* della norma UE già sufficientemente soddisfatta, nei casi ordinari, dall'operare congiunto dell'obbligo di interpretazione conforme e dei limiti *Reve* di funzionalizzazione dell'autonomia processuale degli Stati membri all'effetto diretto della norma comunitaria.

¹⁸⁶ Corte di giustizia, 16/3/2006, causa C-234/04.

¹⁸⁷ Corte di giustizia, 13/1/2004, causa C-453/00.

¹⁸⁸ Corte di giustizia, 10/7/2014, causa C-213/13.

Bibliografia

- ALPA G., *La responsabilità dello Stato per «atti giudiziari». A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, in Nuova giur. civ. comm., 2005
- ANRÒ I., in *Il caso Pititto, un recente esempio del “dialogo tra corti” per la tutela dei diritti fondamentali*, in Dir. pen. e processo, 2010
- BARBIERI E. M., *Considerazioni sull'autorità del giudicato nazionale nel diritto comunitario dopo il caso Interedil*, in Dir. proc. amm., 2012
- BENVENUTI F., *Giudicato (diritto amministrativo)*, in Enc. dir., XVIII, Milano, 1973
- BIONDI A., *Commento alla sentenza Lucchini*, in CMLR, 2008
- BRITO BASTOS F., *Derivative illegality in European composite administrative procedures*, in CMLR, 2018
- CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, Napoli, 1968
- CAMPEIS G., DE PAULI A., *Carte e corti europee. Diritti fondamentali e giustizia italiana*, Torino, 2014
- CANNIZZARO E., *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in Dir. Un. eur., 2008
- CAPONI R., *Giudicato civile e diritto costituzionale: incontri e scontri*, in Giur. it., 2009
- CARANTA R., *Commento alla sentenza Kühne & Heitz*, in CMLR, 2005
- CARATTA A. - MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2013
- CARBONE A., *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in Dir. proc. amm., 2016
- CARDONE A., *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in Enc. dir., Annali, IX, Milano, 2011
- CERULLI IRELLI V., *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2008
- CERULLI IRELLI V., *Violazioni del diritto europeo e rimedi nazionali*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2014
- CHIOVENDA G., *Sul litisconsorzio necessario*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1931
- CIVITARESE MATTEUCCI S., GIARDINI G., *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in Dir. pubbl., 2013
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2014
- CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1980
- CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011
- CONSOLO C., *L'ordinamento comunitario quale fondamento per la tutela cautelare del giudice nazionale (in via di disapplicazione di norme legislative interne)*, in Dir. proc. amm., 1991
- CONSOLO C., *La sentenza Lucchini della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in Riv. dir. proc., 2008
- CORTESE F., *Il riesame di decisioni amministrative definitive tra obbligo di cooperazione e certezza del diritto*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2008

- DE MARIA S., *Recenti sviluppi della giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2004
- DENTI V., *Sentenza «inutiliter data» e litisconsorzio necessario*, in Giur. it., 1961
- DI SERI C., *Primauté del diritto comunitario e principio della res iudicata nazionale: un difficile equilibrio*, in Giur. it., 2009
- FERRARO V., *L'intangibilità del giudicato amministrativo e il diritto europeo: le recenti pronunce della Corte di giustizia*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2014
- FONTANA E., *Qualche osservazione in margine al caso Lucchini, un tentativo di spiegazione*, in Dir. comm. internaz., 2008
- GALETTA D. U., *Autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea. Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009
- GALETTA D. U., *Riflessioni sulla più recente giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato nazionale (ovvero sull'autonomia procedurale come competenza procedurale funzionalizzata)*, in Dir. Un. eur., 2009
- GALLO C. E., *La giustizia amministrativa fra modello costituzionale e principi comunitari* (relazione al convegno su "Il diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale", Bologna, 27-28 settembre 2007), in AIPDA, Annuario, 2007, Milano, 2008
- GIANNINI M.S. - PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa*, in Enc. dir., XIX, Milano 1970
- GRECO G., *Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza del Giudice comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2009
- GRECO G., *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2014
- GRECO G., *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in Dir. soc., 2016, 225
- GROSSOT X. - MINNSEN T., *Res Judicata in the Court of Justice Case-Law: Balancing Legal Certainty with Legality?*, in EuConst, 2007
- KORNEZOV A., *Res judicata of national judgments incompatible with EU law: Time for a major rethink?*, in CMLR, 2016
- LO SCHIAVO G., *La Corte di giustizia ridimensiona progressivamente il principio nazionale di cosa giudicata*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2010
- LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, Milano, 2009
- MARI G., *La forza di giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza comunitaria*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2004
- MENCHINI S., *Regiudicata civile*, in Dig. civ., XVI, Torino, 1998,
- MERKL A., *Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung*, in ZöR, I, 1919
- MICELI R., *Indebito comunitario e sistema tributario interno. Contributo allo studio del rimborso d'imposta secondo il principio di effettività*, Milano, 2009
- NAPOLETANO G., *Principio della cosa giudicata e primato del diritto comunitario*, in Foro pad., 2009
- NEGRELLI A., *Il primato del diritto comunitario e il giudicato nazionale: un confronto che si poteva evitare o risolvere altrimenti*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2008

- NUCERA V., *Sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia e ordinamento tributario interno*, Milano, 2010
- PERONI C., *Il diritto comunitario prevale sul giudicato sostanziale*, in *Dir. comm. internaz.*, 2008
- PETRALIA V., *Intangibilità del giudicato nazionale amministrativo ed esecuzione delle sentenze delle corti europee: un'ipotesi di convergenza di soluzioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017
- PICARDI N., *Eventuali conflitti tra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 2008
- PULVIRENTI M. G., *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009
- RAUCHEGGER C., *National constitutional rights and the primacy of EU law: M.A.S.*, in *CMLR*, 2018
- SCODITTI E., *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, in *Foro it.*, 2007
- SERGES G., *Il "valore" del giudicato nell'ordinamento costituzionale*, in *Giur. it.*, 2009
- SPUNTARELLI S., *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018
- STILE M. T., *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2007
- TARZIA G., *Leggi interpretative e garanzia della giurisdizione*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1993
- TEMPLE LANG J., *Legal Certainty and Legitimate Expectation as General Principles of Community Law*, in U. BERNITZ e J. NERGELIUS, *General Principles of European Community Law*, L'Aia, 2000
- TESAURO G., *Diritto comunitario*, Padova, 2008
- TIZZANO A., B. GENCARELLI, *Droit de l'Union et décisions nationales définitives dans la jurisprudence récente de la Cour de Justice*, in *Dir. Un. eur.*, 2010
- VALAGUZZA S., *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016
- VAN DER MEI A.P., *Commento alla sentenza Elchinov*, in *CMLR* 2011
- VARGA Z., *National remedies in the case of violation of EU law by Member State Courts*, in *CMLR*, 2017
- VITALE G., *Il recupero degli aiuti di Stato illegittimamente erogati tra autorità del giudicato ed incompatibilità con il mercato comune in una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir. Un. eur.*, 2008
- VITALE G., *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea*, Catania, 2010
- ZANUTTIGH L., *Litisorso*, *Dig. priv.*, XI, 2002
- ZUFFI B., *Il caso Lucchini infrange l'autorità del giudicato nazionale nel campo degli aiuti statali*, in *Giur. it.*, 2008

Giurisprudenza comunitaria

- Corte di giustizia, 9/6/1964, cause riunite 79/63 e 82/63, *Reynier*
- Corte di giustizia, 16/1974, causa 166/73, *Rheinmühlen*
- Corte di giustizia, 27/3/1980, causa 61/79, *Denkavit*

Corte di giustizia, 22/10/1987, causa 314/1985, *Foto-Frost*
Corte di giustizia, 3/12/1992, causa C-97/91, *Oleificio Borelli*
Corte di giustizia, 1/6/1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*
Corte di giustizia, 14/12/2000, causa C-344/98, *Masterfoods*
Corte di giustizia, 30/9/2003, causa C-224/01, *Köbler*
Corte di giustizia, 13/1/2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*
Corte di giustizia, 16/3/2006, causa C-234/04, *Kapferer*
Corte di giustizia, 14/9/2006, causa C-181/04, *Elmeka*
Corte di giustizia, 18/7/2007, causa C-119/05, *Lucchini*
Corte di giustizia, 12/2/2008, causa C-2/06, *Kempter*
Corte di giustizia, 3/9/2009, causa C-2/08, *Fallimento Olimpiclub*
Corte di giustizia, 6/10/2009, causa C-40/08, *Asturcom*
Corte di giustizia, 5/10/2010, causa C-173/09, *Elchinov*
Corte di giustizia, 22/12/2010, causa C-507/08, *Commissione/Slovacchia*
Corte di giustizia, 20/10/2011, causa C-396/09, *Interedil*
Corte di giustizia, 15/1/2013, causa C-416/10, *Krizan*
Corte di giustizia, 10/7/2014, causa C-213/13, *Pizzarotti*
Corte di giustizia, 11/11/2015, causa C-505/14, *Klausner*
Corte di giustizia, 13/9/2018, causa C-54/17, *Wind Tre*
Corte di giustizia, 19/12/2018, causa C-219/17, *Berlusconi*

CAPITOLO QUINTO

L'AUTOTUTELA DECISORIA

SOMMARIO: 5.1. L'annullamento d'ufficio nella dogmatica nazionale (provvedimento di amministrazione attiva vs atto di autotutela). – 5.2. Segue: discrezionalità amministrativa vs buona fede. – 5.3. Segue: opportunità vs doverosità. – 5.4. L'annullamento d'ufficio nella giurisprudenza della Corte di giustizia (con riguardo all'amministrazione comunitaria diretta). – 5.5. Segue: con riguardo ai provvedimenti delle amministrazioni nazionali in esecuzione di atti normativi dell'Unione europea (l'amministrazione comunitaria indiretta e la coamministrazione). – 5.6. L'autotutela funzionalizzata all'*effet utile* della norma UE (l'annullamento d'ufficio a discrezionalità orientata). – 5.7. L'annullamento d'ufficio nella giurisprudenza nazionale. – 5.8. Conclusioni.

5.1. L'annullamento d'ufficio nella dogmatica nazionale (provvedimento di amministrazione attiva vs atto di autotutela)

Si vuole ora qui affrontare il tema della c.d. autotutela decisoria¹, nella prospettiva di come essa è conformata (semmai lo sia) dal diritto e dai principi UE²: primo tra tutti quello dell'effetto utile dell'effetto diretto delle norme comunitarie (*effet utile*). E questo con riguardo a quella sua manifestazione (l'annullamento d'ufficio)

¹ L'Istituto trova, ancora oggi, la più compiuta sistemazione in F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in Enc. Dir., V, Milano, 1959, 537 ss.

² Sul tema, si è scritto molto: F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2008, 425 ss.; S. D'ANCONA, *Interesse pubblico, discrezionalità amministrativa e istanza di parte nell'annullamento d'ufficio: riflessioni sui recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali tra diritto interno e diritto comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2009, 537 ss.; M. DEL SIGNORE, *Il ruolo della pubblica amministrazione nazionale ai fini dell'effettività del diritto comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2009, 442 ss.; P. DE LUCA, *Sull'obbligo di riesame delle decisioni amministrative contrarie al diritto comunitario*, in www.giustamm.it, 2008; D. DE PRETIS, *Illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, in Giorn. dir. amm., 2004, 723 ss.; P. FERRARI, *Annulamento in autotutela di provvedimenti contrastanti con il diritto comunitario*, in Giur. it., 2008, 1286 ss.; D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2005, 35 ss.; Id., *I procedimenti di riesame*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa: saggi ordinati a sistema*, Napoli, 2006, 393 ss.; G. GATTINARA, *Il ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kübn e Heitz*, in Dir. com. scambi internaz., 2004, 489 ss.; R. GIOVAGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, in www.giustamm.it, 2014; F. GOISIS, *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in Dir. amm., 2010, 439 ss.; G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2008, 514; G. GRÜNER, *L'annullamento d'ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività, da un lato, ed i principi di certezza di diritto e dell'autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro*, in Dir. proc. amm., 2007, 235 ss.; N. PIGNATELLI, *L'illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo*, in Giur. cost., 2008, 3635 ss.; L. RAIMONDI, *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, in Dir. Un. eur., 2008, 773 ss.; S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in Dir. proc. amm., 2004, 1245 ss.

che è funzionale alla tutela della legalità³, e si pone, dunque, quale forma alternativa alla tutela giurisdizionale⁴.

Fuori dal perimetro d'indagine, perché più propriamente strumento di amministrazione attiva (la tutela dell'interesse pubblico nell'esercizio di un potere che è per definizione inesauribile⁵), è, dunque, la revoca⁶.

Si intende qui riferirci all'istituto come definito dall'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990 con prescrizioni di valenza generale⁷; con esclusione dunque di quelle

³ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"Alternanza"*, Milano, 2001, 94, rammenta che «Il potere di ritirare i propri atti viziati è nato come "privilegio" dell'amministrazione» e sostiene che «questa considerazione è sufficiente a escludere che il potere di annullamento sia un istituto dello Stato di diritto, nel senso che dal principio di legalità che regola l'azione amministrativa derivi per l'amministrazione anche l'obbligo di ripristinare la legalità violata». In questo senso, S. ROMANO, *Annullamento (teoria dell') nel diritto amministrativo*, in Nuovo dig. it., Torino, 1937, 475, sosteneva che occorre valutare di volta in volta se l'annullamento «giorni, nel caso concreto, agli interessi della pubblica amministrazione [perché] la pubblica amministrazione, nelle ipotesi di cui è in parola, non pronuncia l'annullamento per l'imparziale tutela del diritto oggettivo, ma solo se e quanto questa tutela sia un'esigenza della specifica funzione amministrativa che le è affidata». Così anche, F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., che appunto sosteneva che i poteri di autotutela spontanea (escluse dunque le ipotesi in cui l'annullamento consegua ai controlli o ai ricorsi amministrativi) non tendono «alla restaurazione obiettiva dell'ordine giuridico violato [bensì] a soddisfare un interesse concreto e immediato della amministrazione». Ma quello che è affermato in una prospettiva storica (statica) non è ostativo a una differente configurazione dell'istituto in una prospettiva dinamica (come esso si è evoluto negli anni). Del resto, V. ROMANELLI, *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, Milano, 1939, sosteneva che il potere di annullamento si giustificasse proprio in ragione di «quella norma fondamentale, derivante dalla nozione stessa di Stato giuridico, e che si sintetizza nel principio di legalità a cui deve informarsi la pubblica amministrazione, nell'interesse imprescindibile della sua azione amministrativa». Ciò già negli anni '30, quantunque esprimendo una posizione minoritaria in dottrina e senza influenza sulla giurisprudenza. Questo a evidenziare che non vi siano mai stati ostacoli d'ordine dogmatico alla funzionalizzazione dell'annullamento d'ufficio alla tutela della legalità violata piuttosto che al perseguimento di un generico interesse pubblico.

⁴ F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., la definisce «la capacità di farsi giustizia da sé». Ciò in coerenza con la migliore teorica civilista (E. BETTI, *Autotutela (diritto privato)*, in Enc. dir., IV, Milano, 1959, 529 ss.), che definisce l'autotutela come «mezzo di tutela dell'interesse alternativo a quello giurisdizionale». E in coerenza con l'insegnamento di F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, III, 1449, secondo il quale l'autotutela «surroga un atto proprio a quelle sentenze d'accertamento o costitutive che nel sistema del diritto privato occorrerebbero in ugual caso». Si legge al proposito in P. BODDA, *Sull'obbligo di annullare d'ufficio o su denuncia gli atti amministrativi illegittimi*, in Foro Amm., 1942, 2: «che esso [l'annullamento d'ufficio] sia una manifestazione avente i caratteri dell'atto amministrativo è certo, ma che essa confini, per così dire, con l'atto giurisdizionale, od almeno che presenti qualcuno dei caratteri di questo, non vi dovrebbe essere dubbio».

⁵ G. CORSO, *Validità (dir. amm.)*, in Enc. dir., XLVI, Milano, 1993, 106, afferma che «il potere che viene esercitato con l'adozione del provvedimento non si esaurisce con questo, ma gli sopravvive tant'è che può essere nuovamente esercitato, nel tempo, in direzione difforme da quella originaria o conforme a essa».

⁶ B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2007, 1237, sostiene che «la revoca ha poco a che fare con il ripristino della legalità ... Il suo tradizionale inquadramento nell'autotutela amministrativa, quindi, è alquanto abusivo».

⁷ Sostanzialmente ricognitivo del diritto vivente nella sua configurazione originaria. In questo senso, si legge in Consiglio di Stato, Sez. V, 3/5/2012, n. 2549, che la norma «non ha modificato la natura del potere, e non lo ha trasformato da discrezionale in obbligatorio, né ha previsto un interesse legittimo dei privati all'autotutela amministrativa». Altro è a dirsi per l'effetto della novella del 2015. Invero, l'art. 6 della legge 7/8/2015, n. 124 ha aggiunto all'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990, dopo le parole «entro un termine ragionevole», la specifica «comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici». Ciò che, secondo il parere del Consiglio di Stato n. 839/16, costituisce un «nuovo paradigma» nei rapporti tra cittadino e P.A., perché «il legislatore del 2015 ha fissato termini decadenziali di valenza nuova, non più volti a determinare l'impugnabilità degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati».

ipotesi di annullamento d'ufficio previste e disciplinate da norme speciali⁸; com'è, tra gli altri, l'annullamento governativo ora disciplinato dall'art. 138 del T.U. Enti locali⁹, che si ritiene «difficilmente riconducibile all'ipotesi dell'autotutela amministrativa»¹⁰, essendo in quel caso la scelta rigorosamente condizionata dalla cura dell'interesse pubblico¹¹.

In effetti, si discute se l'annullamento d'ufficio appartenga alla categoria dell'autotutela amministrativa, secondo la teorica di Benvenuti che ebbe a definirla come «autotutela decisoria», intesa quale attività amministrativa «materialmente giurisdizionale», attraverso la quale la P.A. «sprovvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con gli altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti»¹². O se piuttosto quella facoltà di ripensamento che la legge esplicitamente riconosce alla P.A. sia espressione della potestà di amministrazione attiva, giustificandosi nel perseguimento di quello stesso interesse pubblico che aveva condotto all'emanazione del provvedimento riformato (com'è ora inteso dalla prevalente dottrina¹³).

Vi sono, peraltro, anche posizioni intermedie, nel senso, cioè, che

⁸ Al proposito di queste, si veda R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado (diritto amministrativo)*, in Enc. Dir., Annali II, Milano, 2008, 912.

⁹ L'art. 138 d.lgs. n. 267/2000 prevede che «Il Governo, a tutela dell'unità dell'ordinamento, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'interno, ha facoltà, in qualunque tempo, di annullare, d'ufficio o su denuncia, sentito il Consiglio di Stato, gli atti degli enti locali viziosi da illegittimità».

¹⁰ F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 543. In questo senso, anche: F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in Dir. amm., 2002, 541; CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, in Enc. dir., II, Milano, 1958, 491; G. CUGURRA, *L'annullamento governativo come atto di alta amministrazione*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1970, 604 ss.

¹¹ G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in Dir. amm., 2002, 689 ss., afferma al proposito che «l'annullamento governativo trova applicazione in situazioni di carattere straordinario nelle quali si ravvisa l'esigenza di una rimozione di atti illegittimi, per prevalenti ragioni d'interesse nazionale, rispetto alle quali la tutela del privato inciso risulta attenuata, per ciò che attiene a principi in materia di comparazione degli interessi, elaborati dalla giurisprudenza con riguardo agli atti di autotutela».

¹² F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit. Si collocano in questa ricostruzione tradizionale E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento*, cit., 544 e 545, F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa, I, Ricorsi amministrativi e giurisdizione ordinaria*, Milano, 1911, 450 ss.

¹³ Come spiegato da R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado*, cit., 913, «da tesi della configurazione di un potere di amministrazione attiva mediante riesame risultava maggiormente conforme al principio di legalità dell'azione amministrativa ed ai principi di tipicità e nominatività dei provvedimenti amministrativi». In giurisprudenza (a contribuire a questa diversa prospettiva), è stata da tanti notata la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 11/11/1977, n. 997, ove si legge: «la revoca di ufficio di un provvedimento amministrativo costituisce l'atto finale di un procedimento in cui l'amministrazione riesamina alla luce dei fatti sopravvenuti l'assetto dato in precedenza a determinati interessi, concludendo nel senso della necessità di una modifica: con essa l'amministrazione non si "tutela" in senso tecnico, ma si limita a gestire l'interesse di cui è portatrice né più e né meno di come aveva fatto con l'atto originario». Per questa tesi, tra i tanti: M. ALI, *Annullamento d'ufficio, analogo procedimento e principi costituzionali*, in Foro amm., 1966, 152 ss., Id., *Osservazioni sull'annullamento di ufficio degli atti amministrativi*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1966, 527 ss.; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, G. CORAGGIO, *Autotutela*, in Enc. Giur., Roma 1988, 5; A. PAPARELLA, *Revoca (dir. amm.)*, in Enc. dir., XI, Milano, 1989, 204 ss.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991, 74, G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004, 116 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in Dir. amm., 2005, 843 ss.; G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, Milano, 2005, 370 ss.; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV. *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, II, 869; R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 623.

l'annullamento d'ufficio sarebbe un provvedimento di amministrazione attiva, ma nel perseguimento di un interesse pubblico (alla legalità dell'azione amministrativa) differente da quello originariamente perseguito dalla P.A.¹⁴.

Di ciò si discute, per vero, solo in dottrina, giacché il Consiglio di Stato sbrigativamente (e, in effetti, con una certa disinvoltura dogmatica) sostiene che «L'atto di autotutela [è] espressione della stessa funzione di cui è emanazione il provvedimento che ne costituisce l'oggetto»¹⁵, in tal modo realizzando una impropria miscellanea (una sorta di crasi logica) tra le due opposte teoriche. L'annullamento d'ufficio è nella definizione un atto di autotutela e nella sostanza un provvedimento di amministrazione attiva.

La stessa ambiguità dogmatica contraddistingue anche l'approccio del legislatore. Non pare, dunque, potersi ricavare alcuna indicazione utile a risolvere il problema definitorio nella espressa riconduzione dell'annullamento d'ufficio tra le «*determinazioni in via di autotutela*» di cui agli artt. 14-*quater* e 20 della legge n. 241/1990¹⁶. Così come è da escludere che una risolutiva indicazione in questo senso si possa ricavare dalla intitolazione alla «*Autotutela amministrativa*» della novella del 2015¹⁷.

Nella prospettiva comunitaria (come dinanzi si preciserà) è senz'altro preferibile la tesi di Benvenuti: e così, appunto, si definirà l'annullamento come espressione della autotutela decisoria, quale manifestazione dei poteri di autotutela amministrativa (della facoltà, cioè, della P.A. di sostituirsi al giudice, di farsi cioè giustizia da sé), cui è ricondotta anche l'autotutela esecutiva.

¹⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1993, 552, in una logica, per così dire, intermedia, sostiene che «La distinzione tra i procedimenti di secondo grado e i procedimenti che intervengono in un rapporto amministrativo risiede dunque in questo: che i secondi sono estrinsecazione della stessa potestà dell'amministrazione in base alla quale è stato adottato l'atto costitutivo del rapporto: gli interessi pubblici che si tutelano e si valutano sono gli stessi, anche se con segni diversi (positivo-negativo) e con diverse intensità e/o complessità. I primi sono invece manifestazioni di potestà generali che l'amministrazione possiede per dare ordine alla propria attività, ossia di potestà che non sono volte alla cura di questo o di quell'interesse pubblico positivo bensì alla cura di quell'interesse di ambito generale che l'amministrazione ha in ordine ad un corretto, ordinato e pertinente svolgimento della propria attività». Questa è anche la teorica di E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento*, cit., 484 ss., il quale ritiene che l'interesse pubblico perseguito con l'atto di annullamento ben possa essere «l'interesse alla legittimità». B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, cit., sostiene che «l'autotutela amministrativa è sempre stata uno strumento di affermazione della legge e, più in generale della legalità» e afferma quindi «La duplice anima dell'autotutela amministrativa, volta all'affermazione del diritto ma anche al perseguimento di un interesse pubblico specifico», così che «L'annullamento d'ufficio, dunque, rientra a pieno titolo nell'autotutela, perché unisce il profilo del ripristino della legalità violata a quello del perseguimento dell'interesse pubblico specifico, affidato alla cura dell'amministrazione». G. MIELE, *In tema di annullamento d'ufficio di atti amministrativi illegittimi*, in *Giur. comp. Cass.*, 1947, I, 1133, afferma che l'annullamento d'ufficio è «funzione mista di amministrazione attiva e di controllo».

¹⁵ Consiglio di Stato, Sez. V, 20/2/2006, n. 701.

¹⁶ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006, 303, esclude che l'espressione «*determinazioni in via di autotutela*» (artt. 14-*quater* e 20 della legge n. 241/1990), abbia rilevanza scientifica e ritiene che il legislatore abbia più semplicemente voluto «*adeguarsi al lessico corrente che riconduce l'annullamento e la revoca alla c.d. autotutela*».

¹⁷ F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in www.federalismi.it, 2015, sostiene, invece, che «la sua rubrica attesta di per sé stessa l'avvenuta consumazione di una ricostruzione sistematica dell'istituto».

Ed è proprio per questo (per la sua alternatività al giudizio¹⁸) che è il caso di discuterne in queste riflessioni dedicate all'autonomia processuale degli Stati membri dell'UE.

Ciò, in convergenza, del resto, con la lata definizione che di essa si dà in una prospettiva europea¹⁹, che la riferisce, appunto, a qualsiasi istituto di coercizione giuridica per assicurare il rispetto del diritto sostanziale²⁰.

Ma il tema – di indubbio interesse dogmatico – poco rileva, ai fini di ciò che qui c'interessa.

Non pare, infatti, che la disputa dottrinarica abbia una qualche significativa rilevanza ai fini della giustiziabilità delle situazioni giuridiche eventualmente lese dall'atto di annullamento d'ufficio (effettività della tutela giurisdizionale) e nemmeno dell'effettività delle norme UE (*effet utile*) violate dal provvedimento illegittimo, che la P.A., con il proprio atto di autotutela (o come diversamente lo si voglia definire), intenda eliminare dall'ordinamento²¹.

Ciò che è quanto qui di interesse.

La questione era, piuttosto, centrale nella ricerca della giustificazione di una potestà²² che non aveva un sicuro fondamento legislativo²³, ma deve ritenersi sostanzialmente superata all'esito della codificazione dell'istituto nell'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990²⁴.

¹⁸ B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, cit., afferma che «l'autotutela costituisce[*e*] una forma di esercizio amministrativo di poteri giurisdizionali». Prima di lui, G. CORAGGIO, *Autotutela*, cit., aveva definito l'autotutela quale attività paragiurisdizionale, sostitutiva dell'attività del giudice. Anche in ambito civile si è affermato il carattere paragiurisdizionale dell'autotutela, inteso quale strumento volto alla «composizione della lite» (E. BETTI, *Autotutela*, cit., 529 ss.).

¹⁹ D.U. GALETTA, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, in www.ius-publicum.it, 2011, avverte che «tematiche come quella dell'annullamento d'ufficio, del giudicato, della responsabilità rilevano infatti senz'altro nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE come aspetti inerenti all'autonomia procedurale degli Stati membri ed ai relativi limiti, mentre in termini nazionali questi sarebbero piuttosto temi di "diritto sostanziale"».

²⁰ J. MERTENS DE WILMARS, *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations de droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, in CDE, 1981, 379 ss.

²¹ Più in generale, A. CONTIERI, *Il riesame*, cit., 3, sostiene che «il carattere di amministrazione attiva [dell'annullamento d'ufficio] costituisce un punto di partenza neanche particolarmente significativo».

²² S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico*, cit. 1247. Anche N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 363 ss., ha approfondito il tema della carenza di legittimazione formale della potestà di autotutela, giungendo infine alla conclusione che quel fondamento si rinveniva nella «sussumibilità del potere di primo grado e di quello di secondo grado entro l'ambito della medesima fattispecie di autorizzazione».

²³ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 1449, giustificava il potere dell'amministrazione di revocare i propri atti illegittimi con riferimento a una «consuetudine costante» formatasi in assenza di leggi che disponessero diversamente. Ma, in questo senso, si è espressa la gran parte della dottrina più autorevole: L. RAGNISCO, *Revoca ed annullamento di atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1907, III, 303; V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, cit.; G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939; E. MIELE, *In tema di annullamento d'ufficio*, cit. 1132; F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1955; U. BALDI PAPINI, *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi invalidi*, Firenze, 1956; S. ROMANO, *Annullamento*, cit.; E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento*, cit., 484; F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 537; M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962; M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 819; A. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 200; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969; G. CORAGGIO, *Autotutela*, cit.

²⁴ R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 624, sostengono che il problema

Quello che qui (nella prospettiva comunitaria) rileva è il tratto caratteristico (o, almeno, quello che è ritenuto) dell'annullamento d'ufficio: la sua lata discrezionalità.

Il Consiglio di Stato è, invero, reciso nell'affermare che «l'amministrazione ... è libera di giudicare sulla legalità stessa secondo il suo apprezzamento discrezionale, cioè sull'opportunità di far valere o meno l'illegittimità dei suoi atti»²⁵; e la dottrina, sin da epoca risalente, afferma di concerto che «per legittimare l'uso della facoltà – di annullamento d'ufficio – è necessario il concorso dello specifico interesse pubblico, la cui valutazione deve ispirare sempre l'attività discrezionale della P.A.»²⁶.

Poco rileva, ai nostri fini, che quell'interesse pubblico sia individuato nell'interesse a ricomporre un conflitto tra privato e amministrazione²⁷ che è diverso da quello perseguito con il provvedimento da riformare (com'è nella teorica dell'autotutela); o piuttosto che quell'interesse sia il medesimo curato dall'atto oggetto di annullamento (com'è nella teorica del provvedimento di amministrazione attiva²⁸). Perché, in entrambe le ipotesi, dovendo l'annullamento d'ufficio travolgere situazioni giuridiche soggettive prodotte dal provvedimento viziato, vi è, in ogni caso, la necessità di giustificare l'atto di autotutela della P.A. con specifico riferimento alla prevalenza di quell'interesse pubblico (sia esso quello originario del provvedimento di amministrazione attiva, sia esso quello nuovo a giustificazione dell'annullamento) sulle situazioni giuridiche soggettive che si sono frattanto consolidate²⁹.

Quello che qui rileva, e assume un ruolo centrale nella prospettiva dell'effettività della norma UE (che è quanto oggetto d'indagine), è l'interesse pubblico differente da quello al mero ripristino della legalità violata, che secondo le differenti teoriche deve indiscutibilmente qualificare l'atto di annullamento d'ufficio di un precedente

dell'individuazione del fondamento dell'annullamento d'ufficio non è più di attualità, trovando l'istituto ora una sua compiuta disciplina nell'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990, che «non solo risolve il problema del fondamento normativo di tali particolari provvedimenti, ma ne detta altresì il regime, quanto a presupposti, titolarità, limiti ed effetti».

²⁵ Consiglio di Stato, Sez. IV, 24/9/1941, n. 304.

²⁶ U. BALDI PAPINI, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 95. E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento*, cit., 484 ss., sostiene, però, che «la necessità della pubblica utilità dell'annullamento non esclude affatto che detta utilità possa consistere nella rimozione dell'illegittimità».

²⁷ F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, 1996, 283.

²⁸ G. CORSO, *Autotutela*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 610, afferma che l'interesse pubblico che giustifica l'atto di annullamento d'ufficio «è lo stesso interesse pubblico che era stato curato (o avrebbe dovuto essere curato) con l'atto originario. Sicché l'annullamento d'ufficio è espressione dello stesso potere che è stato esercitato in passato». M. ALÌ, *Osservazioni sull'annullamento di ufficio degli atti amministrativi*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1966, 554, sostiene che «l'interesse dell'amministrazione [perseguito con l'atto di annullamento] deve coincidere con l'interesse per il cui soddisfacimento era o doveva essere preordinato l'atto colpito dall'annullamento».

²⁹ Di opinione differente è F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 843 ss., la quale afferma che «La funzione protettiva dell'affidamento nell'ambito dell'autotutela potrebbe essere fatta salva andando alla radice del potere di annullamento ed ipotizzando che il carattere discrezionale del potere in questione sia dovuto proprio alla presenza dell'affidamento: senza di esso, l'amministrazione sarebbe tenuta ad eliminare gli atti illegittimi. Ma l'ipotesi del carattere necessitato dell'annullamento rimanda all'infruttuosa ricerca del fondamento giuridico di tale carattere ed è esclusa dalla premessa – comunemente accettata – che inquadra l'annullamento d'ufficio nella funzione di amministrazione attiva».

provvedimento³⁰, sia esso: (i) espressione della speciale potestà di autotutela; (ii) riedizione di quello stesso potere che si è, in un primo momento, manifestato attraverso l'emanazione del provvedimento illegittimo; (iii) manifestazione di una differente potestà, pur sempre di amministrazione attiva.

È, inverosimilmente, nel rapporto tra l'interesse pubblico specifico (che deve accompagnare quello al mero ripristino della legalità violata) e la situazione giuridica soggettiva che, quantunque illegale, si è coagulata attorno a una legittima aspettativa di chi è stato favorito da un provvedimento illegittimo³¹ che ha suscitato un'incolpevole affidamento³² che si realizza la corretta sintesi tra gli interessi (pubblici e privati) in gioco, attraverso l'esercizio di una pubblica potestà che, per inveterata tradizione³³ ma, ora, anche per rappresentazione normativa, si definisce come atto di discrezionalità amministrativa³⁴.

Si avvisa sin da subito (lo si spiegherà poi) che quell'indispensabile interesse pubblico non è l'obiettivo del provvedimento di autotutela decisoria (come lo intende Benvenuti con l'affermazione che «l'autotutela è sempre in funzione nell'interesse

³⁰ Come sostenuto da U. BALDI PAPINI, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 95, l'interesse pubblico «funge da correttivo alle eventuali iniquità a cui potrebbe dare luogo la imprescrittibilità naturale del potere ed il suo conseguente esercizio in ogni tempo». A DE VALLES, *Annullamento d'ufficio e interesse pubblico*, in *Foro it.*, 1950, III, 228, sostiene che, «mentre l'annullamento straordinario da parte del Governo è circondato da tali garanzie, e prima fra tutte il parere del Consiglio di Stato, da equivalere a quelle dell'azione giurisdizionale, l'annullamento da parte della stessa autorità che ha emanato il provvedimento non ne dà alcuna [sicché] l'unico limite alla possibilità di arbitri era stato posto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato appunto col richiedere l'esistenza di un interesse pubblico attuale e concreto».

³¹ Non si può condividere l'affermazione di M. NIGRO, *Questioni di giurisdizione in tema di legittimità di atti amministrativi di annullamento ex officio*, in *Foro it.*, 1951, I, 98: «non vedo in che modo l'interesse del destinatario alla conservazione del [provvedimento] possa trovare tutela e acquistare giuridica configurazione per effetto delle norme che disciplinavano in funzione dell'interesse generale l'esercizio della potestà di annullamento ... l'interesse del singolo ... funziona solo come elemento di fatto». Quale che fosse il fondamento di questa tesi ai tempi, l'affermazione ora contrasterebbe con il chiaro disposto dell'art. 21-nonies della legge n. 241/1990 che testualmente prevede che l'annullamento d'ufficio di un provvedimento illegittimo debba essere disposto tenendo conto degli «interessi dei destinatari e dei controinteressati».

³² F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio*, cit., precisa al proposito che «l'irrelevanza dello stato soggettivo del destinatario del provvedimento favorevole, che si registra nella giurisprudenza ... mal si concilia, invece, con la teorizzazione dell'affidamento come posizione soggettiva autonoma».

³³ In questo senso, già si esprimeva G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, cit., 151 ss. Vi sono, tuttavia, sempre state voci dissonanti in dottrina. Sosteneva l'obbligatorietà dell'annullamento d'ufficio, tra gli altri, V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, cit., 262, il quale riteneva che ciò dovesse essere sulla base di «quella norma fondamentale, derivante dalla nozione stessa di Stato giuridico, e che si sintetizza nel principio di legalità a cui deve informarsi la pubblica amministrazione». Ma queste isolate teoriche non hanno mai influenzato gli orientamenti giurisprudenziali. Sicché, pragmaticamente si è sostenuto che, quantunque la tesi del carattere vincolato della potestà di annullamento sia più conforme ai principi (quello di legalità, anzitutto), nondimeno appare «più realistica» la tesi della natura discrezionale del provvedimento di autotutela, affermandosi che, «pur se si considera pregevole la base teorica data dalla dottrina minoritaria alla propria tesi, si ritiene di condividere la posizione della dottrina dominante in quanto essa evidenzia la primaria finalità - si potrebbe dire la causa - dell'autotutela, cioè il compito soddisfacimento dell'interesse pubblico» (F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 133).

³⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 846 ss., rileva come la giurisprudenza, per lungo tempo, abbia evitato di riconoscere espressamente l'interesse alla conservazione dell'atto, tutelando questo interesse privato (verrebbe da dire, occasionalmente) nel perseguimento dell'interesse pubblico alla certezza del diritto. La prospettiva cambia negli anni '80, a partire dallo scritto fondamentale di F. MERUSI, *Buona fede*, cit.

dell'amministrazione³⁵), bensì è la giustificazione della prevalenza del principio di legalità comunitaria sul principio (di rilevanza comunitaria) di certezza del diritto, come esito di una valutazione impostata sul principio di proporzionalità (idoneità, necessità, adeguatezza)³⁶.

In questa prospettiva, è da ritenere che con riguardo ai provvedimenti che incidono negativamente sugli interessi dei destinatari non vi sia alcun affidamento da tutelare³⁷, com'è reso evidente dall'analitica disciplina dell'art. 48 della legge tedesca sul procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), che distingue gli atti amministrativi favorevoli («*begünstigender Verwaltungsakts*») dagli altri e impone una comparazione tra l'interesse pubblico al ritiro e il legittimo affidamento del privato solo con riguardo ai primi³⁸. Sicché, non essendovi, negli altri casi, la necessità della tutela di un incolpevole affidamento antagonista alla legalità, l'annullamento diviene, con riguardo agli atti sfavorevoli, doveroso, a garanzia dell'*effet utile* della norma UE. Ciò sempreché il provvedimento nel restringere le facoltà di un privato non abbia altresì ad ampliare quella di altri privati, emergendo altrimenti (alla presenza di un controinteressato), anche con riguardo ai provvedimenti sfavorevoli, un incolpevole affidamento da considerare nella valutazione comparativa del legittimo affidamento con l'obiettivo del ripristino della legalità³⁹.

Questo, in coerenza altresì con la proposta di codificazione del procedimento amministrativo europeo di cui al Codice ReNEUAL⁴⁰, positivamente valorizzata

³⁵ F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit.

³⁶ L. RAIMONDI, *Atti nazionali inoppugnabili*, cit., 778, sostiene che «il primato è enunciato con una formula che riconnette automaticamente all'avverarsi di un presupposto (il contrasto tra una fonte comunitaria ed una fonte interna) il determinarsi di una precisa conseguenza (la disapplicazione della fonte interna in favore di quella comunitaria) [sicché] Una regola del genere può essere o meno applicata, ma non si presta ad essere contemperata con principi generali del diritto». Ciò che è vero, nel rapporto tra le fonti, ma che tuttavia non può essere esteso a disciplinare la sorte di un atto amministrativo in contrasto con la norma comunitaria, a rendere il principio del primato (quale specificazione del principio di effettività) non ponderabile con altri fondamentali principi comunitari, come quelli di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento.

³⁷ F. MERUSI, *Buona fede*, cit., 97. È, invero a mio avviso, da escludere che la P.A. possa far valere un proprio interesse alla conservazione di un atto illegittimo, in pregiudizio del contrastante interesse del privato (cui quell'atto è rivolto) all'annullamento. Ciò salvo che il provvedimento nel restringere le facoltà di un privato abbia altresì ad ampliare quella di altri privati, emergendo altrimenti (alla presenza di un controinteressato), anche con riguardo ai provvedimenti sfavorevoli, un incolpevole affidamento da considerare nella valutazione comparativa del legittimo affidamento con l'obiettivo del ripristino della legalità.

³⁸ C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa, nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018, 187, scrive al proposito di una «*tutela ponderativa*».

³⁹ Si è, tuttavia, sostenuto che tra gli interessi dei privati coinvolti nella vicenda su cui si interviene in autotutela dovrebbe, piuttosto, esse privilegiato quello del destinatario dell'atto da annullare e che ha tratto vantaggio dal provvedimento illegittimo sulla cui stabilità ha fatto affidamento (G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo, L'attività*, Padova, 2005, 179). E, nella nostra prospettiva, questa precisazione è senz'altro da condividere.

⁴⁰ G. DELLA CANANEA, D.U. GALETTA (a cura di) *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, Napoli, 2016, 120, ove si legge (a commento degli artt. III-35 e III-36) che «[il] ritiro di una decisione può essere in conflitto con la tutela del legittimo affidamento e il principio di certezza del diritto. La tutela del legittimo affidamento è un principio generale del diritto dell'UE accettato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Ciò vale soprattutto in relazione a decisioni formali della Commissione. A questo proposito, la Corte di giustizia traccia una differenza tra decisioni legittime e illegittime e tra decisioni favorevoli o decisioni che conferiscono diritto o benefici analoghi, e decisioni sfavorevoli».

dal Parlamento europeo⁴¹, ove appunto si distingue tra il ritiro di atti legittimi e illegittimi, aventi effetti sfavorevoli e favorevoli, e si afferma con riguardo agli atti illegittimi pregiudizievoli la necessità di considerare gli effetti dell'atto di ritiro sui soggetti terzi, mentre con riguardo a quelli recanti benefici che si consideri la legittima aspettativa del soggetto che se ne avvantaggia, comparandola con gli effetti che l'atto di ritiro produce nei confronti dei soggetti terzi.

5.2. Segue: discrezionalità amministrativa vs buona fede

Non vi è, dunque, dubbio che l'annullamento d'ufficio sia un provvedimento discrezionale.

Così è per inveterata tradizione⁴² e, da ultimo, per chiaro precetto di legge.

Vi è, dunque, qui solo da indagare come si attegga nell'annullamento d'ufficio la discrezionalità, a definire l'ineludibile tensione tra la legge e il diritto⁴³, esteso quest'ultimo sino a ricomprendervi i principi e tra essi la buona fede⁴⁴ e la tutela del legittimo affidamento⁴⁵, quali espressioni del principio di certezza del diritto⁴⁶.

Si è affermato, al proposito, che risalgono alla rivoluzione francese *«le promesse*

⁴¹ Risoluzioni del Parlamento europeo 15/1/2013, recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto dell'Unione europea in materia di procedimenti amministrativi (2012/2024 (INL), e 9/6/2016, di proposta di regolamento per un'amministrazione dell'Unione europea aperta, efficace e indipendente (2016/2610 (RSP)), ove, con riguardo al tema di interesse si legge (al considerando n. 37) che *«Il principio di legalità, in quanto corollario dello Stato di diritto, impone all'amministrazione dell'Unione l'obbligo di rettificare o revocare gli atti amministrativi illegittimi. Tuttavia, considerato che la rettifica o la revoca di un atto amministrativo potrebbe essere in contrasto con la tutela dell'affidamento e il principio della certezza del diritto, l'amministrazione dell'Unione dovrebbe valutare in modo accurato e imparziale gli effetti della rettifica o della revoca sulle altre parti e includere le conclusioni di tale valutazione nella motivazione della rettifica o della revoca».*

⁴² In questo senso: G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, cit.; U. BALDI PAPINI, *L'annullamento d'ufficio*, cit.; E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento*, cit., 484 ss.

⁴³ P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2012, 562, afferma al proposito degli atti di ritiro l'esistenza di una tensione tra legalità e giustizia individuale.

⁴⁴ Si deve a F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, il definitivo superamento della tesi (risalente a E. GUICCIARDI, *Recensione a K.H. Schmidt, Treu und Glauben in Verwaltungsrecht*, in Arch. di dir. pubbl., 1936, 561 ss.) della incompatibilità del principio con la logica del pubblico interesse.

⁴⁵ Corte di giustizia, 3/5/1978, causa 112/77, *Töpfer*, ha statuito che *«il principio [del legittimo affidamento] è parte dell'ordinamento giuridico comunitario e la sua inosservanza costituirebbe ... «una violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativo alla sua applicazione» ...»*, rilevante ai fini di un ricorso di annullamento ex art. 263 TFUE. Al proposito della conformazione degli ordinamenti nazionali al principio del legittimo affidamento, si veda R. CARANTA, *La comunitarizzazione del diritto amministrativo: il caso della tutela del legittimo affidamento*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1996, 439 ss. In particolare, F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela*, cit., 425, sostiene che *«i sistemi europei coniano il legittimo affidamento, ovvero la legittimate expectation o ancora la confiance légitime (figlia o parente della sécurité juridique) alla stregua di categoria naturale del diritto non scritto».*

⁴⁶ D.U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in Dir. amm., 2008, 759, afferma che, nella prassi concreta dei tribunali amministrativi tedeschi, *«La tutela dell'affidamento rappresenta, cioè, la concretizzazione da una prospettiva di diritto soggettivo, del principio di certezza del diritto ed è posta a salvaguardia della pretesa del cittadino a mantenere od acquisire una situazione per lui favorevole».*

della convergenza tra autotutela e legalità e i germi della loro contrapposizione»⁴⁷. Ciò a rendere evidente come sia impossibile sottrarsi a questa dinamica antagonista tra i due cennati principi (legalità e certezza del diritto) che pure convergono ad affermare il primato della legge sulla amministrazione (anzi, a ben vedere, la certezza del diritto è una delle manifestazioni della legalità)⁴⁸. Donde, la soluzione è affidata alla loro sintesi, piuttosto che alla ricerca di un (inesistente) criterio di astratta prevalenza.

È, invero, qui centrale proprio il ruolo che la buona fede e la tutela del legittimo affidamento (principi ancillari a quello di certezza del diritto) assumono a contrastare il principio di legalità⁴⁹: perché in tanto si può sostenere un interesse qualificato di un cittadino a conservare una situazione in contrasto con la legge, in quanto si possa richiamare a regolare il contrasto un principio (la buona fede) di valore quantomeno pari a quello di legalità⁵⁰.

È questo il problema bene rappresentato dal principio codificato dalla Costituzione tedesca, ove è espressamente affermato che: «La legislazione è vincolata all'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e la giurisdizione sono vincolati alla legge e al diritto»⁵¹.

Questo, a evitare che si realizzi il paradosso di un «*summum ius summa iniuria*», dovendosi quindi coniugare la legalità con i principi, a scongiurare, appunto, che la rigorosa applicazione della legge si traduca in una ingiustizia sostanziale, come sarebbe, in effetti, là dove si volesse spingere la necessità del ripristino della legalità violata sino a infrangere le ragioni del legittimo affidamento.

Ciò che, peraltro, esprime un principio, a ben vedere, scritto tra le righe di ogni costituzione europea e ineludibile nell'ordinamento comunitario, ove campeggia in primo piano il principio di tutela del legittimo affidamento (dal quale si ritrae la buona fede soggettiva a contrastare, appunto, la stretta legalità)⁵².

Si è, per vero, avversata questa teorica, intesa a conformare dall'esterno la discrezionalità con l'obbligo di buona fede, sul rilievo che la comparazione tra gli interessi pubblici e privati (e tra essi, dunque, anche quello alla conservazione del provvedimento illegittimo) altro non sia che la stessa discrezionalità, e quindi l'annullamento d'ufficio si giustifichi esclusivamente con il richiamo ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa⁵³, esclu-

⁴⁷ B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, cit., 9.

⁴⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale D. Ruiz-Jarabo Colomer nella causa C-310/97.

⁴⁹ F. MERUSI, *Buona fede*, cit., 142 ss.

⁵⁰ M. NIGRO, *Questioni di giurisdizione*, cit., 199, nella differente prospettiva del solo principio di legalità, a commento di una sentenza su di un provvedimento di annullamento d'ufficio di un'assegnazione illegittima, affermava: «non vedo in che modo l'interesse del destinatario alla conservazione dell'unità federale ... possa trovare tutela e acquistare giuridica configurazione per effetto delle norme che disciplinavano in funzione dell'interesse generale l'esercizio della potestà di annullamento».

⁵¹ Così Part. 20 della *Grundgesetz* tedesca: «Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden».

⁵² Corte di giustizia, 3/5/1978, causa 112/77, *Topfer*, ha affermato che «il principio in questione fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario e la sua inosservanza costituirebbe [ai sensi dell'art. 263 TFUE] una violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione».

⁵³ A. MANTERO, *Tutela delle situazioni giuridiche dei privati nei procedimenti amministrativi relativi a rapporti costituiti*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1978, 1368 ss.

dendo comunque che vi possa essere un affidamento tutelabile all'esterno della corretta valutazione discrezionale degli interessi coinvolti nell'esercizio di una pubblica potestà⁵⁴.

Ma, che l'annullamento d'ufficio sia provvedimento di amministrazione attiva piuttosto che atto di autotutela, e, ancora, che l'interesse del privato sia antitetico alla scelta emersa dalla corretta valutazione discrezionale degli interessi in gioco (la buona fede intesa a conformare dall'esterno la scelta amministrativa) o piuttosto l'interesse alla conservazione dell'atto illegittimo sia uno degli interessi da valutare in concorrenza con gli altri al fine di individuare la scelta migliore nella prospettiva del migliore perseguimento dell'interesse pubblico, nel rispetto dei principi che informano il corretto esercizio di una pubblica potestà (e, dunque, tra essi, quello di proporzionalità, che già di per sé esclude non necessarie delusioni delle aspettative del privato coinvolto nell'esercizio del potere), poco rileva ai nostri fini.

5.3. Segue: opportunità vs doverosità.

Quale che sia la teorica cui si voglia aderire, è indubitabile che l'annullamento d'ufficio consegue sempre a *«una necessaria ponderazione, regolata dal principio logico di proporzionalità, fra l'interesse dell'amministrazione all'annullamento ... e l'interesse rappresentato dalla situazione di vantaggio generale a favore del destinatario»*⁵⁵.

Del resto, così è, oramai, per definizione normativa: l'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990, invero, statuisce che l'annullamento d'ufficio può essere disposto *«sussistendone le ragioni di interesse pubblico ... e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati»*.

Si discute, semmai, della latitudine di quella discrezionalità.

Secondo taluno, infatti, l'annullamento d'ufficio conseguirebbe a valutazioni di mera opportunità e, perciò, l'individuazione dell'interesse pubblico idoneo a giustificarlo appartarrebbe al merito amministrativo⁵⁶; in tal modo contrastandosi la tesi di chi (volendo l'annullamento quale espressione di amministrazione attiva in continuità con l'esercizio originario del potere⁵⁷) lo giustifica, invece, con riguardo a

⁵⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 857, sostiene appunto che *«L'affidamento introdurrebbe dunque un nuovo interesse - quello del destinatario dell'atto favorevole - tra quelli che devono essere soppesati per l'assunzione della decisione circa l'annullamento»*.

⁵⁵ F. MERUSI, *Buona fede*, cit., 142, il quale giunge a questa conclusione partendo dal presupposto che *«l'interesse curato dalla pubblica amministrazione nell'esercizio del potere di annullamento non è il ripristino della legalità violata, ma l'interesse individuato dalla norma in base al quale è stato emesso l'atto viziato»*.

⁵⁶ E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento*, cit., 489.

⁵⁷ F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, cit., 5, sostiene che *«l'introduzione [con l'art. 6 della legge n. 124/2015] di un termine certo e breve per l'esercizio del potere di autotutela decisoria assume una valenza sistematica che non può essere ignorata dall'interprete nel momento in cui rende dubbia la possibilità di spiegare l'autotutela decisoria come un potere generale della pubblica amministrazione, che in quanto tale non necessiterebbe di una espressa attribuzione normativa; spiegazione fondata sul presupposto della immanenza ed inesauribilità del potere di una pubblica amministrazione di curare l'interesse pubblico»*. In questo modo, l'A. conclude che, per l'effetto della novella, dovrebbe ritenersi che l'autotutela decisoria, al pari di quella esecutiva, sia ora conformata al

quello stesso interesse pubblico (individuato dal legislatore) sotteso al provvedimento annullato e, quindi, rimette la scelta alla valutazione comparativa di quell'interesse pubblico con gli altri coinvolti, sin dall'inizio, nell'esercizio del potere⁵⁸.

In entrambe le prospettive (che si persegua con l'annullamento d'ufficio l'interesse pubblico originario o uno nuovo), si tratta, comunque, di una scelta senz'altro discrezionale; muta, semmai, la latitudine di quella discrezionalità.

La giurisprudenza ha, nondimeno, individuato talune ipotesi, nelle quali l'annullamento d'ufficio diviene doveroso⁵⁹, ma meglio sarebbe dire, necessitato⁶⁰ o vincolato⁶¹, perché conseguirebbe inevitabilmente al riscontro dell'illegittimità dell'atto⁶², inducendo taluno ad assimilare l'annullamento doveroso all'esercizio di una funzione di controllo⁶³.

Ciò nella ricorrenza di particolari vicende, nelle quali si ritiene che l'interesse pubblico all'autotutela sia «*in re ipsa*»⁶⁴.

Questo, quando: (i) il destinatario del provvedimento non sia in buona fede, avendo egli piuttosto tratto in inganno la P.A. con una falsa rappresentazione della

principio di legalità, e quindi non sia più espressione generale delle prerogative dei pubblici poteri, bensì esercitabile solo nei casi espressamente previsti dal legislatore. Alla stessa conclusione giunge anche L. CONTI, *L'autotutela decisoria alla luce del nuovo art. 21 nonies*, in www.giustamm.it, 2020. Personalmente, ritengo che l'enfasi posta sul termine («*non superiore a diciotto mesi*») per l'esercizio dell'annullamento d'ufficio sia eccessiva. Mi pare che l'introduzione di un termine per l'annullamento d'ufficio (piuttosto che contraddire l'esistenza, quale caratteristica immanente di un pubblico potere, dello *ius poenitendi* della P.A.) possa agevolmente spiegarsi con riferimento alla necessità di segnare un limite alla sintesi (come vedremo) secondo il principio di proporzionalità degli antagonisti principi di certezza del diritto e di legalità (oltre quel termine vi è una presunzione *iuris et de iure* di inadeguatezza dell'atto di ritiro), volendosi dare una definizione (certo superflua) del limite (di un «*termine ragionevole*») oltre il quale il primo prevale senz'altro.

⁵⁸ A. CONTIERI, *Il riesame*, cit., 73.

⁵⁹ L'espressione è ambigua, perché talvolta è intesa quale obbligo di annullare l'atto illegittimo e altre volte come mero obbligo di procedere su istanza di un privato. In questo senso, G. MANFREDI, in *Annullamento doveroso?*, in P.A., 2017, 385.

⁶⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 843 ss., che ricorda come, a rigore, ogni potere amministrativo sia doveroso, così che a ritenere diversamente che l'annullamento sia facoltativo bisognerebbe escludere la qualificazione dell'annullamento d'ufficio come atto di amministrazione attiva (come ella ritiene). Sulla doverosità dei poteri amministrativi, con rilievi di carattere generale, S. TUCILIO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016.

⁶¹ G. MANFREDI, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 321, sostiene che «*sarebbe preferibile continuare a parlare di annullamento d'ufficio vincolato, o, magari, di annullamento obbligatorio, come lo definiva la dottrina meno recente*». A TRAVI, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro. it.*, 2011, 298, ritiene, invece, che sia improprio parlare di attività vincolata, giacché la casistica giurisprudenziale in tema di annullamento d'ufficio doveroso riguarda, invece, casi nei quali vi è pur sempre da valutare un interesse pubblico, sia pure non comparabile con altri interessi secondari da contemperare con esso, che nella specifica fattispecie non emergono.

⁶² S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico*, cit., 1245 ss., riferisce esaurientemente sulla casistica giurisprudenziale di annullamento doveroso.

⁶³ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2002, 488.

⁶⁴ C. NAPOLITANO, *Riflessioni sull'autotutela nel diritto procedimentale europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1531 ss., sostiene che nelle «*ipotesi puntuali e oramai tipizzate dal formante giurisprudenziale nelle quali, in realtà, i giudici ritengono l'interesse pubblico ... in re ipsa ... l'interesse pubblico all'annullamento non scompare, ma s'identifica con quello tutelato dalla norma violata*».

realtà⁶⁵; (ii) sia decorso un breve lasso di tempo dall'adozione del provvedimento che si intende annullare⁶⁶; (iii) l'oggetto dell'annullamento d'ufficio sia un provvedimento non definitivo⁶⁷.

A ben vedere queste ipotesi che (nell'improprio richiamo a un c.d. interesse pubblico *in re ipsa*) sono definite di annullamento doveroso sono piuttosto sempre fattispecie di esercizio discrezionale della potestà di autotutela, caratterizzate, semmai, dal fatto che il confronto comparativo tra l'interesse pubblico all'annullamento e l'interesse privato alla stabilità del rapporto è qui reso più semplice dal fatto che, in queste ipotesi, la tutela del legittimo affidamento è irrilevante⁶⁸.

Si è ritenuto da taluno doveroso l'annullamento d'ufficio che interviene su di un atto vincolato.

Ma così non è, perché anche il provvedimento vincolato è suscettibile di generare affidamenti degni di tutela, atti a rendere l'atto illegittimo insuscettibile di un ripensamento da parte della P.A., quantunque nel ripristino della legalità violata. E, infatti, la giurisprudenza è costante nell'affermare che l'autotutela è discrezionale anche quando interviene su di un atto di carattere vincolato⁶⁹.

La doverosità dell'atto di autotutela s'impone, secondo altri, là dove emergano nella vicenda interessi sensibili, espressione di valori preminenti dell'ordinamento,

⁶⁵ T.A.R. Lombardia-Brescia, Sez. II, 15/1/2013, n. 18. S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015, 83, sostiene che sia errato sostenere, al proposito, la doverosità dell'annullamento d'ufficio, dovendosi piuttosto ritenersi in tal modo assolta la valutazione discrezionale sottesa al *quomodo* (l'interesse pubblico è qui sicuramente prevalente rispetto a quello del privato) ma essendo sempre consentito alla P.A. di autonomamente (discrezionalmente) determinarsi sull'*an*, potendo comunque essa preferire la stabilità del provvedimento illegittimo nel perseguimento di un interesse pubblico, ancorché ciò consenta a un soggetto in malafede di profittarne.

⁶⁶ T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. III, sentenza 1/3/2011, n. 585. G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in Atti del XLVIII Convegno di studi amministrativi, "Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa", Milano, 2003, 209 ss., ritiene che la situazione di affidamento prescinda dal trascorrere del tempo e che invece sorga nell'immediatezza dell'emanazione del provvedimento. Ed è senz'altro così, perché il fattore tempo non è certo elemento costitutivo di una *legitimate expectation*. Non vi è dubbio, però, che «il passaggio del tempo è un fattore che rafforza e ispessisce la convinzione della spettanza del bene della vita» (F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela*, cit., 427) e, peraltro, «il compimento di una parte significativa delle attività richieste dal provvedimento si rivela sintomatico di una fiducia riposta dal destinatario dell'atto nella stabilità del medesimo» (A. ARDITO, *Autotutela, affidamento e concorrenza*, in Dir. Amm., 2008, 654). Sicché, il passaggio del tempo irrobustisce, indubitabilmente, il legittimo affidamento, sotto il profilo oggettivo e soggettivo.

⁶⁷ Consiglio di Stato, Sez. IV, 7/11/2002, n. 6113.

⁶⁸ S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico*, cit., 1260, sostiene al proposito che in simili casi «il legittimo affidamento del privato nella prosecuzione del rapporto con il soggetto pubblico manca o è affievolito al punto tale da non avere rilevanza giuridica, almeno non nel contemperamento degli interessi». Altro è dirsi (G. MANTFREDI, in *Annullamento doveroso?*, cit., 392) che in questi casi «l'interesse pubblico specifico ad annullare ... risulta talmente rilevante da prevalere sempre e comunque su tutti gli altri interessi coinvolti [cioè] che dunque rende superflua ogni forma di ponderazione». Se può, invero, convenirsi sul fatto che talvolta l'interesse alla conservazione dell'atto sia giuridicamente irrilevante (com'è quando il destinatario dell'atto è in malafede), altro è invece affermare che vi siano ipotesi in cui la tutela del legittimo affidamento è destinata comunque a soccombere rispetto a un interesse pubblico talmente rilevante in astratto da essere insuscettibile di una comparazione in concreto con l'antagonista interesse del privato.

⁶⁹ Consiglio di Stato, Sez. VI, 16/12/2008, n. 6234.

com'è, per quelli ambientali, paesaggistici, della salute e della pubblica sicurezza, che già sottostanno a un regime amministrativo diverso da quello generale⁷⁰.

Sicché, anche in questo ambito, si è talvolta affermato che l'interesse pubblico all'annullamento del provvedimento lesivo di quegli speciali interessi pubblici sia *in re ipsa*⁷¹.

In realtà, qui come altrove (com'è nella tutela risarcitoria), l'affermazione dell'esistenza di un elemento della fattispecie a prescindere dalla sua dimostrazione (com'è per il danno *in re ipsa*) è semplicemente un deprecabile artificio argomentativo a semplificare l'onere motivazionale, ma non può neanche espungere dalla fattispecie quel suo elemento che è dato per sussistente (sia pure senza dimostrarlo)⁷².

Ciò che è reso evidente (con riguardo alla tutela risarcitoria) con il definitivo abbandono della teorica del c.d. «*danno in re ipsa*» con le celeberrime sentenze della Corte di cassazione di San Martino⁷³.

Perciò, anche nella vicenda di nostro interesse (l'annullamento d'ufficio a tutela di interessi sensibili) il richiamo a un interesse pubblico *in re ipsa* null'altro è che un disimpegno del giudice rispetto al suo obbligo (costituzionale) di motivare il provvedimento giurisdizionale⁷⁴.

Una prassi anomala che, dunque, non può assurgere a teorica dell'annullamento d'ufficio.

Altri ancora configurano come doveroso l'annullamento d'ufficio ogniqualvolta vi sia da evitare un esborso di danaro da parte della P.A.⁷⁵.

⁷⁰ S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 98. Di contro, F. V. VIRZÌ, *La doverosità del potere d'annullamento d'ufficio*, in www.federalismi.it, 2018, 24, sostiene che «Gli indici normativi offerti dall'ordinamento giuridico, in definitiva, consentono di affermare che gli interessi pubblici alla tutela dell'ambiente, del paesaggio e del territorio, pur assumendo una certa preminenza all'interno del dettato costituzionale, della disciplina generale sul procedimento e delle discipline settoriali, e pur potendo essere considerati, per tale ragione, come particolarmente sensibili, non possono essere per ciò solo ritenuti necessariamente prevalenti rispetto all'interesse privato contrapposto».

⁷¹ Consiglio di Stato, Sez. VI, 4/9/2006, n. 5096.

⁷² Consiglio di Stato, Ad. plen., 17/10/2017, n. 7, che è di recente intervenuta in argomento a risolvere un contrasto giurisprudenziale con riguardo a una particolare fattispecie ove sono coinvolti i cennati interessi sensibili (l'annullamento di titoli edilizi), affermando che «le generali categorie di annullamento ex officio di atti amministrativi illegittimi trovano applicazione (in assenza di indici normativi in senso contrario) anche nel caso di ritiro di titoli edilizi in sanatoria illegittimamente rilasciati, non potendosi postulare in via generale e indifferenziata un interesse pubblico *in re ipsa* alla rimozione di tali atti», osservando che «Una cosa è infatti la tendenziale prevalenza dell'interesse pubblico al ripristino dell'ordine giuridico rispetto agli altri interessi rilevanti; ben altra cosa è la radicale pretermissione, anche ai fini motivazionali, di tali ulteriori circostanze attraverso una loro innaturale espunzione dalla fattispecie».

⁷³ Corte di cassazione, Sez. un., 11/11/2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975.

⁷⁴ G. MANFREDI, in *Annullamento doveroso?*, cit., 392, sostiene che si tratta, semmai, di ipotesi di «*dequotazione della motivazione*», che si può agevolmente spiegare col fatto che «La pigrizia dei funzionari spesso faceva sì che le amministrazioni si limitassero a motivare solo in ordine alla sussistenza di un determinato interesse ad annullare, senza far cenno alle ragioni per cui esso prevale sugli altri interessi, e i giudici omettevano di censurare i vizi attinenti la motivazione formale perché ritenevano corretta la motivazione materiale, ossia perché ritenevano fondate le (supposte) ragioni effettive della decisione amministrativa».

⁷⁵ Consiglio di Stato, Sez. IV, 2/11/2004, n. 7072, afferma che «Costituisce un principio ormai consolidato quello secondo cui l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti che comportano l'illegittimo esborso di pubblico denaro non richiede una specifica valutazione sull'interesse pubblico, dal momento che la sua sussistenza si considera *in re ipsa*». In

Si tratta di vicende nelle quali vi sono state ingiustificate erogazioni di danaro pubblico ai privati o l'attribuzione di determinati *status* da cui consegue un impegno di spesa continuativo⁷⁶, e rispetto alle quali si è ritenuto recessiva la disciplina dell'annullamento d'ufficio di cui all'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990 rispetto a quella relativa alla ripetizione dell'indebito oggettivo ex art. 2033 c.c.⁷⁷.

In questo ambito era, peraltro, intervenuta persino una norma specifica (l'art. 1, comma 136, della legge n. 311/2004⁷⁸) a tenore della quale «*al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento d'ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso*».

Ciò che peraltro (nel richiamo alla mera possibilità dell'atto di autotutela: «*può sempre essere disposto*»⁷⁹) induceva, semmai, a escludere, anche in questo ambito, la doverosità dell'annullamento d'ufficio^{80 81}.

Da ultimo, il legislatore ha configurato un obbligo di autotutela, con riguardo al procedimento per danno erariale, prevedendo all'art. 52 del codice della giustizia

argomento, G. BARONE, *L'autotutela a presidio del denaro pubblico. Consiglio per un uso ragionevole*, in www.giustamm.it, 2007. In questo senso, potrebbe altresì valorizzarsi il disposto dell'art. 52 del d.lgs. n.174/2016, a mente del quale «*Resta fermo l'obbligo per la pubblica amministrazione denunciante di porre in essere tutte le iniziative necessarie a evitare l'aggravamento del danno, intervenendo ove possibile in via di autotutela o comunque adottando gli atti amministrativi necessari a evitare la continuazione dell'illecito e a determinarne la cessazione*». Proprio in ragione della necessità di evitare inutili esborsi di danaro, si è ritenuta (Consiglio di Stato, Sez. VI, 18/4/1996 n. 447) la doverosità dell'annullamento d'ufficio di atti in contrasto con norme UE, con la spiegazione che, in simili casi, «*l'interesse pubblico, di elementare evidenza, consiste non già nella semplice restaurazione dell'ordinamento violato, ma nello scongiurare una condanna futura*».

⁷⁶ In questo senso, tra le tante, Consiglio di Stato, V, 22/3/2010, n. 167: «*l'interesse pubblico all'annullamento d'ufficio dell'illegittimo inquadramento di un pubblico dipendente è in re ipsa e non richiede specifica motivazione, in quanto l'atto oggetto di autotutela produce un danno per l'amministrazione consistente nell'esborso di denaro pubblico senza titolo, con vantaggio ingiustificato per il dipendente, né in tali casi rileva il tempo trascorso dalla emanazione del provvedimento di recupero dell'indebito*».

⁷⁷ Consiglio di Stato, Sez. III, 28/11/2011, n. 6278.

⁷⁸ La disposizione è stata abrogata dall'art. 6, comma 2, della legge n. 124/2015.

⁷⁹ In questo senso, Consiglio di Stato, Sez. VI, 27/7/2009, n. 5621, ove appunto si afferma: «*come reso evidente al termine può che precede la scelta di disporre dell'annullamento d'ufficio, [la legge n. 311/2004] non fa venire la natura ampiamente discrezionale di detta potestà che non può essere resa coercibile ad iniziativa del destinatario del provvedimento o di un terzo interessato*». F. GOISIS, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 450, afferma a commento di questa pronuncia che «*La giurisprudenza ha offerta della norma un'interpretazione tendenzialmente restrittiva, se non addirittura abrogatrice [ma] Tale lettura non convince. Al contrario, l'uso del termine "può" sembra semplicemente valere ad indicare l'attribuzione di un potere; il quale (e qui sta la novità) non è condizionato (secondo quanto invece normalmente avviene) al riscontro di un interesse pubblico diverso ed ulteriore rispetto a quello alla salvaguardia della legittimità, laddove l'amministrazione sia esposta a oneri economici in ragione dell'illegittimità*».

⁸⁰ In questo senso, il Ministero della funzione pubblica con la direttiva 17/10/2005 aveva chiarito che «*la portata delle disposizioni contenute dal comma 136 dell'articolo 1 della legge n. 311/2004 può essere chiarita alla luce delle disposizioni della legge n. 15/2005 che hanno disciplinato in via generale [l'annullamento] d'ufficio*». Su di essa si rinvia a D.U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, in V. CERULLI IRELLI, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 396 ss.

⁸¹ Il legislatore negli anni '90 aveva previsto un'ipotesi di autotutela vincolata. L'art. 6 della legge n. 127/1997 prevedeva, infatti, che «*Entro e non oltre tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge gli enti locali sono tenuti ad annullare i provvedimenti di inquadramento del personale adottati in modo difforme dalle disposizioni del D.P.R. 25/6/1983 n. 347*». Si trattava, tuttavia, di fattispecie del tutto particolare, sicché la dottrina la definì «*autotutela impropria*» (F.G. SCOCA, *Un'ipotesi di autotutela impropria*, in *Giur. cost.*, 2000, 810 ss.).

contabile (d.lgs. n. 174/2016) che «*Resta fermo l'obbligo per la pubblica amministrazione denunciante di porre in essere tutte le iniziative necessarie a evitare l'aggravamento del danno, intervenendo ove possibile in via di autotutela o comunque adottando gli atti amministrativi necessari a evitare la continuazione dell'illecito e a determinarne la cessazione*».

Ma anche qui è da escludere che la norma (in effetti, la piana applicazione del principio codificato nell'art. 1227, comma 2, c.c., che esclude il risarcimento del danno che il danneggiato «*avrebbe potuto evitare*») abbia reso doveroso l'annullamento d'ufficio, costituendo l'iniziativa di emenda semmai un onere (al fine di esercitare il diritto risarcitorio)⁸², l'adempimento del quale è subordinato alla fattibilità dell'intervento di autotutela («*ove possibile*») secondo gli ordinari principi che presiedono al suo esercizio (la discrezionale comparazione degli interessi in gioco, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990).

Si è, poi, sostenuta la doverosità dell'atto di autotutela, ogniqualvolta l'invalidità del provvedimento sia stata dichiarata con atto inoppugnabile (una sentenza del giudice ordinario che abbia affermato l'illegittimità dell'atto amministrativo agli effetti dell'art. 4 dell'Allegato E della legge n. 2248/1865, l'annullamento in sede giurisdizionale o amministrativa di atti presupposti, l'esito negativo di un procedimento di controllo)⁸³.

Ma si è al proposito obiettato che in questi casi non viene meno la valutazione discrezionale, bensì essa si caratterizza per il fatto che, in simili vicende, l'interesse pubblico non serve a giustificare l'annullamento, bensì, semmai, a evitarlo⁸⁴.

In sintesi, nessuna delle ipotesi descritte dalla giurisprudenza e dalla dottrina come di annullamento d'ufficio doveroso sfugge alla ineludibile caratteristica dell'istituto dell'essere atto di discrezionalità amministrativa.

Nondimeno, in questi casi la discrezionalità, indubbiamente, si atteggia in modo particolare, talvolta elidendo sino quasi ad annullare (mai però per intero) il margine di scelta della P.A., impostato sulla valutazione comparativa (secondo il principio di proporzionalità) degli interessi coinvolti nell'esercizio della potestà di autotutela decisoria.

Quantunque, come vedremo, l'autotutela conformata all'effetto utile dell'effetto diretto delle norme UE sia caratterizzata da una discrezionalità (che si definirà come orientata) a valorizzare l'interesse pubblico esclusivamente in chiave demolitoria (essendo la conservazione piuttosto la conseguenza della valorizzazione dell'interesse del privato, antagonista a quello pubblico, in misura comparativamente superiore), così da doversi escludere un rifiuto dell'annullamento giustificato (anziché dalla prevalenza della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento) da un prevalente interesse pubblico alla conservazione dell'atto illegit-

⁸² C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in Commentario SCIALOJA-BRANCA, Bologna, 1979, 426.

⁸³ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, I, 494 ss., V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2006, 498 s., R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 633.

⁸⁴ G. MANFREDI, *Doverosità dell'annullamento*, cit., 322.

timo, l'argomento è utile a evidenziare che non si tratta, in questi casi, di escludere la discrezionalità, bensì di ridurla entro più ristretti limiti valutativi.

Eppure, altra ipotesi di annullamento doveroso (obbligato, vincolato o necessitato, che dir si voglia) è stato rinvenuto da parte della dottrina⁸⁵ e della giurisprudenza⁸⁶ proprio nell'annullamento di provvedimenti contrastanti con le norme comunitarie.

Ma – come si dirà – non esiste nella giurisprudenza della Corte di giustizia alcun appiglio a giustificare questo arbitrario assunto. Non è proprio il caso di dire che «*lo squarcio della legalità comunitaria, che è interesse supremo, “azzerava” la discrezionalità, rendendo l'annullamento doveroso*»⁸⁷. E, anzi, proprio la giurisprudenza comunitaria esclude la possibilità di interpretare le disposizioni nazionali nel senso della doverosità dell'annullamento⁸⁸, da taluno invocata (al proposito degli atti comunitari) con riguardo al disposto dell'art. 43 della legge n. 234/2012, là dove si impone agli enti pubblici di adottare «*ogni misura necessaria a porre tempestivamente rimedio alle violazioni, loro imputabili, degli obblighi derivanti dalla normativa dell'Unione europea*»⁸⁹.

In conclusione, è dunque da escludere che esistano, nel diritto interno, fattispecie di annullamento d'ufficio doveroso⁹⁰, attecchendosi sempre l'atto di autotutela come provvedimento discrezionale, sia pure con diversi gradienti di discrezionalità in funzione del differente grado di rilevanza costituzionale degli interessi pubblici a

⁸⁵ In questo senso: C. NAPOLITANO, *Riflessioni sull'autotutela*, cit., 1531 ss.; M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano 2012, 361 ss.; M. SINISI, *La doverosità dell'esercizio del potere di autotutela in presenza di un atto amministrativo contrastante con regolamenti comunitari*, in Foro amm. TAR, 2007, 3265 ss. In particolare, G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, cit., 689 ss., sostiene che «*Ragionando diversamente averrebbe che, dopo aver affermato la prevalenza della normativa comunitaria, ce ne si potrebbe discostare emanando atti amministrativi con questa contrastanti, che rimarrebbero in vita per proteggere “l'affidamento” o “salvaguardare le situazioni consolidate”...*».

⁸⁶ Consiglio di Stato, Sez. IV, 18/1/1996 n. 54 e Consiglio di Stato, Sez. V, 22/6/1998 n. 918. G. MASSARI, *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2014, 643, dà contezza della incertezza della giurisprudenza del Consiglio di Stato sulla questione, «*Basti pensare all'andamento altalenante del Consiglio di Stato nel corso di dieci anni, a partire dalla decisione del 1996, che riconosceva la doverosità dell'annullamento ex officio per anticomunitarietà dell'atto, fino ad arrivare a una sentenza del 2006, che categoricamente la negava, passando per altri due pronunciamenti di segno opposto tra loro*».

⁸⁷ G. MASSARI, *L'atto amministrativo antieuropeo*, cit., 673.

⁸⁸ C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa, nuovi paradigmi*, cit., 118, pur aderendo alla teorica della doverosità dell'annullamento d'ufficio dell'atto anticomunitario, evidenzia, tuttavia, che questa conclusione «*genera però una distonia difficilmente componibile. Infatti, per un verso afferma e consolida il primato di una legalità europea; trascura tuttavia, per l'altro, la rilevanza che lo stesso diritto europeo annette a un altro principio fondamentale, quello del legittimo affidamento*».

⁸⁹ Argomento questo sostenuto da F. GOISIS, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 453, con riferimento all'analogo disposto dell'art. 16 bis della legge n.11/2005.

⁹⁰ L'unica fattispecie di annullamento vincolato era quella prevista dall'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016, che appunto prevedeva che «*Qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara, invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni*». In questo senso era stata intesa dalla gran parte della dottrina. Così, tra gli altri, da F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in Dir. proc. amm., 2017, 429. La norma (assai criticata) è però stata abrogata dalla novella del 2017.

tutela dei quali quell'atto interviene⁹¹, potendosi al più immaginare che, in particolari vicende, vi sia una presunzione (relativa) della ricorrenza di un interesse pubblico alla rimozione del provvedimento amministrativo prevalente rispetto a quello che spinge per la sua conservazione⁹².

In questo quadro è senz'altro originale l'approccio del TRGA Trento⁹³ ⁹⁴, che, partendo dal presupposto della discrezionalità dell'atto di autotutela come regola astratta, giunge, nondimeno, a escluderla nel caso concreto, nell'affermazione della doverosità dell'annullamento d'ufficio ogniqualvolta il mantenimento del provvedimento amministrativo sia «*assolutamente insopportabile*». Ciò nell'applicazione diretta (che non è consentito di fare) di una norma dell'ordinamento tedesco (l'art. 48 della *Verwaltungsverfahrensgesetz*) che, appunto, impone l'annullamento di un atto illegittimo quando l'alternativa sia «*schlechtbinunerträglich*».

Ma si tratta di conclusione che, per quanto intrigante, è dogmaticamente errata: giacché – come ben sappiamo – la contaminazione orizzontale tra gli ordinamenti è consentita solo attraverso l'esercizio della funzione nomofilattica della Corte di giustizia. Dimodoché, la norma nazionale può, eventualmente, concorrere a formare un principio UE, e questo una volta dichiarato dal giudice comunitario⁹⁵ ⁹⁶ a valere quindi come principio cogente (primato) può conformare la norma nazionale e finanche sostituirsi a essa (disapplicazione), solo in tal modo realizzandosi il passaggio di una norma nazionale (meglio, il principio a essa sotteso) da un ordinamento all'altro.

In sintesi: non vi sono nel nostro ordinamento fattispecie di annullamento doveroso.

⁹¹ G. MANFREDI, *Doverosità dell'annullamento*, cit., 323, sostiene che nella stragrande maggioranza delle ipotesi di c.d. annullamento doveroso «*sembrano scontare una certa dose di empirismo: leggendo le pronunzie ascrivibili ai relativi filoni giurisprudenziali pare intendersi che i giudici per lo più non hanno voluto affermare che in questi casi la pubblica amministrazione è senz'altro obbligata a procedere all'annullamento, ossia che il potere di annullamento è vincolato nell'an (beninteso in astratto), quanto piuttosto che qui si ravvisa un qualche interesse pubblico specifico ad annullare talmente rilevante da prevalere senz'altro sugli interessi dei privati*».

⁹² A. CASSATELLA, *Una nuova ipotesi di annullamento doveroso?*, nota a TRGA Trento, I, 16 dicembre 2009, n. 305, in Foro amm. TAR, 2010, 824.

⁹³ TRGA Trento, I, 16/12/2009, n. 305.

⁹⁴ C. NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, in Foro amm. CDS, 2946 ss., sostiene che la sentenza «*ha dalla sua il pregio di rafforzare la componente giustiziale dell'autotutela amministrativa, più rispettosa del principio di legalità*». A. CASSATELLA, *Una nuova ipotesi di annullamento doveroso?*, cit., 827, afferma che «*il modo attraverso cui il giudice è arrivato a tali conclusioni [è] frutto del "trapianto" di una soluzione giuridica tedesca (Reduzierung auf Null della discrezionalità amministrativa a fronte di provvedimenti schlechtbin unerträglich), mediata attraverso il richiamo della giurisprudenza comunitaria*». Sennonché, il problema, è qui proprio il fatto che non vi è quella mediazione della Corte di giustizia, indispensabile a consentire lo *spill over* tra ordinamenti. Non è, invero, sufficiente (pretendere di) individuare («*in maniera del tutto autonoma*») un'assonanza tra un principio espresso dalla giurisprudenza comunitaria e una norma procedimentale nazionale per consentirne il travaso orizzontale tra due distinti ordinamenti nazionali.

⁹⁵ J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, 2013, 544.

⁹⁶ In effetti, il TRGA Trento ha illustrato il suo richiamo al principio elaborato dalla giurisprudenza tedesca nel riferimento a una pronuncia della Corte di giustizia (sentenza 19/9/2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, *i-21*). Ma non è sufficiente l'affermazione della compatibilità di un istituto nazionale con la norma e i principi UE a definire quell'istituto quale espressione di un principio generale dell'ordinamento comunitario, suscettibile d'essere esportato negli altri ordinamenti per l'effetto dell'osmosi definita dallo *spill-over*.

Altro è a dirsi con riguardo alla doverosità intesa (non già quale obbligo di annullare l'atto illegittimo ma) piuttosto come obbligo di provvedere⁹⁷ sull'istanza di autotutela proveniente dal privato, eventualmente anche per respingerla⁹⁸.

L'obbligo di provvedere sull'istanza del privato, in effetti, parrebbe coerente con i principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.⁹⁹.

Donde, la necessità, quantomeno, di procedere a una sommaria deliberazione sulla richiesta di riesame¹⁰⁰.

Questo anche in ragione di quanto ora disposto dall'art. 21-*nonies* della legge n.

⁹⁷ M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande inammissibili o manifestamente infondate*, in *Dir. amm.*, 2010, 125, attribuisce al sintagma «obbligo di provvedere» tre differenti significati: (i) l'obbligo di procedere (di verificare cioè se vi siano i presupposti per avviare il procedimento e nel caso di avviarlo e proseguirlo); (ii) l'obbligo di rispondere (il diritto del cittadino all'emanazione di un provvedimento espresso a prescindere dal suo contenuto); (iii) l'obbligo di provvedere in senso stretto (il vincolo a carico della P.A. di concludere il procedimento con una decisione sostanziale sulla fondatezza della domanda).

⁹⁸ G. MANFREDI, *Annullamento doveroso*, cit., 385, secondo il quale l'espressione annullamento doveroso «non è del tutto priva di ambiguità, in particolare perché ... pare che con essa a volte si voglia intendere che la pubblica amministrazione è tenuta a procedere d'ufficio ad annullare i provvedimenti illegittimi, e altre volte invece che è obbligata a procedervi su domanda di un privato: per cui sembra che nel primo caso la doverosità venga considerata principalmente funzionale a esigenze di legalità obiettiva e/o del buon andamento dell'azione amministrativa, e nel secondo caso invece a esigenze di tutela degli interessi dei privati pregiudicati dal provvedimento». Sicché, «bisogna ... distinguere tra discrezionalità del provvedere e doverosità del provvedere», (M. DEL SIGNORE, *Il ruolo della pubblica amministrazione*, cit., 451). Si tratta di un distinguo su cui si è espressa anche la dottrina straniera, a evidenziare come sia un tratto connaturale all'approccio. In questo senso, F. BECKER, *Application of community law by member states' public authorities: between autonomy and effectiveness*, in *CMLR* 2007, 1039, precisa, infatti, che «The authority has to reach two decisions. First, it has to decide whether the whole issue is to be revisited in the first place - notwithstanding that there is already a final administrative decision (albeit an illegal one). If this decision is affirmative, secondly, the authority then has to consider whether the original decision is to be revoked and may be replaced with a new one», anche se poi conclude (in senso contrario a quanto qui sostenuto) che «the mere finality per se of an existing decision is an important aspect and it is generally not a wrongful exercise of discretion if the authority reuse (in a first and last step) to re-open the case purely because there is a final decision in place». Vi è però che anche in questa prospettiva è evidente che si pone una inevitabile tensione con il primato del diritto UE, giacché, «At first glance, the supremacy of Community law seems to clash (at least indirectly) with domestic procedural law insofar as the concept of finality applies to administrative decisions that are illegal ... from a Community point of view».

⁹⁹ G. MANFREDI, *Doverosità dell'annullamento*, cit., 316. In questo senso si sono espressi anche M. RENNA, *Commento all'art. 2 della legge n. 241/1990*, in *AA.VV., Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 132 ss., e S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 59. Questo trova conferma in quanto affermato, in termini generali, da F. LEDDA, *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, 128, secondo cui «la facoltà di scelta discrezionale ... non riguarda mai l'agere in se stesso (anche l'apprezzamento discrezionale è un'operazione dovuta) [giacché] se così non fosse, lo stesso scopo del riconoscimento di una facoltà di determinazione discrezionale verrebbe ad essere frustrato, poiché restando l'amministrazione inerte, verrebbe a mancare proprio quella valutazione di interessi cui questa facoltà è preordinata». Sostiene, invece, che non vi sia obbligo di rispondere alle domande di annullamento presentate dai privati A. CONTIERI, *Il riesame*, cit., 41 ss. In una prospettiva, per vero, originale, M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 323, sostiene che «il principio di risarcibilità dell'interesse legittimo per l'illegittimo esercizio del potere, obbliga ormai l'amministrazione, a fronte di una istanza di ritiro di un provvedimento da parte dell'interessato, a verificarne la legittimità, compiendo una prognosi delle eventuali conseguenze della rimozione dell'atto illegittimo sulla quantificazione da parte del giudice amministrativo del danno risarcibile».

¹⁰⁰ G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 121 ss., rileva che la stessa giurisprudenza «impone di procedere quantomeno ad una prima sommaria deliberazione, dalla quale semmai nascerà il procedimento d'ufficio a seguito di denunce o esposti».

241/1990, a mente del quale «rimangono ferme le responsabilità connesse ... al mancato annullamento dell'atto illegittimo»¹⁰¹.

Ma di ciò si dubita ancora in dottrina¹⁰², e, come vedremo, non è questo l'orientamento della giurisprudenza¹⁰³, ché anzi la Corte costituzionale ha statuito che «Se questa Corte affermasse il dovere dell'amministrazione tributaria di pronunciarsi sull'istanza di autotutela, aprirebbe la porta (ammettendo l'esperibilità dell'azione contro il silenzio, con la conseguente affermazione del dovere dell'amministrazione di provvedere e l'eventuale impugnabilità dell'esito del procedimento che ne deriva) alla possibile messa in discussione dell'obbligo tributario consolidato a seguito dell'atto impositivo. L'autotutela finirebbe quindi per offrire una generalizzata "seconda possibilità" di tutela, dopo la scadenza dei termini per il ricorso contro lo stesso atto impositivo»¹⁰⁴.

Vi è, tuttavia, più di una ragione per dubitare della correttezza della conclusione¹⁰⁵, ancor più (come vedremo) con riguardo agli atti di amministrazione comunitaria indiretta, quando cioè l'operato della P.A. nazionale è in funzione dell'esecuzione di una norma UE.

5.4. L'annullamento d'ufficio nella giurisprudenza della Corte di giustizia (con riguardo all'amministrazione comunitaria diretta)

La Corte di giustizia si è occupata dell'autotutela decisoria¹⁰⁶ sin dagli esordi della sua giurisprudenza.

¹⁰¹ F. FRANCIARI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità dei rapporti*, in www.federalismi.it, 2017, secondo cui «se il mancato annullamento è fonte di responsabilità, è evidente che in tal modo si qualifica come doveroso l'esercizio del potere di autotutela e si ritiene vi sia quindi un obbligo di provvedere in tal senso». Ad analoghe conclusioni giungono, altresì, G. LA ROSA, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è davvero più tutelato dal pentimento dell'amministrazione?* in www.giustamm.it, 2015, e P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la l. n. 164/2014 (qualche passo verso la doverosità?)* in M.A. SANDULLI (a cura di), *Gli effetti del decreto-legge Sbocca Italia convertito nella legge 164/2014 sulla legge 241/1990 e sul Testo Unico dell'Edilizia*, in *Riv. giur. ed.*, 2015.

¹⁰² Nel senso che la richiesta di riesame in via di autotutela costituirebbe un mero interesse semplice in capo al privato richiedente, D.U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, cit., 398 ss.; B. BACCARI, *Poteri della pubblica amministrazione e natura dell'interesse degli altri soggetti in relazione ai rapporti giuridici estinti*, in *Rass. avv. Stato*, 1966, 1003 ss. Di contro, S. D'ANCONA, *Interesse pubblico*, cit., 538, sostiene, invece, che «nella fattispecie dell'annullamento d'ufficio è ammissibile ritenere la sussistenza di interessi legittimi pretensivi (o quantomeno di situazioni soggettive procedimentali qualificate) e di un relativo obbligo di procedere da parte dell'amministrazione», specie quando si versi in una ipotesi di atto anticomunitario.

¹⁰³ M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 176, afferma che «non sembra che le riflessioni del giudice amministrativo in tema di doverosità dell'esercizio dell'autotutela siano giunte alla individuazione di una regola univoca, posto che spesso si procede sul tema seguendo un metodo "case by case"».

¹⁰⁴ Corte costituzionale, 13/7/2017, n. 181.

¹⁰⁵ M. ALLENA, *La facoltatività dell'instaurazione del procedimento di annullamento d'ufficio: un "fossile vivente" nell'evoluzione dell'ordinamento amministrativo*, in www.federalismi.it, 2018, afferma che «l'impostazione riportata appare non condivisibile sotto molteplici punti di vista e, innanzitutto, perché difficilmente giustificabile alla luce dell'ordinamento costituzionale e amministrativo vigente».

¹⁰⁶ D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria*, cit., 37, evidenzia come vi sia un problema «di non coincidenza linguistica tra la terminologia utilizzata dalla Corte di giustizia e le categorie concettuali ad essa corrispondenti negli ordinamenti nazionali cui la stessa Corte fa riferimento. Il giudice comunitario, infatti, utilizza quasi sempre il termine di

Nella celeberrima sentenza *Algera*¹⁰⁷, essa ha statuito che «Circa la possibilità di 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, è pertanto tenuta a risolvere tale problema informandosi alle leggi, alla dottrina ed alla giurisprudenza dei Paesi membri». Da qui, la conclusione di dovere «accoglie[re] il principio della revocabilità di atti amministrativi illegali, almeno entro un limite di tempo ragionevole», in coerenza, appunto, con il «diritto oggettivo di tutti gli Stati membri», dandosi atto, peraltro, che «Il diritto italiano è particolarmente preciso in materia. Ogni atto amministrativo viziato da incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere può venire annullato ex tunc dall'amministrazione che l'ha emanato ... Tale revoca può essere pronunciata in qualsiasi momento; nessun termine per l'esercizio è dunque previsto. Tuttavia, secondo la dottrina e la giurisprudenza, una revoca intervenuta con indebito ritardo può configurare un caso di eccesso di potere».

Sicché, non solo vi è coerenza di regime tra l'autotutela sugli atti dell'amministrazione europea e quella nazionale, ma addirittura l'istituto nasce, a livello comunitario, su modello (anche) del nostro.

Come bene evidenziato dall'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer¹⁰⁸ la sollecitazione centrifuga cui i principi UE (legalità, buona fede, certezza del diritto) sottopongono l'autotutela è bene riassumibile nell'apoforisma di Goethe: «Preferisco l'ingiustizia al disordine». E, in effetti, quello è il «dilemma di ogni ordinamento giuridico: il conflitto tra il desiderio di giustizia da un lato e l'esigenza di certezza dall'altro».

Così che, nella prospettiva comunitaria, la discrezionalità è imprescindibile tratto dell'esercizio della potestà di autotutela, giacché quel «conflitto dialettico» tra opposti (e cogenti) principi generali del diritto UE («valori costitutivi dello Stato di diritto») non può essere risolto attraverso un astratto giudizio di prevalenza, bensì all'esito di una valutazione comparativa degli interessi in concreto coinvolti nel ripensamento delle istituzioni comunitarie sulla correttezza del proprio operato.

In altre parole, i principi UE di legalità e di certezza del diritto escludono (a maggior ragione, non lo impongono) che la revoca (l'equivalente del nostro annullamento d'ufficio) consegua per mero automatismo all'accertamento del vizio dell'atto¹⁰⁹.

Nella sentenza *SNUPAT*¹¹⁰, la Corte di giustizia ha, invero, statuito che «il principio della certezza del diritto, per quanto importante sia, non va applicat[o] in modo assoluto, ma in concomitanza col principio di legittimità [e] La decisione se l'uno o l'altro di detti principi debba prevalere nel caso singolo dipende dal confronto fra l'interesse pubblico e gli interessi privati in contrasto».

revoca. E questo sia con riguardo a veri e propri provvedimenti di revoca, che con riguardo a provvedimenti che – per il diritto italiano, così come per quello francese e tedesco – andrebbero piuttosto classificati come provvedimenti di annullamento d'ufficio o di mero ritiro».

¹⁰⁷ Corte di giustizia, 12/7/1957, cause riunite 7/56 e 3/57 a 7/57.

¹⁰⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale D. Ruiz-Jarabo Colomer nella causa C-310/97.

¹⁰⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale D. Ruiz-Jarabo Colomer nella causa C-310/97.

¹¹⁰ Corte di giustizia, 22/3/1961, cause riunite 42/59 e 49/59.

La potestà di autotutela decisoria (o come meglio la si voglia definire) è, dunque, da sempre tratteggiata dalla giurisprudenza pretoria della Corte di giustizia quale potere decisamente discrezionale.

E, anzi, a ben vedere, come una discrezionalità particolarmente sollecitata (si afferma che la scelta appartiene al merito dell'azione amministrativa), a evitare un ricorso eccessivo alla revoca, nell'affermazione (tra le righe) di una chiara prevalenza della certezza del diritto rispetto a quello di legalità comunitaria. Così che vi è sempre da operare un rigoroso bilanciamento tra gli interessi in gioco, anche in una prospettiva diacronica: (i) sia con riguardo al termine trascorso dall'adozione del provvedimento illegittimo; (ii) sia in relazione all'obbligo di calibrare gli effetti nel tempo dell'annullamento d'ufficio, essendo possibile farlo retroagire solo nella ricorrenza di particolari situazioni di fatto (come per esempio la malafede del soggetto pregiudicato dall'atto di autotutela¹¹¹).

Nella sentenza *Alpha Steel*¹¹², la Corte di giustizia ha, infatti, affermato che, secondo la sua giurisprudenza, «la revoca di un atto illegittimo è consentita entro un termine ragionevole e se la Commissione ha adeguatamente tenuto conto della misura in cui [il beneficiario] ha potuto eventualmente fare affidamento sulla legittimità dell'atto», escludendo nel caso concreto che vi fosse un affidamento da tutelare perché il privato era consapevole dell'errore commesso dalla istituzione comunitaria. Allo stesso modo, nella sentenza *De Compte*¹¹³ si legge che, «Secondo una giurisprudenza costante, se bisogna riconoscere ad ogni istituzione comunitaria che accerta che un atto da essa appena emanato è viziato da illegittimità il diritto di revocarlo con effetto retroattivo entro un termine ragionevole, tale diritto trova un limite nella necessità di rispettare il legittimo affidamento del beneficiario dell'atto, che ha potuto far affidamento nella legittimità di quest'ultimo».

Il tratto discrezionale della potestà di autotutela è, dunque, principio acquisito nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

Nella sentenza *AssiDomän*¹¹⁴ la sollecitazione del tratto discrezionale dell'atto di autotutela è stata portata addirittura oltre, negandosi non solo l'obbligo di provvedere ma altresì quello di procedere sull'istanza del privato, senza accogliere il distinguo al proposito suggerito dall'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer tra la facoltà dell'amministrazione di procedere (che si convertirebbe in obbligo ogniqualvolta vi sia un «serio indizio di irregolarità») e la facoltà di revoca (che consegue sempre a una valutazione di equità delle circostanze del caso concreto), e i corrispondenti diritti al riesame della motivazione dell'atto illegittimo e alla sua revoca¹¹⁵.

La Corte di giustizia, in quel caso, era stata chiamata a statuire sull'obbligo della Commissione di riesaminare suoi provvedimenti frattanto divenuti inoppugnabili per adeguarsi alla statuizione del giudice comunitario su casi analoghi, in una pre-

¹¹¹ D.U. GALETTA. *Autotutela decisoria*, cit., 39.

¹¹² Corte di giustizia, 3/3/1982, causa 14/81.

¹¹³ Corte di giustizia, 17/4/1997, causa C-90/95.

¹¹⁴ Corte di giustizia, 14/9/1999, causa C-310/97.

¹¹⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale D. Ruiz-Jarabo Colomer nella causa C-310/97.

tesa applicazione estensiva del disposto dell'art. 266 TFUE, a mente del quale «L'istituzione, l'organo o l'organismo da cui emana l'atto annullato ... sono tenuti a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea comporta». E, in riforma della sentenza del Tribunale (che aveva dichiarato l'esistenza di un obbligo delle istituzioni comunitarie di estendere gli effetti di una sentenza di annullamento anche a favore di chi non avesse proposto tempestivamente un ricorso di annullamento), la Corte di giustizia ha, appunto, statuito che «Il principio della certezza del diritto ... osta pertanto a che, nell'ipotesi in cui più decisioni individuali analoghe che infliggono ammende siano state adottate nell'ambito di un procedimento comune ed in cui solo taluni destinatari abbiano chiesto ed ottenuto l'annullamento in sede giudiziale delle decisioni che li riguardano, l'istituzione da cui esse emanano, su domanda di altri destinatari, sia tenuta a riesaminare, alla luce della motivazione della sentenza di annullamento, la legittimità delle decisioni non impugnate e a valutare se, sulla base di tale esame, si debba procedere ad un rimborso delle ammende versate»¹¹⁶.

Sicché, la Corte di giustizia ha escluso l'obbligo di procedere/provvedere in autotutela, quantunque nella ricorrenza di una conclamata (dichiarata dallo stesso giudice comunitario) situazione d'illegalità, e per di più con riferimento a provvedimenti sfavorevoli, rispetto ai quali, dunque, non vi era nemmeno la necessità di contemperare la legalità con la tutela di un legittimo affidamento, e quindi giustificandosi il diniego di provvedere solo in ragione di obiettive esigenze di certezza del diritto in una prospettiva assai limitata: la buona amministrazione (ciò che per vero costituisce un ossimoro, dovendosi dubitare che quella realizzata attraverso atti illegali sia davvero buona amministrazione).

In sintesi, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, l'annullamento d'ufficio (tale è da intendersi la revoca con effetto retroattivo di un provvedimento illegittimo) è un atto discrezionale che si traduce nella scelta concreta attraverso la valutazione concorrente, da un lato, dell'esigenza di ripristinare la legalità violata, e, dall'altro, di quella di salvaguardare il legittimo affidamento del privato, ma anche il solo interesse pubblico alla buona amministrazione, assegnando la prevalenza dell'uno o dell'altro degli antagonisti interessi in gioco sulla base: (i) del ritardo con cui si provvede alla correzione dell'errore; (ii) della consapevolezza dell'errore da parte del privato; (iii) del contributo eventualmente dato dal privato alla commissione dell'errore in conseguenza di false informazioni da lui fornite all'amministrazione; (iv) alla misura del vantaggio attribuito al privato dal provvedimento illegittimo comparata con il pregiudizio per le istituzioni comunitarie nel mantenimento di una situazione illegale, così da escludere che vi sia un legittimo affidamento rispetto a un provvedimento pregiudizievole¹¹⁷.

¹¹⁶ Corte di giustizia, 14/9/1999, causa C-310/97, *AssiDomän*.

¹¹⁷ Il Tribunale UE, 10/7/1997, causa T-227/95, ha, invero, statuito che la giurisprudenza della Corte di giustizia sull'annullamento d'ufficio di atti illegittimi «si applica a fortiori nella fattispecie in cui la decisione di cui trattasi di limiti ad imporre oneri al singolo o, come nel caso in esame, ad infliggerli sanzioni. Infatti, in tale fattispecie, considerazioni relative alla tutela del legittimo affidamento e dei diritti quesiti del destinatario alla decisione non ostano a che la Commissione revochi quest'ultima».

In breve, tornando all'aforisma di Goethe («*Preferisco l'ingiustizia al disordine*»), ben può affermarsi che il conflitto tra giustizia e certezza è risolto dalla Corte di giustizia prevalentemente in una logica conservativa del provvedimento illegittimo (a favore della certezza del diritto, dunque), quantunque nel riconoscimento di un ruolo di amplissima discrezionalità in capo alle istituzioni comunitarie, che trova, però, semmai un limite (mai un impulso a procedere/provvedere) nelle rivendicazioni dei privati.

Ciò che induce la Corte di giustizia a indebolire le potenzialità dell'autotutela (come ritraibili dalla giurisprudenza degli Stati membri, da cui pure il suo diritto pretorio ha tratto le mosse) a protezione della legalità e, quindi, in funzione dell'*effet utile* delle norme UE.

Questo a valere con riguardo agli atti comunitari di amministrazione diretta¹¹⁸.

E ben sappiamo che non è esigibile alcuna simmetria tra ciò che la Corte di giustizia si attende dalle istituzioni comunitarie (amministrazione diretta) e quanto invece esige dalle amministrazioni nazionali quanto all'esercizio di una pubblica funzione definita da una norma UE (amministrazione indiretta)¹¹⁹.

Sicché, la questione va indagata anche sotto questo differente profilo, senza azzardare inammissibili commistioni.

5.5. Segue: con riguardo ai provvedimenti delle amministrazioni nazionali in esecuzione di atti normativi dell'Unione europea (l'amministrazione comunitaria indiretta e la coamministrazione).

Nella sentenza *Alcan*¹²⁰, la Corte di giustizia fu richiesta dal *Bundesverwaltungsgericht* tedesco di stabilire se le norme comunitarie prevedessero un «*obbligo delle autorità nazionali di recuperare un aiuto di Stato illegittimo in presenza di difficoltà derivanti da una normativa nazionale che tutela il beneficiario dell'aiuto*». In particolare, si opponeva all'obbligo di ripetizione dell'aiuto di Stato, l'art. 48 del *Verwaltungsverfahrensgesetz* (la legge tedesca sul procedimento amministrativo), a mente della quale, «*Qualora l'autorità amministrativa è a conoscenza di circostanze che giustificano la revoca di un atto am-*

¹¹⁸ C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa, nuovi paradigmi*, cit., 15, evidenzia che «*la Corte di giustizia è più incline a conservare i provvedimenti UE in ragione della tutela del legittimo affidamento, serbando invece un atteggiamento più rigoroso nei confronti delle Amministrazioni nazionali, alle quali imporrebbe il ritiro del provvedimento anticomunitario per garantire l'efficace attuazione del diritto UE*».

¹¹⁹ D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?, Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009, 31, afferma al proposito che questa asimmetria di impostazione «*è solo il risultato della assenza [nell'ordinamento comunitario] delle preoccupazioni inerenti ad effetto diretto e primato del diritto comunitario*». Questa impostazione è, per vero, criticata in dottrina da G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2014, 1 ss., il quale ha invece preteso di informare l'autonomia procedurale degli Stati membri a un c.d. criterio di «*equivalenza verticale*», dando tuttavia atto che «*il criterio proposto non esiste tra quelli dichiaratamente utilizzati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ai fini dell'applicazione del principio di leale cooperazione*», donde la sua è (dichiaratamente) una «*prospettiva dogmatica*».

¹²⁰ Corte di giustizia, 20/3/1997, causa C-24/95.

ministrativo invalido, la revoca deve avvenire entro un anno dal momento in cui tali circostanze sono venute a conoscenza della amministrazione».

Nella vicenda in contenzioso, infatti, l'atto di autotutela era intervenuto oltre l'anno concesso dalla norma per l'esercizio della facoltà di ritiro dell'atto illegittimo da parte della P.A.

Vi era, dunque, da stabilire se la disposizione nazionale rendesse praticamente impossibile l'*effet utile* delle norme dei Trattati in tema di aiuti di Stato e dovesse perciò essere disapplicata, secondo i principi *Rewe* (di equivalenza ed effettività) chiamati a conformare l'autonomia procedurale nella logica della sua funzionalizzazione all'*effet utile*.

Ebbene, sulla base di queste premesse, la Corte di giustizia ha affermato che, *«sebbene non contrasti con l'ordinamento giuridico comunitario una legislazione nazionale che garantisce la tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto in materia di ripetizione, si deve tuttavia rilevare che, tenuto conto del carattere imperativo della vigilanza sugli aiuti statali operata dalla Commissione ai sensi dell'art. [108 TFUE], le imprese beneficiarie di un aiuto possono fare legittimo affidamento, in linea di principio, sulla regolarità dell'aiuto solamente qualora quest'ultimo sia stato concesso nel rispetto della procedura prevista dal menzionato articolo. Un operatore economico diligente, infatti, deve normalmente essere in grado di accertarsi che tale procedura sia stata rispettata».*

Sin qui, è fatta salva l'autonomia procedurale degli Stati membri, giacché la Corte di giustizia dà una risposta coerente all'esigenza di garantire l'*effet utile* delle norme UE sugli aiuti di Stato con il rispetto della norma nazionale, che viene solo interpretata in modo soddisfacente di quella superiore esigenza.

Questo nell'enfasi dell'obbligo di interpretazione conforme (art. 4 TUE).

La vera questione era tuttavia quella posta dal superamento del termine annuale per l'esercizio della potestà di autotutela (termine che nella vicenda in contenzioso era stato superato) non potendosi, in questo caso, conciliare il precetto della norma nazionale con l'*effet utile* della norma UE.

Ma qui la Corte di giustizia è riuscita a far quadrare il cerchio, sia pure con una certa disinvoltura nella definizione della fattispecie.

Essa, invero, ha suggerito un'interpretazione della norma nazionale (che, in realtà, è prerogativa esclusiva del giudice nazionale) suscettibile di renderla compatibile con l'ineludibile necessità di recuperare l'aiuto di Stato, nel senso cioè di intendere il termine annuale come strumentale alla tutela del soggetto che si trovi in una situazione di legittimo affidamento (*«il principio della certezza del diritto impone che si metta fine a questa incertezza allo scadere di un determinato termine»*), così da escluderne l'operatività nel caso in cui, invece, la Commissione si sia pronunciata (con provvedimento inoppugnabile) sulla illegalità dell'aiuto di Stato concesso e lo Stato inadempiente sia rimasto nondimeno inerte, omettendo di dare esecuzione (com'era invece obbligato) al provvedimento della Commissione che disponeva il recupero degli importi indebitamente versati.

All'esito di questa dilatazione del principio di interpretazione conforme, la Corte di giustizia ha quindi concluso che *«l'autorità nazionale competente è tenuta, in forza del*

diritto comunitario, a revocare la decisione di concessione di un aiuto attribuito illegittimamente, conformandosi alla decisione definitiva con cui la Commissione dichiara l'incompatibilità dell'aiuto e ne ordina il recupero, anche quando abbia lasciato scadere il termine a tal fine previsto dal diritto nazionale a tutela della certezza del diritto»¹²¹.

Nella sentenza *Alcan*, dunque, l'obbligo di disapplicazione della norma nazionale sugli atti di autotutela in contrasto con le norme e i principi UE (primo tra tutti quello dell'effetto utile dell'effetto diretto) resta sullo sfondo: quale mera ipotesi di intervento, nel caso in cui il giudice nazionale non aderisse all'interpretazione conforme già delineata (sia pure con una certa forzatura del suo ruolo, che sarebbe di interpretazione della sola norma UE) dalla Corte di giustizia¹²².

In effetti, la società *Alcan* ha poi proposto un giudizio di legittimità costituzionale, ritenendo violati dalla sentenza della Corte di giustizia i suoi diritti fondamentali¹²³, ma il *Bundesverfassungsgericht* ha escluso che vi fosse stata una violazione del principio del legittimo affidamento e di certezza del diritto, essendo stati correttamente comparati gli interessi confliggenti (certezza del diritto/legalità) dandosi priorità al ripristino della legalità comunitaria. Ma ha, pure, affermato che ciò giustificava la disapplicazione dell'art. 48 *Verwaltungsverfahrensgesetz*, sia pure non a valere quale regola di generale applicazione bensì a tutela della competenza esclusiva della Commissione in materia di aiuti di Stato, in virtù di quanto ora disposto dall'art. 108, paragrafo 2, TFUE, così escludendo che si potesse giungere al medesimo risultato attraverso l'interpretazione conforme¹²⁴, come invece suggerito dalla Corte di giustizia.

Nella sentenza *Delena Wells*¹²⁵, la *High Court of Justice* ha chiesto alla Corte di giustizia se vi fosse l'obbligo di provvedere in autotutela sul rilascio di una concessione mineraria per lo sfruttamento di una cava senza che fosse stata effettuata la valutazione di impatto ambientale conformemente alla disciplina comunitaria.

Qui, la risposta del giudice comunitario è stata più rispettosa del principio di autonomia procedurale (anche nel senso di lasciare al giudice nazionale la piena latitudine interpretativa della norma di diritto interno)¹²⁶.

Questa, invero, è stata la statuizione della Corte di giustizia: «*le autorità competenti*

¹²¹ Secondo G. GRÜNER, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 241, il caso *Alcan* non è rilevante «perché il principio di diritto in essa enunciato opera esclusivo riferimento alle ipotesi in cui una decisione della Commissione abbia previamente dichiarato l'incompatibilità dell'aiuto con il diritto comunitario e ne imponga quindi il recupero alle competenti autorità nazionali».

¹²² D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria*, cit., 43, ritiene, invece, che la sentenza *Alcan* «pone chiaramente in evidenza l'assenza di qualsivoglia margine di apprezzamento discrezionale in capo alla pubblica amministrazione nazionale».

¹²³ In dottrina, R. SCHOLZ, *Zum Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsrecht*, in DÖV, 1988, 264, sostiene che la sentenza *Alcan* sia un atto *ultra vires*.

¹²⁴ *Bundesverfassungsgericht*, 17/2/2000, (2000) EuZW, 445, con commento di F. HOFFMEISTER, in CMLR, 2000, 791 ss.

¹²⁵ Corte di giustizia, 7/1/2004, causa C-201/02.

¹²⁶ G. GRÜNER, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 243, afferma al proposito che «il principio di leale cooperazione può essere in concreto vanificato dalla disciplina ... dei provvedimenti amministrativi di riesame prevista dai singoli ordinamenti».

banno l'obbligo di adottare, nell'ambito delle proprie attribuzioni, tutti i provvedimenti, generali o particolari, atti a rimediare alla mancata valutazione dell'impatto ambientale di un progetto [ma] Le modalità processuali applicabili in tale contesto rientrano nell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro in forza dell'autonomia procedurale degli Stati membri [sicché] spetta al giudice nazionale accertare se il diritto interno preveda la possibilità di revocare o di sospendere un'autorizzazione già rilasciata al fine di sottoporre il detto progetto ad una valutazione dell'impatto ambientale».

L'atto di autotutela è, dunque, definito come discrezionale, anche a protezione di una situazione giuridica soggettiva definita da una norma UE.

Si tratta, però, di una discrezionalità conformata (funzionalmente orientata) all'*effet utile*, nel senso che la Corte di giustizia richiama a risolvere l'inevitabile tensione tra legalità e certezza del diritto il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa (nel riferimento a «tutti i provvedimenti *necessari*» richiesti alle autorità competenti di uno Stato membro)¹²⁷, piuttosto che un indefinitivo criterio di equità.

Il riferimento è chiaramente alla seconda delle tre valutazioni (idoneità, necessità, adeguatezza) attraverso cui si realizza il giudizio di proporzionalità di una scelta amministrativa.

Qui, il vaglio di proporzionalità si atteggia, tuttavia, in una particolare prospettiva: non è inteso (come normalmente accade) a consentire una scelta discrezionale in pregiudizio del privato che discende da una autonoma sintesi degli interessi in gioco, bensì a rendere obbligatoria una scelta (la revoca dell'atto illegittimo) altrimenti discrezionale, facendo prevalere il principio di legalità (l'*effet utile* della norma UE) sulla tutela del legittimo affidamento. La proporzionalità non è dunque, qui, intesa quale limite all'esercizio di una potestà discrezionale, bensì piuttosto quale presupposto dell'emanazione di un atto dovuto. Così che, a giustificare l'atto di autotutela (e a renderlo, anzi, doveroso) è sufficiente che la revoca sia l'unica misura idonea a garantire l'*effet utile* della norma UE (non ve ne sia dunque una meno gravosa per il beneficiario dell'atto) e sia altresì adeguata (cioè non eccessivamente gravosa rispetto al vantaggio perseguito). Senza che a tal fine sia necessario anche individuare un differente interesse pubblico a sorreggerla.

Si può ben dire, nel capovolgimento dell'aforisma di Tomasi di Lampedusa¹²⁸: tutto deve rimanere com'è (la dialettica tra legalità e certezza del diritto a definire l'atto di autotutela come discrezionale) affinché tutto cambi (la traiettoria di quei principi nel loro rapporto con la discrezionalità). Solo in questo modo, infatti, è possibile rispettare (nella forma) l'autonomia procedurale degli Stati membri e, al contempo, consentire (nella sostanza) il pieno dispiegamento degli effetti delle norme UE all'interno di tutti i differenti (secondo la nostra Corte costituzionale, «autonomi e distinti ancorché coordinati»¹²⁹) ordinamenti nazionali.

¹²⁷ D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria*, cit., 49.

¹²⁸ Com'è noto, nel dialogo tra il principe di Salina e suo nipote Tancredi nel Gattopardo si legge: «Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi».

¹²⁹ Corte costituzionale, 5/6/1984 n. 170.

Nella sentenza *Kühne & Heitz*¹³⁰ il giudice olandese (*College van Beroep voor het bedrijfsleven*) ha chiesto alla Corte di giustizia se il principio di leale cooperazione (art. 4 TUE) imponesse a un organo amministrativo l'obbligo di provvedere in autotutela a eliminare un suo provvedimento inoppugnabile quando diviene evidente, in esito a una successiva pronuncia pregiudiziale del giudice comunitario, il suo contrasto con le norme UE.

La Corte di giustizia ha, anzitutto, precisato 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*».

Così che è categoricamente smentita la teorica della doverosità dell'atto di autotutela di un provvedimento in contrasto con la norma UE, che secondo taluno s'imporrebbe proprio in ragione della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Nondimeno, fatta questa premessa di carattere generale, la Corte di giustizia ha poi concluso che «*il principio di cooperazione derivante dall'art. [4 TUE] impone ad un organo amministrativo, investito in una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora: (i) disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione; (ii) la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; (iii) tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita a titolo pregiudiziale alle condizioni previste all'art. [267 TFUE], e (iv) l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza*».

Nel dichiarato rispetto del principio di autonomia procedurale, la Corte di giustizia traduce, quindi, una mera facoltà in un obbligo di provvedere, sia pure nella ricorrenza di particolari circostanze. Ciò, tuttavia, sempre nel rispetto del principio di autonomia procedurale («*qualora disponga, secondo il diritto, nazionale del potere di ritornare su tale decisione*»), sia pure funzionalizzata all'*effet utile* attraverso la codificazione di un invasivo obbligo di interpretazione conforme (la «*competenza procedurale funzionalizzata*»¹³¹).

In questo caso, tuttavia, vi era da preservare l'*effet utile* dell'art. 267 TFUE (piuttosto che della norma UE di diritto sostanziale), e, dunque, la trasformazione della facoltà di autotutela in un obbligo di autotutela era senz'altro necessaria al corretto funzionamento del meccanismo da cui dipende la definizione dell'Unione europea quale comunità di diritto.

Sicché, non se ne può derivare che l'atto di autotutela sia sempre doveroso ogniqualvolta sia stata violata una norma UE, bensì che lo fosse in quella partico-

¹³⁰ Corte di giustizia, 13/1/2004, causa C-453/00.

¹³¹ D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale*, cit., 22.

lare circostanza (caratterizzata dal fatto che il privato leso si era attivamente adoperato per far valere il suo diritto, così come riconosciuto dal diritto comunitario), giacché l'ingiustizia, nella particolare vicenda, era «*semplicemente insopportabile*». Come sarà poi chiarito dalla stessa Corte di giustizia nella sentenza *i-21*¹³².

5.6. L'autotutela funzionalizzata all'*effet utile* della norma UE (l'annullamento d'ufficio a discrezionalità orientata)

A ben vedere, le tre citate sentenze, *Alcan*¹³³, *Delena Wells*¹³⁴ e *Kühne & Heitz*¹³⁵, non mettono direttamente in discussione il rapporto tra l'*effet utile* della norma UE e il principio di autonomia procedurale degli Stati membri che esse rispettano¹³⁶, bensì risolvono – quantunque forzando l'obbligo di interpretazione conforme – il problema (che è anche e soprattutto di coerenza interna tra principi e norme di diritto UE) della ineliminabile tensione tra l'effettività della norma e la certezza del diritto¹³⁷.

Come bene evidenziato dall'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle sue conclusioni nella causa *i-21*¹³⁸, in questi casi, «*La Corte deve ... soppesare gli imperativi della certezza del diritto e della legalità comunitaria per valutare se il primo rappresenti sempre una barriera insuperabile o se in alcune circostanze debba soggiacere al secondo*». È, invero, innegabile che il principio della «*invulnerabilità degli atti definitivi, anche irregolari, assurge allora a regola generale giacché nessun sistema tollera che la validità dei rapporti giuridici sia discussa all'infinito*»; nondimeno vi è altresì da considerare che «*il suddetto principio può diventare un ostacolo per l'uniforme e corretta applicazione del diritto comunitario*». Ciò che lo induce a criticare la soluzione cui è giunta la Corte di giustizia nella sentenza *Kühne & Heitz* «*la cui dottrina è senza via d'uscita*» e a suggerire di trovare un nuovo equilibrio tra il primato del diritto comunitario e la certezza del diritto, che egli propone di individuare nell'affermazione della prevalenza della legalità sulla certezza del diritto solo quando ciò sia necessario al perseguimento degli obiettivi del diritto comunitario e a evitare «*ingiustizie contrarie alle sue fondamenta*»; esigenza questa che va attentamente calibrata attraverso la corretta applicazione del principio di propor-

¹³² Corte di giustizia, 19/9/2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04.

¹³³ Corte di giustizia, 20/3/1997, causa C-24/95.

¹³⁴ Corte di giustizia, 7/1/2004, causa C-201/02.

¹³⁵ Corte di giustizia, 13/1/2004, causa C-453/00.

¹³⁶ Anche D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria*, cit., 52, afferma che «*in queste pronunce non si rinviene certamente alcun vulnus al principio di autonomia procedurale degli Stati membri*».

¹³⁷ D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria*, cit., 50, in un approccio analitico di quella descritta tensione tra principi, afferma che da un lato (su un piatto della bilancia) abbiamo il principio dell'effetto utile, cui si accompagnano i principi di equivalenza e di effettività e di leale cooperazione (con i due corollari dei principi di legalità comunitaria e del primato del diritto UE), mentre sull'altro piatto della bilancia troviamo il principio della certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento (cui va ricondotto l'obbligo di osservanza dell'autorità di cosa giudicata).

¹³⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale D. Ruiz-Jarabo Colomer, nelle cause riunite C-392/04 e C-422/04.

zionalità (soppesando, appunto, gli imperativi della certezza del diritto e della legalità comunitaria). Così che «*Il carattere definitivo di una decisione non deve costituire un ostacolo ad un riesame del suo contenuto [solo] se il suo persistere provoca una situazione di ingiustizia intollerabile*».

In questa prospettiva sono, dunque, proprio le norme e i principi UE a escludere che si possa caratterizzare come doveroso l'atto di autotutela¹³⁹, dovendosi, appunto, l'organo amministrativo disporre a revocare un proprio atto inoppugnabile solo quando ciò risulti necessario al perseguimento dell'*effet utile* di una norma UE, all'esito di una valutazione degli interessi coinvolti nel caso concreto secondo l'accorto utilizzo del canone di proporzionalità (idoneità, necessità, adeguatezza).

Donde, è da escludere che si possa applicare agli atti di amministrazione comunitaria indiretta e di coamministrazione l'affermazione della Corte costituzionale nel senso che, «*in via di principio, il momento discrezionale della pubblica amministrazione di annullare i propri provvedimenti non gode in sé di una copertura costituzionale*»¹⁴⁰. Invero, non solo la giurisprudenza della Corte di giustizia non impone alle autorità amministrative nazionali la rimozione d'ufficio degli atti amministrativi viziati per contrasto alle norme UE quale atto vincolato, ma nemmeno lo consente¹⁴¹. Comunque, l'affermazione è criticabile anche in una prospettiva nazionale, giacché la discrezionale è funzionale alla tutela dell'affidamento e alla certezza del diritto, che sono indubbiamente valori di rilevanza costituzionale¹⁴².

Quindi, non è in questo ambito che si ha uno scarto tra diritto nazionale (rettamente inteso) e diritto comunitario.

Il diritto UE non è tuttavia neutro rispetto all'esercizio della potestà di autotutela su atti coinvolgenti situazioni giuridiche di rilevanza comunitaria. Esso impone, infatti, che la discrezionalità sia qui funzionalizzata primariamente al perseguimento di due fondamentali obiettivi (la legalità comunitaria e la certezza del diritto), dovendosi, in questa prospettiva, tutti gli altri interessi coinvolti nell'esercizio della potestà di autotutela spostare in secondo piano.

Come a dire: non vi è (qui come altrove) esautorazione dell'autonomia procedurale degli Stati membri, bensì mera funzionalizzazione della potestà di autotutela (per come definita dalla norma nazionale) all'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE.

¹³⁹ D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria*, cit., 51, sostiene al proposito che «*si debba evitare l'errore di pensare che la Corte di giustizia comunitaria, con le sentenze richiamate, abbia in qualche modo imposto (o inteso imporre) alla pubblica amministrazione nazionale un vero e proprio obbligo di eliminare l'atto amministrativo comunitariamente invalido facendo uso di quegli strumenti che noi definiamo di autotutela decisoria*».

¹⁴⁰ Corte costituzionale, 22/3/2000, n. 75.

¹⁴¹ Sicché, non si può convenire con G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in *Dir. amm.*, 2014, 259, ove egli, in una prospettiva *de iure condendo*, sostiene l'opportunità di modificare l'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990 prevedendo «*da doverosità dell'annullamento d'ufficio in autotutela nelle ipotesi di violazione del diritto europeo*», né con M. MACCHIA, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 637, che al proposito della mancata previsione di una simile fattispecie nella riforma Madia ha scritto di una «*occasione mancata*».

¹⁴² G. MANFREDI, *Doverosità dell'annullamento*, cit., 324.

Ciò che è proprio il *leitmotiv* del nostro approccio al tema: la c.d. «*competenza procedurale funzionalizzata*»¹⁴³.

E così la Corte di giustizia nella sentenza *i-21*¹⁴⁴, chiamata a pronunciarsi sull'applicazione dell'art. 48 della legge tedesca sul procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), interpretato dalla giurisprudenza nazionale nel senso di rendere obbligatorio l'esercizio della potestà di autotutela, per sua natura discrezionale, ogniqualvolta «*mantenere l'atto in questione appare "semplicemente insopportabile" per ragioni di ordine pubblico, di buona fede, di equità, di parità di trattamento o d'illegittimità manifesta*», si è così pronunciata: «*Conformemente al principio di certezza del diritto, il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di massima, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito carattere definitivo alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale ... Il rispetto di tale principio permette di evitare che atti amministrativi produttivi di effetti giuridici vengano rimessi in discussione all'infinito. La Corte ha tuttavia riconosciuto la possibilità di limitare in taluni casi il detto principio ... Ne discende che, se le norme nazionali di ricorso obbligano a ritirare l'atto amministrativo illegittimo per contrarietà al diritto interno, pur se ormai atto definitivo, allorché il suo mantenimento è "semplicemente insopportabile", identico obbligo deve sussistere a parità di condizioni in presenza di un atto amministrativo non conforme al diritto comunitario*».

In questa affermazione giurisprudenziale emerge con chiara evidenza il cambio di prospettiva (e si tocca con mano quanto rivoluzionario sia, in effetti, l'approccio comunitario)¹⁴⁵.

Nel solco della tradizione, si è, invero, affermato che, siccome l'autotutela decisoria è «*un modo per rafforzare la tutela di un interesse, essa esprime un privilegio di un soggetto, il correlativo sacrificio dell'interesse di un altro soggetto e un'attenuazione del ruolo del giudice: di conseguenza, il principio di legalità opera da limite*»¹⁴⁶.

Ciò vale, senz'altro, a rappresentare la giustificazione dell'annullamento d'ufficio nella prospettiva nazionale¹⁴⁷.

Ma, com'è detto, non è questa la logica comunitaria, dove, di contro, la legalità non costituisce un suo limite, bensì la stessa giustificazione dell'esercizio della autotutela decisoria. Invero, nell'ordinamento comunitario, «*l'Unione pone le regole e le fa rispettare alle amministrazioni nazionali, servendosi dell'autotutela come presidio della legalità europea [sicché, qui] L'elemento del ripristino della legalità è evidentemente rafforzato rispetto a quello del perseguimento di un interesse pubblico specifico*»¹⁴⁸.

¹⁴³ D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale*, cit., 22.

¹⁴⁴ Corte di giustizia, 19/9/2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04.

¹⁴⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 849, nel descrivere gli approdi della giurisprudenza nazionale più risalenti (prima degli anni '80) sostiene che «*In questa giurisprudenza, l'interesse del privato non è preso in considerazione in virtù dell'affidamento, e la tutela della quale beneficia si inquadra nell'ordinaria protezione propria dell'interesse legittimo: esso non prevale (eventualmente) in quanto tale, ma si avvale, piuttosto, di un'idea di interesse pubblico attuale che lo include*».

¹⁴⁶ B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, cit., 8.

¹⁴⁷ In effetti, si è evidenziato che l'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990 «*non risolve il margine di ambiguità dell'istituto, laddove ancora non si comprende se il suo vero scopo sia eliminare atti illegittimi, a condizione che siano inopportuni, o di eliminare atti inopportuni, a condizione che siano illegittimi*» (M. DEL SIGNORE, *Il ruolo della pubblica amministrazione*, cit., 453).

¹⁴⁸ B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, cit., 21.

Così che, per questa via, è indubbio che la funzionalizzazione dell'autotutela decisoria all'*effet utile* della norma UE, quale inevitabile conseguenza dell'obbligo di leale cooperazione (inteso come obbligo di interpretazione conforme), pur nel rispetto di come l'istituto è definito dalla norma nazionale (l'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990) in aderenza a secolare tradizione dogmatica e giurisprudenziale, cambia tuttavia l'intima essenza dell'istituto.

Basti, al proposito, por mente alla definizione che Benvenuti dava dell'autotutela decisoria, che quantunque (nella sua teorica) fosse attività «*materialmente giurisdizionale*» (com'è intesa anche nell'ordinamento comunitario), non era tuttavia posta «*nell'interesse obiettivo dell'ordinamento, esplicandosi essa sempre nel principale, anche se non esclusivo, interesse dell'amministrazione*»¹⁴⁹.

Non è così.

Quantomeno non lo è nella prospettiva comunitaria (e, quindi, quando sono coinvolti nell'atto di autotutela provvedimenti di amministrazione europea indiretta o di coamministrazione).

Donde, è da rimettere in discussione, probabilmente, anche la conseguenza che Benvenuti traeva da quel suo postulato: l'esercizio, per sua natura, parziale (nell'interesse dell'autore) di quella potestà. A distinguere, così, l'autotutela decisoria dalla «*tutela giurisdizionale [che] è sempre, per definizione, imparziale, neutra o di terzo*»¹⁵⁰.

Del resto, il Consiglio di Stato afferma che il legislatore nazionale, con la novella del 2015, ha introdotto un «*nuovo paradigma*» nei rapporti tra cittadino e P.A., con una netta inversione di prospettiva realizzata attraverso «*una nuova "regola generale" che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati: una regola di certezza dei rapporti, che rende imm modificabile l'assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo, che fa prevalere l'affidamento. Una regola speculare – nella ratio e negli effetti – a quella dell'inoppugnabilità, ma creata, a differenza di quest'ultima, in considerazione delle esigenze di certezza del cittadino (mentre l'inoppugnabilità considera, da decenni, quelle dell'amministrazione, con un termine nove volte più breve)*»¹⁵¹.

Così che si amplifica la dimensione giustiziale dell'autotutela decisoria¹⁵², che, nel «*nuovo paradigma*» normativo perde indubitabilmente la sua connotazione di privilegio della P.A., divenendo invece strumento per l'affermazione della legalità, che è, al contempo, tutela della certezza del diritto e del legittimo affidamento.

Nella prospettiva comunitaria, dunque, l'interesse pubblico (all'annullamento dell'atto) entra sì in competizione con l'interesse privato (alla conservazione dell'atto), ma non giustifica l'esercizio della potestà di autotutela (è l'obiettivo del ripristino della legalità comunitaria a giustificarlo).

La sintesi (secondo il principio di proporzionalità) di quei contrapposti interessi serve, quindi, solo a corroborare il giudizio di prevalenza del principio di legalità (che sollecita l'annullamento del provvedimento illegittimo) rispetto a quello di

¹⁴⁹ F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit.

¹⁵⁰ F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit.

¹⁵¹ Consiglio di Stato, Ad. com. spec., 15/3/2016.

¹⁵² C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa, nuovi paradigmi*, cit., 139.

certezza del diritto (che induce, di contro, alla conservazione degli effetti del provvedimento, quantunque in infrangimento della legalità comunitaria e, dunque, in violazione altresì del fondamentale principio di uniforme applicazione delle norme UE)¹⁵³.

In questa prospettiva, dunque, non può essere condivisa l'affermazione che la natura discrezionale della potestà di annullamento d'ufficio dovrebbe condurre alla conservazione del provvedimento viziato, ogniqualvolta ciò corrisponda all'interesse pubblico¹⁵⁴.

L'interesse pubblico può valere (se comparativamente superiore) a vincere l'affidamento incolpevole del destinatario dell'atto illegittimo, per consentire il ripristino della legalità a detrimento del principio di certezza del diritto.

Non pare (quantomeno nell'obbligo di interpretazione conforme della norma nazionale all'*effet utile* delle norme UE), invece, che quell'interesse pubblico possa essere brandito dalla P.A. a giustificazione del mantenimento in essere di un provvedimento illegittimo, sol perché utile alla collettività, ancorché (illecitamente) in pregiudizio di un privato che ne soffra le negative conseguenze all'interno della sua sfera giuridica (quantunque a vantaggio di un indistinto numero di persone nel cui interesse l'ente pubblico agisca)¹⁵⁵.

Nella prospettiva comunitaria, l'interesse pubblico può giustificare (se poizore) la lesione dell'incolpevole affidamento di chi si è avvantaggiato di un provvedimento illegittimo; non vale di contro a sacrificare la situazione giuridica soggettiva di un soggetto leso da un provvedimento illegittimo (ovviamente, ciò con riguardo all'amministrazione indiretta, altro essendo la posizione espressa dalla Corte di giustizia con riferimento all'amministrazione diretta nella sentenza *AssiDomän*¹⁵⁶).

Sicché, la funzionalizzazione della potestà di autotutela (per come definita dalla norma nazionale) all'*effet utile* della norma UE costringe a scartare quelle teoriche che, invece, nell'esegesi dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990 secondo la tradizione pretoria di creazione e di definizione dell'istituto dell'autotutela, giungono ad affermare finanche la «sostanziale emarginazione dell'interesse al ripristino della legalità»¹⁵⁷, perché altri sarebbero gli interessi prevalenti che condizionerebbero l'esito della valutazione discrezionale che presiede all'esercizio dell'autotutela decisoria¹⁵⁸.

¹⁵³ S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico*, cit., 1266, sostiene che «Non basta cioè, in questo contesto, un'adeguata motivazione in ordine all'interesse pubblico all'eliminazione dell'atto illegittimo, come accade spesso nel nostro ordinamento interno; tale motivazione è comunque recessiva rispetto all'affidamento posto dal privato nella legalità dell'azione amministrativa e nella stabilità del rapporto creatosi in seguito alla decisione assunta dall'autorità».

¹⁵⁴ R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 631.

¹⁵⁵ A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 505, sostiene, invece, che l'interesse pubblico specifico possa consentire di evitare l'eliminazione dell'atto, anche nelle ipotesi eccezionali in cui l'annullamento d'ufficio si caratterizzerebbe come doveroso, quando a esempio vi sia da far seguito a una sentenza del giudice ordinario di declaratoria dell'illegittimità di un atto amministrativo (ipotesi nelle quali «quello di annullare gli atti amministrativi veniva configurato come un vero e proprio dovere giuridico dell'autorità che avesse posto in essere gli atti stessi»).

¹⁵⁶ Corte di giustizia, 14/9/1999, causa C-310/97.

¹⁵⁷ G. MANFREDI, in *Annullamento doveroso?*, cit., 390.

¹⁵⁸ F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio*, cit. 856, ha sostenuto che il principio del legittimo affi-

Di più, la prospettiva comunitaria induce ad abbandonare la configurazione del legittimo affidamento in senso oggettivo (com'è intesa da tradizionale orientamento giurisprudenziale¹⁵⁹) con la conseguente irrilevanza della buona fede del destinatario del provvedimento, perché diviene invece qui centrale la situazione soggettiva del destinatario del provvedimento illegale, che può contrastare l'*effet utile* della norma UE solo se sia caratterizzata come di affidamento incolpevole¹⁶⁰.

La diversa prospettiva è, dunque, in effetti rivoluzionaria¹⁶¹; ma senz'altro rispettosa della lettera del disposto dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, che va però riletto (obbligo di interpretazione conforme) secondo i principi *Rewe* (di effettività e di equivalenza), che consentono il pieno dispiegarsi dell'*effet utile* della norma UE nel rispetto dell'autonomia procedurale degli Stati membri.

In tanto l'affidamento rileva (e giustifica l'infrangimento della norma comunitaria), in quanto consegna all'incolpevole ignoranza dell'illegittimità del provvedimento da parte del suo destinatario; dovendo in ogni altro caso (di consapevolezza del destinatario del provvedimento della situazione di illegalità) prevalere senz'altro l'*effet utile*, a rendere doveroso (o, se si preferisce, vincolato) l'annullamento d'ufficio.

5.7. L'annullamento d'ufficio nella giurisprudenza nazionale

In alcune occasioni, il Consiglio di Stato si è persino spinto ad affermare che «l'eliminazione del contrasto normativo (disapplicazione) e le connesse conseguenze amministrative

damento (che la Corte di giustizia ha affermato essere un principio generale degli Stati membri), «quando ritorna negli ordinamenti interni nella veste di principio comunitario, si trova ad aver perduto parte dell'originaria attitudine protettiva, dato che la tutela dell'affidamento deve cedere di fronte alla salvaguardia dell'interesse comunitario all'effettività».

¹⁵⁹ D.U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento*, cit., 762, la quale segnala che questa logica è completamente differente da quella del diritto amministrativo tedesco (che ha condizionato la giurisprudenza comunitaria) «dove il principio di tutela dell'affidamento si collega al principio di certezza del diritto nella sua connotazione soggettiva: inteso, cioè, come affidamento dell'ordinamento giuridico e stabilità delle posizioni giuridiche del singolo».

¹⁶⁰ F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., 120, sottolinea che, «nell'ordinamento italiano, esistono due concetti positivamente rilevanti di buona fede: il comportarsi secondo buona fede e l'essere in buona fede sono due cose profondamente diverse che hanno in comune, per un accidente linguistico una medesima espressione. Si tende pertanto a distinguere una nozione di buona fede oggettiva che esprime una regola di condotta, da una buona fede soggettiva che si riferisce a una situazione psicologica di ignoranza o di errore tutelata, in determinati casi, dall'ordinamento giuridico». In un caso (buona fede in senso oggettivo) ciò che rileva è la condotta della P.A. (l'inerzia) in epoca successiva alla deliberazione del provvedimento illegittimo, nell'altro (buona fede in senso soggettivo) ciò che il principio tutela è la condizione psicologica ingenerata dall'amministrazione con l'emanazione del provvedimento. Sul tema, si veda altresì: D.U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo*, 757 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 843 ss.; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; Id., *Recenti conferme della Corte di giustizia circa la ricostruzione di un principio fondamentale di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2002, 1130 ss.

¹⁶¹ Si consideri al proposito che la dogmatica tradizionale si riconosce nell'affermazione di S. ROMANO, *Annullamento*, cit., 332, secondo il quale la P.A. si dispone all'annullamento di un proprio atto, «non per imparziale tutela del diritto oggettivo, ma solo se e quando questa tutela sia un'esigenza della specifica funzione amministrativa che le è affidata o, almeno, non sia contraria ai propri interessi».

costituiscono adempimento di un obbligo internazionale dello Stato la cui legittimità è stata ampiamente riconosciuta e di fronte al quale non può non recedere ogni altro interesse pubblico o privato¹⁶². Da ciò ne ha derivato che, «in presenza di una illegittimità derivante dalla violazione di norme comunitarie, il concreto ed attuale interesse pubblico al ritiro dell'atto amministrativo è da considerarsi non solo in re ipsa, ma anche prevalente su altri interessi privati militanti a favore della conservazione dell'atto»¹⁶³.

Quella deriva (che pretendeva di essere in chiave) comunitaria¹⁶⁴ è stata giustamente abbandonata dal più recente orientamento del Consiglio di Stato.

L'affermazione della prevalenza (in ogni caso e a prescindere da tutto) del principio di legalità comunitaria «su altri interessi privati militanti a favore della conservazione dell'atto» equivarrebbe a violare un principio fondamentale UE (la certezza del diritto, da cui deriva la tutela del legittimo affidamento) per l'affermazione del precetto di una norma europea di diritto derivato (che l'atto d'annullare avrebbe violato). Il che non è ovviamente ammissibile (e, certo, non è l'inevitabile conseguenza del principio del primato della norma UE, né dall'effetto utile dell'effetto diretto di quella medesima norma)¹⁶⁵.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato si è ora attestata sull'affermazione che «un provvedimento amministrativo ... il cui contenuto sia in contrasto con norme o principi comunitari, non possa essere disapplicato dall'amministrazione, sic et simpliciter, ma debba essere rimosso con il ricorso ai poteri di autotutela di cui la stessa amministrazione dispone [e] L'esercizio di tali poteri, peraltro, deve ritenersi soggetto, anche in questi casi, ai principi che sono a fondamento della legittimità dei relativi provvedimenti, rappresentati dalla contemporanea presenza di preminenti ragioni di interesse pubblico alla rimozione dell'atto, se si tratta di situazioni consolidate o di atti che abbiano determinato un legittimo affidamento in coloro che ne sono interessati, e dalla osservanza delle garanzie che l'ordinamento appresta per i soggetti incisi dall'atto di autotutela, prima fra tutte quella di consentire ai soggetti interessati di partecipare al relativo procedimento»¹⁶⁶.

E in questo modo il Consiglio di Stato si è riportato nel solco dei (cogenti) principi UE che conformano l'esercizio dell'annullamento d'ufficio sugli atti di amministrazione europea indiretta o di coamministrazione¹⁶⁷.

¹⁶² Consiglio di Stato, Sez. IV, 18/1/1996, n. 54.

¹⁶³ Consiglio di Stato, Sez. IV, 5/6/1998, n. 918, in Urb. e appalti, 1998, con nota di R. GAROFOLI, *Annullamento di un atto amministrativo contrastante con norma CE self executing*.

¹⁶⁴ F. GOISIS, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 445 afferma che «Questa giurisprudenza (non a caso risalente agli anni 90) sembra debitrice di una visione estrema della primazia comunitaria».

¹⁶⁵ S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico*, cit., 1267.

¹⁶⁶ Consiglio di Stato, Sez. V, 8/9/2008, n. 4263. Analogamente, Consiglio di Stato, Sez. VI, 3/3/2006, n. 2006, ove si legge «Non sussiste l'obbligo per la P.A. di pronunciarsi su un'istanza volta a ottenere il ritiro di un provvedimento amministrativo ormai divenuto inoppugnabile ... anche se l'impulso al riesame proviene da un soggetto preposto alla cura di interessi pubblici e sia volto a far valere un originario vizio di violazione del diritto comunitario». Con il che, nell'affermazione che non sussista, oltre che l'obbligo di annullare, nemmeno quello di provvedere, si realizza, a mio avviso, una interpretazione dell'art. 21-nonies della legge n. 241/1990 trasgressiva dell'obbligo di interpretazione conforme.

¹⁶⁷ R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 635, sostengono che «Quest'ultima giurisprudenza appare maggiormente in linea con l'ordinamento fatto proprio dai giudici europei in tema di ritiro di un proprio atto amministrativo illegittimo, inteso a dare sempre rilievo agli interessi privati delle parti coinvolte».

L'ordinamento comunitario non richiede (ma, per vero, nemmeno ammette) la radicale rivisitazione dell'istituto dell'autotutela, come si è definito all'esito di secolare giurisprudenza, e che si fonda inequivocabilmente su questi condivisi postulati: (i) l'illegittimità dell'atto da annullare; (ii) la discrezionalità del provvedimento di annullamento; (iii) l'esistenza di un interesse pubblico e attuale all'annullamento; (iv) la prevalenza di questo interesse sulla situazione di vantaggio del destinatario dell'atto da annullare; (v) la rilevanza del fattore temporale¹⁶⁸.

Così è, da sempre, nel nostro ordinamento (ora anche per espressa previsione di legge); ma così è anche nell'ordinamento comunitario.

Ciò nondimeno vi sono (meno radicali, ma comunque significative) differenze, come si dirà in seguito.

Bisogna, quindi, indagare come l'indefinito paradigma della discrezionalità si esprime nei singoli segmenti del procedimento che conduce all'annullamento d'ufficio (piuttosto per come si atteggia rispetto all'istituto in sé).

Con riguardo al momento dell'iniziativa, esclusa la doverosità dell'atto di autotutela (il che è, appunto inevitabile, anche nella prospettiva comunitaria), la giurisprudenza nazionale esclude altresì che la P.A. abbia alcun obbligo di attivarsi in ordine a una domanda di riesame tesa a stimolare l'esercizio discrezionale della potestà di autotutela¹⁶⁹.

Costituisce, invero, principio consolidato, l'affermazione che «*Non sussiste alcun obbligo per l'amministrazione di pronunciarsi su un'istanza volta a ottenere un provvedimento in via di autotutela, non essendo coercibile dall'esterno l'attivazione del procedimento di riesame della legittimità dell'atto amministrativo mediante l'istituto del silenzio-rifiuto e lo strumento di tutela offerto; il potere di autotutela si esercita discrezionalmente d'ufficio, essendo rimesso alla più ampia valutazione di merito dell'amministrazione, e non su istanza di parte e, pertanto, sulle eventuali istanze di parte, aventi valore di mera sollecitazione, non vi è alcun obbligo giuridico di provvedere*»¹⁷⁰.

A questa regola fanno eccezione fattispecie particolari, in relazione alle quali (per riprendere quanto codificato nell'ordinamento tedesco) si ritiene che il manteni-

¹⁶⁸ F. MERUSI, *Buona fede*, cit., 81.

¹⁶⁹ Ciò in ragione della teorica che distingue le istanze (su cui vi è un obbligo di provvedere) dalle denunce (cui quell'obbligo non sussisterebbe). In argomento, tra gli altri, si rinvia a: A. SCOGNAMIGLIO, *Denuncia e Istanze alla pubblica amministrazione*, entrambi in S. CASSESE (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 1784 ss. e 3284 ss.; M. MONTEDURO, *Sul processo come schema*, cit., 108, il quale afferma che chi richiede l'annullamento d'ufficio «*non ha esercitato nel termine di decadenza il potere di reazione processuale avverso il procedimento, così "consumando" la propria legittimazione con l'inutile decorso del tempo*»; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005; N. POSTERARO, *Considerazioni critiche sul generalizzato dovere di provvedere della P.A.*, in *Foro amm.*, 2015, 2682, che precisa al proposito che, «*in alcuni casi, i giudici e la dottrina hanno ravvisato la sussistenza di un dovere di provvedere (e prima ancora, quindi, di procedere) della P.A., a fronte d'un atto di sollecitazione di poteri di ufficio: ciò è successo al ricorrere delle denunce qualificate, in corrispondenza delle quali ... il privato vanta un interesse legittimo vero e proprio (situazione giuridica qualificata) che fa sorgere, in capo all'amministrazione, il previo dovere di procedere*», in tal modo introducendo alla distinzione tra denunce semplici e qualificate. Sostengono, invece, l'obbligo di provvedere sull'istanza di autotutela, M. ALLENA, *La facoltatività dell'instaurazione del procedimento di annullamento d'ufficio*, cit., 11 e S. TUCCILLO, *Autotutela potere doveroso?* cit., 4.

¹⁷⁰ Consiglio di Stato, Sez. V, 8/11/2019, n. 7655.

mento del provvedimento amministrativo sia «*semplicemente insopportabile*»¹⁷¹; com'è nelle vicende in cui gli atti da annullare siano la conseguenza di una condotta anche penalmente illecita, con riferimento ai quali il Consiglio di Stato afferma che «*esigenze di giustizia sostanziale, correlate al peculiare contesto in cui il provvedimento è stato adottato ... impongono l'adozione di un provvedimento espresso sulla proposta istanza di riesame; risultando tanto conforme al dovere di correttezza e di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost.*»¹⁷².

Con riferimento, invece, al momento della decisione, già si è scritto di vicende con riferimento alle quali la giurisprudenza del Consiglio di Stato ritiene che sia doveroso non solo l'accertamento dei presupposti per l'esercizio della potestà di autotutela, ma persino ritenuto (nel riferimento a un preteso interesse pubblico *in re ipsa*) l'annullamento dell'atto illegittimo.

Ma in questi casi (come già si è scritto) la potestà di autotutela non perde il suo (essenziale) tratto discrezionale, perché comunque vi è sempre (anche in simili vicende) da operare una sintesi tra gli antagonisti interessi che in senso opposto condizionano l'inevitabile compromesso tra i principi di legalità e di certezza del diritto.

Sicché il richiamo a un (inesistente, in natura) interesse pubblico *in re ipsa* altro non è che il tentativo del giudice di celare, con simile artificio argomentativo, la violazione dell'obbligo di motivazione dei suoi provvedimenti, in evidente violazione del precetto costituzionale che la impone (art. 111 Cost.).

E, dunque, si tratta non già di un principio dogmatico, bensì di una prassi illegale.

5.8. Conclusioni

La giurisprudenza della Corte di giustizia non induce a tradurre in un obbligo la facoltà della P.A. di annullare i propri atti illegittimi a tutela di situazioni giuridiche soggettive definite anche attraverso una norma UE, ancorché ciò sia utile a ripristinare la legalità comunitaria; essendo, semmai, il problema, al contrario, di giustificare interventi in autotutela in pregiudizio di un principio fondamentale (anche) dell'ordinamento europeo: quello della certezza del diritto (e del collegato principio della tutela del legittimo affidamento).

Donde, è da escludere che l'effetto utile dell'effetto diretto delle norme UE (la tutela della legalità comunitaria) conduca a definire la potestà di autotutela come doverosa, essendo, anzi l'annullamento d'ufficio compatibile con i principi dell'ordinamento europeo solo a condizione che l'esercizio di quel potere sia assolutamente discrezionale¹⁷³, dovendosi, appunto, valutare, nel rigoroso rispetto del

¹⁷¹ Così dispone l'art. 48 della *Verwaltungsverfahrensgesetz*.

¹⁷² Consiglio di Stato, Sez. VI, 9/1/2020, n.183.

¹⁷³ Non si può, invero, convenire con quanto sostiene G. MASSARI, *L'atto amministrativo antieuropeo*, cit. 643 ss., la quale afferma che «*il diritto dell'Unione non impone alle autorità amministrative nazionali di procedere*

principio di proporzionalità (idoneità, necessità e adeguatezza), se le esigenze di uniforme e corretta applicazione del diritto comunitario siano prevalenti rispetto all'esigenza di evitare che la validità dei rapporti giuridici sia discussa all'infinito, a presidio dei principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento¹⁷⁴.

Dunque, un problema di bilanciamento di opposte esigenze (la legalità comunitaria, da un lato, la certezza del diritto e la tutela del legittimo affidamento, dall'altro)¹⁷⁵, che non può essere risolto a priori con una scelta predeterminata (la codificazione di un obbligo di autotutela), bensì attraverso un giudizio a posteriori che abbia a valorizzare quella inevitabile tensione tra antitetici principi, in ragione degli interessi coinvolti nel caso concreto, in una sintesi che è inevitabilmente di carattere discrezionale.

Semmai, il problema si pone, con riguardo: (i) all'esistenza di un obbligo di procedere al riesame del provvedimento su istanza di parte; (ii) alla graduazione discrezionale degli effetti nel tempo dell'atto di annullamento¹⁷⁶; (iii) alla funzionalizzazione della potestà di autotutela alla legalità comunitaria; (iv) alla possibilità di configurare una regiudicata amministrativa (la «*materielle Rechtskraft*») della Scuola di Vienna¹⁷⁷ di per sé ostativa all'atto di annullamento d'ufficio, con il decorso di un termine stabilito (i diciotto mesi dell'art. 6 della legge n. 124/2015, divenuti ora dodici per l'effetto della novella del 2021¹⁷⁸) che rende intangibile la situazione di vantaggio del privato quantunque illegittima.

Sul primo dei quattro profili nella cui prospettiva la potestà di autotutela si può

alla rimozione d'ufficio del provvedimento viziato ... Non impone, tuttavia, non significa vietare. Ove uno Stato decidesse di istituire un vincolo di tal fatta, non incontrerebbe certo preclusioni dalla Corte del Lussemburgo; al contrario, contribuirebbe a rendere effettivo il rispetto della disciplina sovranazionale e aggiungerebbe un tassello al processo di integrazione europea, che la stessa Corte mira a realizzare».

¹⁷⁴ Nella logica comunitaria «non riesce facile immaginare altre ipotesi nelle quali l'amministrazione possa omettere l'annullamento dell'atto incompatibile senza violare l'obbligo di leale cooperazione» (L. RAIMONDI, *Atti nazionali inoppugnabili*, cit., 788). Sicché, in questa prospettiva, pare da escludersi la possibilità di rifiutare l'annullamento d'ufficio di un atto anticomunitario, nel perseguimento di un interesse pubblico alla conservazione di una situazione di fatto in contrasto con la norma e con i principi UE.

¹⁷⁵ D.U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, cit., 398 ss., riassume così la giurisprudenza comunitaria: «In estrema sintesi, in tema di autotutela decisoria i principi richiamati dalla Corte comunitaria sono, da una parte, il principio dell'effetto utile, il principio di equivalenza e il principio di effettività; nonché, con un peso di gran lunga più consistente, il principio di leale cooperazione ex art. 10 CE (che si manifesta qui sotto forma di obbligo di eliminare le conseguenze derivanti dalla violazione del diritto comunitario e che trova, perciò, due essenziali corollari nel principio di legalità e in quello del primato del diritto comunitario, che in questo contesto sono strettamente connessi fra loro). Sull'altro piatto della bilancia troviamo, invece, il principio della certezza del diritto e il principio di tutela del legittimo affidamento, a cui va ricondotto anche l'obbligo di osservanza dell'autorità di cosa giudicata».

¹⁷⁶ D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria*, cit., 54, sostiene al proposito che la giurisprudenza comunitaria induce a rimettere in discussione alcuni assunti della giurisprudenza: (i) la configurazione dell'annullamento d'ufficio necessariamente con modalità retroattive; (ii) la negazione di un obbligo di riesame (salvo la ricorrenza di speciali fattispecie).

¹⁷⁷ E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Vienna, 1886, 129. M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, XVIII, 1940, ripubblicato in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1983, 189 riferisce che «per il Bernatzik lo Stato di diritto è quello in cui l'atto dell'esecutivo ha forza di diritto (o meglio ha una materielle Rechtskraft)».

¹⁷⁸ Art. 63, comma 1, d.l. n. 77 del 2021.

ritenere conformata all'*effet utile* delle norme UE (l'obbligo di procedere su istanza di parte), nella dottrina nazionale è noto l'irrisolto contrasto tra chi sostiene che l'annullamento d'ufficio sia d'iniziativa esclusivamente officiosa e chi invece ritiene che l'art. 21-*nonies* attribuisca al privato una situazione giuridica soggettiva di vantaggio che lo legittima, quantomeno, a pretendere l'avvio del procedimento, eventualmente sanzionabile con il ricorso sul silenzio ex art. 117 c.p.a. nell'ipotesi di inerzia della P.A.¹⁷⁹, salvo ovviamente l'esito che resta pur sempre discrezionale.

A prescindere da quello che sarà l'esito del dibattito nazionale e tralasciando di considerare quale sia la preferenza per i due differenti orientamenti di dottrina, non si può trascurare di valutare che la giurisprudenza comunitaria introduce nel sistema «*un vero e proprio obbligo di riesame ove si assume sia coinvolta una norma di diritto comunitario che si assume violata*»¹⁸⁰.

Chiara è al proposito la Corte di giustizia nella sentenza *Kühne & Heitz*¹⁸¹: «*L'organo amministrativo è tenuto, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall'art. [4 TUE], a riesaminare tale decisione al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario frattanto accolta dalla Corte. Il detto organo dovrà stabilire in funzione dei risultati di tale esame se sia tenuto a ritornare, senza ledere gli interessi di terzi, sulla decisione in questione*».

Sicché, l'atto di autotutela è discrezionale (nella comparazione degli interessi coinvolti); ma l'avvio del procedimento è doveroso¹⁸². Ciò, tuttavia, sempreché il soggetto che lo richieda si sia attivamente (ma infruttuosamente) adoperato in sede giudiziaria per evitare il consolidarsi degli effetti del provvedimento illegittimo. Donde, l'impossibilità per il privato di coercire la P.A. alla revisione di un provvedimento che avrebbe (ma non ha) tempestivamente impugnato.

Vi è, dunque, da registrare un sostanziale scollamento tra l'insegnamento della Corte di giustizia (al quale consegue il valore normativo della sua statuizione con la forza del primato) e la giurisprudenza nazionale, che, quantomeno nell'orientamento prevalente, è invece nel senso che non vi sia un obbligo di provvedere, nemmeno nella sua minore latitudine dell'obbligo di avviare il procedimento per poi concluderlo all'esito di una valutazione ampiamente discrezionale.

Ma già si è scritto che l'obbligo di procedere sembra, piuttosto, imporsi già in ragione dell'interpretazione della norma costituzionalmente orientata. E, comunque, è una delle sue possibili interpretazioni. Sicché, la disarmonia è da risolversi attraverso l'interpretazione conforme (alla Costituzione e ai principi UE).

¹⁷⁹ R. RESTA, *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi come onere di buona amministrazione*, in *Foro Amm.*, 1937, I, 121 ss., sosteneva che «*se de iure condito è pacifico che l'interesse del singolo al riesame di un atto amministrativo inoppugnabile è sfornito di protezione giuridica [tuttavia] de iure condendo sarebbe certo opportuno un rimedio che ... riuscisse a evitare quello stato di fatto contrario al diritto che si verifica ogni qualvolta - accertato in via amministrativa o giudiziaria l'errore originario ed essenziale nei presupposti dell'atto - la pubblica amministrazione non provvedesse ad annullare questo di ufficio*».

¹⁸⁰ D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria*, cit., 55.

¹⁸¹ Corte di giustizia, 13/1/2004, causa C-453/00.

¹⁸² L. RAIMONDI, *Atti nazionali inoppugnabili*, cit., 788, afferma al proposito che «*la Corte di giustizia impone all'amministrazione nazionale l'obbligo di riesaminare l'atto illegittimo ma non anche di annullarlo in modo automatico*».

Quanto al secondo aspetto rispetto al quale il diritto e la giurisprudenza comunitari sembrano conformare il diritto nazionale (l'efficacia nel tempo dell'atto di annullamento), l'opinione prevalente della dottrina e della giurisprudenza nazionali sono nel senso che la retroattività degli effetti dell'annullamento d'ufficio sarebbe a esso connaturata, con la sola eccezione dell'impossibilità di eliminare gli effetti irreversibili, secondo il principio «*factum infectum fieri nequib*»¹⁸³.

Non vi sono, però, obiettivamente ragioni di carattere dogmatico a imporre l'efficacia retroattiva dell'atto di annullamento¹⁸⁴, ma anzi vi sono concorrenti argomenti ritraibili anche dal diritto comparato a indurci a superare questo apparente dogma¹⁸⁵.

Nel diritto tedesco, il § 48, comma 1, alinea 1, VwVfG prevede che «*Un atto amministrativo illegittimo può essere ritirato, totalmente o parzialmente, con efficacia ex nunc o ex tunc, anche dopo che sia divenuto inoppugnabile*»¹⁸⁶.

E così è anche nel codice ReNEUAL (che come si è dinanzi scritto è la ricognizione dei principi esistenti nell'ordinamento comunitario e in quelli degli Stati membri), che prevede la necessaria retroattività solo per gli atti pregiudizievoli¹⁸⁷, mentre con riguardo a quelli attributivi di vantaggi, opportunamente, prevede che la pubblica autorità debba valutare il legittimo affidamento del privato e in ragione di ciò, non solo decidere se annullare l'atto, ma altresì di stabilire se l'annullamento abbia effetti retroattivi o abbia solo a operare per il futuro.

Quanto invece al terzo aspetto in cui si attinge al principio di effettività delle norme UE per conformare l'annullamento d'ufficio (la sua funzionalizzazione alla legalità comunitaria), la giurisprudenza nazionale semplicemente ignora la necessità di impostare la comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolgendo assegnando un ruolo di preminenza (non assoluta) al principio di legalità comunitaria. Piuttosto, i nostri giudici s'interrogano (prevalentemente giungendo, correttamente, a escluderlo) se l'esigenza di tutela di una situazione giuridica soggettiva definita da una norma UE sia di tale rilevanza da configurare come doveroso l'atto di annullamento d'ufficio di un provvedimento violativo del diritto comunitario. Ma, attraverso questi (inopportuni) slanci in avanti si ha, quindi, in realtà un arretramento

¹⁸³ In questo senso: M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1993, 552; E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento*, cit., 489; P. VIRGA, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1987, II, 133. Di contro, M. ROMANELLI, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 363, sosteneva, invece, che la retroattività dovesse essere mitigata «*facendo cadere quegli atti e quei rapporti che sono incompatibili con la creazione della nuova situazione*».

¹⁸⁴ G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.* 2003, 37, sostiene che l'analisi comparata degli atti di ritiro induce ad affermare che «*l'eventuale estensione di tali effetti al passato non corrisponde ad una ineluttabile natura dell'atto, ma ad eventuali esigenze di pubblico interesse concretamente riscontrato [sicché] non si vede perché escludere - soprattutto in relazione all'affidamento dei privati - la possibilità di eliminare l'atto per il futuro, senza toccarne gli effetti passati*». Alla stessa conclusione giungono, tra gli altri: G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, cit., 209 ss.; A. DE VALLES, *Annullamento d'ufficio e interesse pubblico*, in *Foro it.*, 1951, III, 228 ss.

¹⁸⁵ D.U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, cit., 398 ss.

¹⁸⁶ Così nella traduzione di D.U. GALETTA, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo, Verwaltungsverfahrensgesetz*, Milano, 2002.

¹⁸⁷ Art. III-35 Codice ReNEUAL.

rispetto all'obbligo di conformazione della norma interna (l'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990) alle norme (prima tra tutte, l'art. 4 TUE sull'obbligo di leale cooperazione) e ai principi del diritto UE (in primo luogo, quello di effettività della norma comunitaria).

Quanto, infine, al quarto aspetto (il termine massimo entro il quale esercitare l'atto di autotutela) in cui l'annullamento d'ufficio entra in tensione con la legalità comunitaria, l'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990 (come novellato dall'art. 6 della legge n. 124/2015) non consente altra via che la sua disapplicazione, perché pare difficilmente compatibile con la funzionalizzazione dell'atto di autotutela all'*effet utile* la previsione di un ostacolo alla uniforme applicazione della norma UE che non si giustifichi (all'esito di una valutazione comparata, informata al principio di proporzionalità) in ragione della tutela di un legittimo affidamento.

Nella prospettiva comunitaria, così come è inammissibile un interesse pubblico (*in re ipsa*) per definizione poziore all'antagonista interesse privato tale da imporre come doveroso l'atto di autotutela a prescindere dalla legittima aspettativa che in tal modo viene delusa; del pari è da escludere che vi sia una legittima aspettativa del privato (tutelata dal principio di certezza del diritto) che, a prescindere da tutto, sia prevalente rispetto all'interesse pubblico, in modo tale da erigersi quale invalicabile limite all'atto di autotutela.

In altre parole, nel rispetto dei principi (dell'*effet utile*, del legittimo affidamento e della certezza del diritto) non è consentito al legislatore nazionale configurare l'atto di autotutela né come doveroso né come vietato, sulla base di astratte considerazioni a priori, anziché in ragione dei concreti interessi emergenti nella vicenda concreta, da valutarsi a posteriori ineludibilmente attraverso un giudizio discrezionale improntato al principio di proporzionalità.

Donde, è proprio la prospettiva comunitaria a configurare inevitabilmente l'atto di autotutela come provvedimento discrezionale (funzionalmente orientato alla tutela della legalità comunitaria), e ciò anche nel suo profilo temporale.

L'annullamento d'ufficio può essere rifiutato, nella ricorrenza di un atto amministrativo in contrasto con la norma UE, là dove l'interesse del privato alla conservazione del provvedimento (come garantito dalla tutela del legittimo affidamento) prevalga, nella valutazione comparativa, sull'interesse pubblico alla tutela della legalità comunitaria. Ciò che sarà necessario fare, ogniquale volta la limitazione temporale degli effetti dell'atto di ritiro (l'efficacia solo per il futuro dell'annullamento) non sia di per sé sufficiente a rendere il provvedimento di ritiro idoneo, necessario e adeguato (in altre parole, giuridicamente proporzionato) al perseguimento dell'interesse pubblico.

Così che, fermo restando il suo carattere discrezionale, sono radicalmente modificate le caratteristiche dell'atto di autotutela decisoria così come definito dalla tradizione, che diviene nella nuova prospettiva comunitaria: (i) di necessaria attivazione procedimentale (e, quindi, tutelabile anche con il ricorso sul silenzio) quantomeno ogniquale volta il soggetto leso si sia diligentemente attivato a tutela dei propri diritti conformemente ai canoni di condotta definiti nella sentenza *Kühne* &

*Heitz*¹⁸⁸, così da funzionalizzare l'annullamento d'ufficio alla riparazione di una lesione dell'effettività dei mezzi di tutela del singolo¹⁸⁹ e dunque a completamento del sistema di giustizia comunitario; (ii) teleologicamente orientato alla tutela della legalità comunitaria (con esclusione di ogni rilevanza di un interesse pubblico antagonista alla norma UE); (iii) condizionato nel suo esito alla valutazione comparativa (in base al principio di proporzionalità) dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto con l'interesse privato alla sua conservazione sulla base di un legittimo affidamento, da valutarsi in ragione di un canone di buona fede nella sua dimensione sia oggettiva (la violazione dell'obbligo di non contraddizione) sia soggettiva (la tutela di chi abbia incolpevolmente confidato nella validità del provvedimento).

In altre parole, l'annullamento d'ufficio, nella prospettiva comunitaria è funzionale all'effettività della norma e della tutela giurisdizionale, in coerenza (e a completamento) della funzione assegnata alla Corte di giustizia dell'Unione europea (per tale intendendosi il plesso dei giudici comunitari) dall'art. 19 TUE di assicurare, appunto, il «rispetto del diritto» e la «tutela giurisdizionale effettiva». Nel senso, cioè, che, ogniqualvolta il sistema di giustizia europeo (esteso anche al giudice comunitario di diritto comune) nel suo complesso fallisca quei suoi obiettivi, vi soccorre (vi deve soccorrere, salvo che la certezza del diritto e la tutela di un affidamento legittimo vi si oppongano) la P.A. con l'esercizio della sua potestà di autotutela, che, dunque, perde i suoi originari caratteri di privilegio¹⁹⁰ divenendo a tutto tondo funzione.

Ma ciò sempre nell'immanenza di una ineludibile qualificazione soggettiva della tutela giurisdizionale (e dell'annullamento d'ufficio che si voglia leggere a completamento di quella tutela in chiave alternativa alla giurisdizione), che, in effetti, solo in larga approssimazione è confacente alle esigenze dell'*effet utile* (la tutela della legalità obiettiva). Così che è sempre, anche in questo caso, risolutivo il principio ritraibile dalla sentenza *Van Gend en Loos*¹⁹¹, nel senso che «*La vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti, costituisce un efficace controllo che si aggiunge a quello che gli articoli [258 e 259 TFUE] affidano alla diligenza della Commissione e degli Stati membri*». Donde, anche qui (con riferimento alla funzionalizzazione dell'autotutela decisoria all'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE) è fondamentale che il singolo si sia tempestivamente e diligentemente attivato, in conformità, appunto, ai principi ritraibili dalla sentenza *Kühne & Heitz*¹⁹².

¹⁸⁸ Corte di giustizia, 13/1/2004, causa C-453/00.

¹⁸⁹ L. RAIMONDI, *Atti nazionali inoppugnabili*, cit., 801.

¹⁹⁰ M. SINISI, *La doverosità dell'esercizio del potere*, cit., 3266 sostiene, invece, che «*L'amministrazione ... non è tenuta a dar corso al procedimento di secondo grado laddove sia il privato a richiederlo, e ciò in virtù del patto che esso costituisce piuttosto una sua prerogativa*». Così che, una volta che sia escluso che l'autotutela sia un privilegio della P.A., ne consegue anche il venir meno della giustificazione dell'affermazione dell'inesistenza di un obbligo di «*dar corso al procedimento*».

¹⁹¹ Corte di giustizia, 5/2/1963, causa 26/62.

¹⁹² Corte di giustizia, 13/1/2004, causa C-453/00.

Bibliografia

- ALÌ M., *Annullamento d'ufficio, analogo procedimento e principi costituzionali*, in Foro amm., 1966
- ALÌ M., *Osservazioni sull'annullamento di ufficio degli atti amministrativi*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1966
- ALLENA M., *La facoltatività dell'instaurazione del procedimento di annullamento d'ufficio: un "fossile vivente" nell'evoluzione dell'ordinamento amministrativo*, in www.ferederalismi.it, 2018
- ANTONIAZZI S., *Recenti conferme della Corte di giustizia circa la ricostruzione di un principio fondamentale di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2002, 1130 ss.
- ANTONIAZZI S., *la tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005
- ARDITO A., *Autotutela, affidamento e concorrenza*, in Dir. amm., 2008
- BACCARI B., *Poteri della pubblica amministrazione e natura dell'interesse degli altri soggetti in relazione ai rapporti giuridici estinti*, in Rass. avv. Stato, 1966
- BALDIN PAPINI U., *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi invalidi*, Firenze, 1939
- BARONE G., *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in Dir. amm., 2002
- BARONE G., *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in Atti del XLVIII Convegno di studi amministrativi, "Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa", Milano, 2003
- BARONE G., *L'autotutela a presidio del denaro pubblico. Consiglio per un uso ragionevole*, in www.giustamm.it, 2007
- BASSI N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001
- BASSI F., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2003
- BECKER F., *Application of community law by member states' public authorities: between autonomy and effectiveness*, in CMLR, 2007
- BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1955
- BENVENUTI F., *Autotutela (dir. amm.)*, in Enc. dir., V, Milano, 1959
- BENVENUTI F., *Disegno della amministrazione italiana*, Padova, 1996
- BERNATZIK E., *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Vienna, 1886
- BETTI E., *Autotutela (diritto privato)*, in Enc. dir., IV, Milano, 1959
- BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in Commentario SCIALOJA-BRANCA, Bologna, 1979
- BODDA P., *Sull'obbligo di annullare d'ufficio o su denuncia gli atti amministrativi illegittimi*, in Foro amm., 1942
- CAMMEO F., *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa. Ricorsi amministrativi e giurisdizione ordinaria*, Milano, 1911
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914
- CANNADA BARTOLI E., *Annulabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, in Enc. dir., II, Milano, 1958
- CAPUTI JAMBRENGHI M.T.P., *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA, F. SAIFFA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012

- CARANTA R., *La comunitarizzazione del diritto amministrativo: il caso della tutela del legittimo affidamento*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1996
- CARINGELLA F., *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2008
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2002
- CASSELLA A., *Una nuova ipotesi di annullamento doveroso?, nota a TRGA Trento, I, 16 dicembre 2009, n. 305*, in Foro amm. TAR, 2010, 824
- CASSESE S., *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969
- CERULLI IRELLI V., *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2006
- CHIEPPA R., *Provvedimenti di secondo grado (diritto amministrativo)*, in Enc. dir., Annali II, Milano, 2008
- CINTIOLI F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in Dir. proc. amm., 2017
- CIOFFI A., *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005
- CODACCI PISANELLI G., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939
- CONTI L., *L'autotutela decisoria alla luce del nuovo art. 21 nonies*, in www.giustamm.it, 2020
- CONTIERI A., *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991
- CORAGGIO G., *Autotutela (dir. amm.)*, in Enc. giur., Roma, 1988
- CONTIERI A., *Il riesame del procedimento amministrativo*, Napoli, 1991
- CORSO G., *Validità (dir. amm.)*, in Enc. dir., XLVI, Milano, 1993
- CORSO G., *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969
- CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006
- CORSO G., *Autotutela*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006
- CRAIG P., *EU Administrative Law*, Oxford, 2012
- CUGURRA G., *L'annullamento governativo come atto di alta amministrazione*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1970
- D'ANCONA S., *Interesse pubblico, discrezionalità amministrativa e istanza di parte nell'annullamento d'ufficio: riflessioni sui recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali tra diritto interno e diritto comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2009
- D'ANCONA S., *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015
- DE LUCA P., *Sull'obbligo di riesame delle decisioni amministrative contrarie al diritto comunitario*, in www.giustamm.it, 2008
- DE PRETIS D., *Illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, in Giorn. dir. amm., 2004
- DE VALLES A., *Annullamento d'ufficio e interesse pubblico*, in Foro it., 1951
- DEL SIGNORE M., *Il ruolo della pubblica amministrazione nazionale ai fini dell'effettività del diritto comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2009
- DELLA CANANEA G., GALETTA D.U. (a cura di) *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, Napoli, 2016
- FALCON G., *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in Dir. amm., 2003
- FALCON G., *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2005
- FERRARI P., *Annullamento in autotutela di provvedimenti contrastanti con il diritto comunitario*, in Giur. it., 2008

- FRANCARIO F., *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in www.federalismi.it, 2015
- FRANCARIO F., *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità dei rapporti*, in www.federalismi.it, 2017.
- GALETTA D.U., *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2005
- GALETTA D.U., *I procedimenti di riesame*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa: saggi ordinati a sistema*, Napoli, 2006
- GALETTA D.U., *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in Dir. amm., 2008
- GALETTA D.U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, *Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009
- GALETTA D.U., *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea. Report annuale 2011*, in www.ius-publicum.it
- GAROFOLI R., *Annullamento di un atto amministrativo contrastante con norma CE self executing*, in Urb. e appalti, 1998
- GARDINI G., *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in Dir. amm., 2014
- GATTINARA G., *Il ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kübne & Heitz*, in Dir. com. scambi internaz., 2004
- GIANNINI M. S., *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, XVIII, 1940, ripubblicato in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1983
- GIANNINI M.S., *Diritto Amministrativo*, Milano, 1993
- GIANNINI M.S., *L'attività amministrativa*, Roma, 1962
- GIOVAGNOLI R., *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, in www.giustamm.it, 2004
- GOISIS F., *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in Dir. amm, 2010
- GRECO G., *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2008
- GRECO G., *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2014
- GRÜNER G., *L'annullamento d'ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività, da un lato, ed i principi di certezza di diritto e dell'autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro*, in Dir. proc. amm., 2007
- GUICCIARDI E., *Recensione a K.H. Schmidt, Treu und Glauben in Verwaltungsrecht*, in Arch. dir. pubbl., 1936
- HOFFMEISTER F., *Commento a Bundesverfassungsgericht, 17/2/2000*, in CMLR, 2000
- IMMORDINO M., *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008

- LA ROSA G., *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è davvero più tutelato dal pentimento dell'amministrazione?*, in www.giustamm.it, 2015
- LEDDA F., *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, Torino, 1964
- LIGUGNANA G., *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004
- MACCHIA M., *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012
- MACCHIA M., *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015
- MANFREDI G., *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011
- MANFREDI G., in *Annullamento doveroso?*, in P.A., 2017
- MANTERO A., *Tutela delle situazioni giuridiche dei privati nei procedimenti amministrativi relativi a rapporti costituiti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1978
- MASSARI G., *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014
- MATTARELLA B.G., *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007
- MERTENS DE WILMARS J., *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations de droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, in *CDE*, 1981
- MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970
- MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"Alternanza"*, Milano, 2001
- F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002
- MIELE G., *In tema di annullamento d'ufficio di atti amministrativi illegittimi*, in *Giur. comp. Cass.*, 1947
- MONTEDURO M., *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande inammissibili o manifestamente infondate*, in *Dir. amm.*, 2010
- MORBIDELLI G., *Il tempo del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006
- NAPOLITANO C., *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, in *Foro amm. CDS*, 2012
- NAPOLITANO C., *Riflessioni sull'autotutela nel diritto procedimentale europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016
- NAPOLITANO C., *L'autotutela amministrativa, nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018
- NIGRO M., *Questioni di giurisdizione in tema di legittimità di atti amministrativi di annullamento ex officio*, in *Foro It.*, 1951
- NIGRO M., *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962
- PAPARELLA A., *Revoca (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1989
- PIGNATELLI N., *L'illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2008
- PORTALURI P.L., *Note sull'autotutela dopo la l. n. 164/2014 (qualche passo verso la doverosità?)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Gli effetti del decreto-legge Sblocca Italia convertito nella legge 164/2014 sulla legge 241/1990 e sul Testo Unico dell'Edilizia*, in *Riv. giur. ed.*, 2015

- POSTERARO N., *Considerazioni critiche sul generalizzato dovere di provvedere della P.A.*, in Foro amm., 2015
- RAGNISCO L., *Revoca ed annullamento di atti amministrativi*, in Foro it., 1907
- RAIMONDI L., *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, in Dir. Un. eur., 2008
- RENNA M., *Commento all'art. 2 della legge n. 241/1990*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010
- RESTA R., *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi come onere di buona amministrazione*, in Foro amm., 1937
- ROMANO S., *Annullamento (teoria dell') nel diritto amministrativo*, in Nuovo dig. it., Torino, 1937
- ROMANELLI V.M., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939
- ROSSI G., *Diritto amministrativo*, Milano, 2005
- SANDULLI A., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in Riv. dir. proc., 1964
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989
- SCOCA F.G., *Un'ipotesi di autotutela impropria*, in Giur. cost., 2000
- SCOGNAMIGLIO A., *Denuncia*, in S. CASSESE (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006
- SCOGNAMIGLIO A., *Istanze alla pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006
- SCHOLZ R., *Zum Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsrecht*, in DÖV, 1988
- SINISI M., *La doverosità dell'esercizio del potere di autotutela in presenza di un atto amministrativo contrastante con regolamenti comunitari*, in Foro amm. TAR, 2007
- TRAVI A., *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in Foro it., 2011
- TRIMARCHI BANFI F., *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in Dir. amm., 2005
- TUCILLO S., *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016.
- VALAGUZZA S., *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in Dir. proc. amm., 2004
- VILLATA R., *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005
- VILLATA R. e RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017
- VIRGA P., *Diritto Amministrativo*, Milano, 1987
- VIRZÌ F. V., *La doverosità del potere d'annullamento d'ufficio*, in www.federalismi.it, 2018
- ZILLER J., *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, 2013

Giurisprudenza comunitaria

- Corte di giustizia, 12/7/1957, cause riunite 7/56 e 3/57 a 7/57, *Algera*
- Corte di giustizia, 22/3/1961, cause riunite 42/59 e 49/59, *Snupat*

Corte di giustizia, 5/2/1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*
Corte di giustizia, 3/5/1978, causa 112/77, *Töpfer*
Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76, *Reve*
Corte di giustizia, 3/3/1982, causa 14/81, *Alpha Steel*
Tribunale UE, 10/7/1997, causa T-227/95, *AssiDomän*
Corte di giustizia, 20/3/1997, causa C-24/95, *Land Rheinland*
Corte di giustizia, 17/4/1997, causa C-90/95, *De Compte*
Corte di giustizia, 14/9/1999, causa C-310/97, *Commissione/AssiDomän*
Corte di giustizia, 7/1/2004, causa C-201/02, *Wells*
Corte di giustizia, 13/1/2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*
Corte di giustizia, 19/9/2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, *i-21*

CAPITOLO SESTO

LA TUTELA CAUTELARE

SOMMARIO: 6.1. I principi che informano la tutela cautelare secondo la tradizione. – 6.2. Le evoluzioni normative sollecitate dalla giurisprudenza pretoria. – 6.3. Il nuovo regime della tutela cautelare nel codice del processo amministrativo. – 6.4. L'apparente paradosso. – 6.5. La coerenza di queste evoluzioni con la Costituzione. – 6.6. Le recenti evoluzioni legislative a protezione di un indefinito interesse pubblico. – 6.7. La tutela cautelare nella giurisprudenza della Corte di giustizia (con riguardo agli atti amministrativi nazionali in contrasto con le norme UE). – 6.8. Segue: con riguardo agli atti amministrativi nazionali conformi a norme UE invalide. – 6.9. Segue: con riguardo all'incisività della tutela che deve essere accordata nella fase interinale. – 6.10. La tutela cautelare nel processo armonizzato. – 6.11. L'insufficienza di una definizione ad ampliare e rendere più efficace la tutela cautelare.

6.1. I principi che informano la tutela cautelare secondo la tradizione

Soddisfa un bisogno basilare di giustizia che *«la durata del processo non deve andare a detrimento dell'attore»*¹, secondo il principio che *«La necessità di servirsi del processo per ottenere ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione»*².

La tutela cautelare è, dunque, irrinunciabile strumento di garanzia dell'effettività del processo³.

Come affermato dalla Corte costituzionale, *«Infatti, una volta che il legislatore ha operato le sue scelte in ordine all'attribuzione del potere finale di annullamento dell'atto e ha strutturato un sistema di giustizia amministrativa, il quale ha il suo cardine, appunto, nella giurisdizione generale di annullamento degli atti illegittimi, è naturale e conseguenziale l'attribuzione, all'organo medesimo deputato all'annullamento, del concorrente potere di sospensione cautelare*

¹ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, 137.

² P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 30.

³ M. ALLENA, *La tutela cautelare nel processo amministrativo: da rimedio tipico a rimedio atipico. I principi di strumentalità e di interinalità*, in AA.VV., *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2011, 60. Afferma, nondimeno, F.G. SCOCA, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 418, che *«La copertura costituzionale della tutela cautelare ha costituito un nodo non facile da sbrogliare per la Corte costituzionale [perché] l'esigenza di non frapporre ostacoli alla riscossione esattoriale ha per lungo tempo determinato la negazione della garanzia costituzionale della tutela cautelare»*. Invero, con riguardo al processo tributario, si legge in Corte costituzionale, 26/3/1982, n. 63, che *«la potestà cautelare non costituisce una componente essenziale della tutela giurisdizionale ex artt. 24 e 113 Cost., ma la sua disciplina è demandata alla legge ordinaria, alla quale spetta di regolare la materia»*. Si è al proposito sostenuto da V. CAIANELLO, *I poteri di sospensiva del giudice amministrativo in materia di riscossione di tributi*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 350, che la conclusione cui era giunta la Consulta fosse coerente con il principio di necessità della tutela cautelare, accordando la sospensiva sul provvedimento di diniego della richiesta di sospensione in via amministrativa della riscossione del tributo nel giudizio d'impugnazione del detto diniego dinanzi alla giurisdizione amministrativa, non essendo a ciò di pregiudizio la pretesa (ma in realtà inesistente) impossibilità di sospendere gli atti amministrativi di diniego.

dell'atto impugnato»⁴. Ciò perché «la disponibilità delle misure cautelari è strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale e costituisce espressione del principio per cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, in attuazione dell'art. 24 della Costituzione»⁵.

Affinché la situazione giuridica soggettiva sulla quale è insorta la controversia non sia definitivamente pregiudicata dall'esecutività del provvedimento impugnato, e talvolta persino dalla sua esecutorietà⁶, ovvero sia dalla prerogativa della P.A. di portarlo coattivamente in esecuzione in pregiudizio del privato quantunque egli vi si opponga, vi è la necessità che il provvedimento impugnato possa, quantomeno, essere provvisoriamente privato per ordine del giudice della sua efficacia, che nel nostro ordinamento (a differenza di quanto, per esempio, accade in Germania) non è automaticamente sospesa in conseguenza dell'esercizio dell'azione giudiziale⁷.

Se così non fosse, il processo amministrativo sarebbe privo di effettività⁸: intesa

⁴ Corte costituzionale, 27/12/1974, n. 284.

⁵ Corte costituzionale, 16/7/1996, n. 249. Questa copertura costituzionale è viepiù necessaria rispetto alla tutela del cittadino nei confronti della P.A., come «reazione contro il deterioro orientamento legislativo di ridurre le tutele giurisdizionali nel vano (anzi: inetto!) tentativo di recuperare per questa obliqua via tempestività ed efficienza dell'azione dell'amministrazione» (F.G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 313).

⁶ A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento impugnato (ricorso giurisdizionale amministrativo e ricorso amministrativo)*, in *Dig. pubbl.*, Torino, 1999, 375, sostiene che «È probabile che in origine l'istituto della sospensione del provvedimento impugnato fosse concepito come uno strumento di difesa del cittadino nei confronti dell'esecutorietà dell'atto amministrativo e che quindi la misura cautelare producesse, come unico risultato, l'elisione (fino alla sentenza) dell'esecutorietà dell'atto». M. NIGRO, *Sospensione degli atti amministrativi impugnati*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, I, 10, scriveva, al proposito negli anni '40, che la sospensione cautelare «non agisce sull'atto, le cui validità ed efficacia restano integre. Agisce soltanto, elidendo temporaneamente una qualità normale dell'atto, sull'esecutorietà». Vero che ciò sia in una prospettiva storica, è tuttavia indubitabile che solo l'estensione della sospensiva a paralizzare altresì l'esecutività del provvedimento impugnato (la sua idoneità, quindi, a immutare la sola realtà giuridica e a conformare il rapporto del privato con la P.A. attraverso i suoi effetti costitutivi di un nuovo assetto degli interessi) ha consentito alla giurisprudenza pretoria di adeguare in via interpretativa l'istituto processuale al canone costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale, mantenendo l'attualità della sospensiva nel nuovo modello di relazioni definito dalla Costituzione. Si è espresso nel senso che a essere sospesa è l'efficacia del provvedimento, tra gli altri, G. PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Padova, 1971, 250.

⁷ Ciò che si giustificava, a livello teorico, con riferimento alla esecutorietà degli atti amministrativi (O. RANELETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, V, 475), ma anche con affermazioni di mero pragmatismo, giacché consentire al ricorso di impedire l'esecuzione di un «atto di autorità» sarebbe stato, oltretutto contrario ai «principi teorici», soprattutto «spoliticamente dannoso per ragioni così evidenti che non occorre spiegarle» (V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, Vol. III, 1008 ss.). Nondimeno, vi sono sempre state norme speciali che determinano l'immediata sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato in conseguenza della proposizione del ricorso introduttivo del giudizio. Così era, tra le altre ipotesi, per i provvedimenti trasformazione o fusione degli istituti pubblici di beneficenza, in relazione ai quali era previsto che «Il ricorso diretto contro il provvedimento definitivo ... ha effetto sospensivo, ma i termini per la produzione e la discussione del ricorso sono ridotti alla metà» (art. 81 della legge 17/7/1890, n. 171) e per i provvedimenti di espulsione degli stranieri, in relazione ai quali era prevista la sospensione dell'esecuzione sino alla decisione definitiva sulla domanda cautelare (art. 5 d.l. 30/12/1989, n. 416). Com'è noto, nella legislazione vigente, la proposizione del ricorso ha effetto sospensivo automatico rispetto alla stipulazione del contratto (art. 32, comma 11, d.lgs. n. 50/2016).

⁸ F. DE LUCA, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale alla luce dei principi di effettività e pienezza della tutela*

come la capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale del ricorrente (l'effettività della tutela giurisdizionale)⁹, ma anche come la capacità di garantire l'effetto utile dell'effetto diretto delle norme UE (la tutela della legalità obiettiva).

In ragione di ciò, sia il T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato sia la legge istitutiva dei TAR disponevano che il ricorso non sospendeva l'esecuzione del provvedimento impugnato, che tuttavia poteva essere ordinata dal giudice nella ricorrenza di «*gravi ragioni*»/«*danni gravi e irreparabili*»¹⁰.

In realtà, il giudice è da sempre chiamato a valutare, oltre al pregiudizio arrecato al ricorrente dal provvedimento nel tempo necessario alla decisione della causa (*periculum in mora*), anche l'ingiustizia di quel pregiudizio, vale a dire che esso consegua da un provvedimento che, a un primo sommario esame, appaia illegittimo (*fumus boni iuris*)¹¹; con ciò intendendosi (secondo le differenti interpretazioni suggerite dalla dottrina e dalla giurisprudenza) la non manifesta infondatezza¹²/la probabilità di accoglimento del ricorso¹³. Quanto, nel silenzio della norma, derivava inevitabilmente dai principi generali della tutela cautelare¹⁴, anzitutto, da quel suo tratto

giurisdizionale, in AA.VV., *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2011, 4, sostiene che «*mentre l'effettività concerne l'idoneità dei rimedi giurisdizionali - predisposti dal legislatore - ad assicurare il soddisfacimento della pretesa sostanziale azionata dal ricorrente, la pienezza attiene in particolar modo alla tipologia di azioni proponibili dal privato per ottenere la realizzazione del proprio interesse*», ma chiarisce altresì che la pienezza della tutela altro non è che una manifestazione dell'effettività, «*non potendosi ravvisare alcuna tutela effettiva senza che sia al contempo anche piena*».

⁹ In questo senso, la relazione al codice del processo amministrativo. L.R. PERFETTI, *Tutela cautelare inaudita altera parte nel processo amministrativo. Effettività della tutela ed effettività del giudizio*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1999, 104, afferma che il principio di effettività è il profilo ordinatore dello sforzo di trasformazione del modello di tutela cautelare.

¹⁰ L'art. 39 r.d. 26/6/1924 n. 1054 disponeva, infatti, che «*I ricorsi in via contenziosa non hanno effetto sospensivo. Tuttavia la esecuzione dell'atto può essere sospesa per gravi ragioni con decreto motivato della sezione sopra istanza del ricorrente*». Così già disponeva, peraltro, l'art. 12 della legge 31/3/1889, n. 5992, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato. L'art. 21 della legge TAR statuiva che «*Se il ricorrente, allegando danni gravi e irreparabili dall'esecuzione dell'atto, ne chiede la sospensione, sull'istanza il tribunale amministrativo regionale pronuncia con ordinanza motivata emessa in camera di consiglio. I difensori delle parti debbono essere sentiti in camera di consiglio, ove ne facciano richiesta*». Al proposito di ciò che debba intendersi per «*irreparabile*», si è affermato da F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, in Enc. dir., XXXVII, Milano, 1988, 869, che il riscontro di questo presupposto della tutela cautelare non può affidarsi a formule stereotipate, altrimenti la tutela cautelare rischierebbe di tradursi in una inammissibile forma sommaria di tutela giurisdizionale. Così che «*l'irreparabilità del pregiudizio non dipende da valutazioni astratte fondate sulla notoria, patologica durata del processo, bensì dalle specifiche, concrete caratteristiche della situazione controversa*». Si è, però, altresì specificato (a evitare errori interpretativi nel senso opposto) da M. ROSSI SANCHINI, *La nuova tutela cautelare*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2001, IV, Appendice, 39, che l'irreparabilità «*Non può neppure essere ristretta alle ipotesi di lesioni non risarcibili*». In questo senso, si sono espressi anche M. ALLENA, F. FRACCHIA, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel nuovo processo amministrativo delineato dal d.lgs. 104/2010*, in Dir. proc. amm., 2011, 198.

¹¹ Quel presupposto, sino ad allora, solo implicito, diverrà testuale solo con la novella del 2000, che, appunto, all'art. 3 della legge n. 205/2000, modifica l'originaria previsione dell'art. 21, comma 7, della legge n. 1034/1971, prescrivendo che l'ordinanza cautelare motiva «*in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato, ed indica i profili che, ad un sommario esame, inducono a una ragionevole previsione sull'esito del ricorso*».

¹² Consiglio di Stato, Ad. plen., 20/1/1978, n. 1.

¹³ V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 1008 ss.

¹⁴ A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento*, cit., 378. Così anche M. ROSSI SANCHINI, *La nuova tutela cautela-*

ontologico che è la strumentalità rispetto alla sentenza che definisce il giudizio (non avrebbe, invero, senso apprestare tutela interinale a una pretesa infondata che la sentenza dovesse poi inevitabilmente respingere)¹⁵.

Originariamente, nella ricorrenza di entrambi i presupposti (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), al giudice amministrativo era consentito soltanto disporre la sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato (la c.d. «*sospensiva*» nel linguaggio corrente), onde non compromettere irrimediabilmente la situazione giuridica soggettiva del ricorrente nel tempo necessario alla definizione del giudizio¹⁶.

Nel richiamo alla dogmatica tradizionale, la tutela cautelare nel processo amministrativo era, dunque, solo conservativa (a scongiurare l'infruttuosità della sentenza)¹⁷.

Significativa, al proposito, è la testimonianza del presidente del Consiglio di Stato de Roberto: «*Nei tempi, oramai remoti (era il 1961), nei quali entrai al Consiglio di Stato come giovane referendario ..., la sola misura cautelare conosciuta era la "sospensione" del provvedimento: un intervento capace di ottenere applicazione solo nei riguardi degli atti restrittivi (compressivi della sfera individuale o fonte di obblighi per il destinatario) a condizione, ovviamente, che la esecuzione di tali atti non fosse già, in tutto o in parte, avvenuta. Assolutamente impensabile, in quei tempi nei quali si conferiva alla espressione "sospensione" dell'atto un significato strettamente aderente alla sua lettera, la possibilità di procedere alla sospensione di atti amministrativi rivolti a negare l'ampliamento della sfera individuale (dinieghi di autorizzazioni, concessioni, etc.): la sospensione degli atti "negativi" (come venivano denominati allora i provvedimenti or ora ricordati) doveva ritenersi preclusa – affermava la giurisprudenza – nel processo amministrativo per la sua incapacità di offrire all'interessato qualunque concreta utilità*»¹⁸.

Ciò si giustificava, secondo la dottrina dell'epoca, con l'affermazione che, «con

re, cit., 38. E così è sempre stato inteso dalla dottrina, anche più risalente (V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 1008).

¹⁵ Non è sempre stato così. Inizialmente, si riteneva che «*Il giudizio incidentale di sospensione non è inevitabilmente legato alla sorte del giudizio principale, esso ha radice in una particolare facoltà del giudice di natura cautelativa e conservativa distinta dal suo potere di decisione della controversia e può prescindere, come normalmente prescinde, da ogni indagine di rito oltreché di merito sul ricorso*» (Consiglio di Stato, 27/7/1937, n. 425). In questo senso, F. ROCCO, *Il rimedio della sospensione dell'esecuzione degli atti e provvedimenti impugnati dinanzi al Consiglio di Stato*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Milano, 1940, 515 ss., sosteneva che la sospensione cautelare fosse una funzione amministrativa «*occasionalmente collegata*» all'esercizio della funzione giurisdizionale. In quello stesso torno di tempo, M. NIGRO, *Sospensione*, cit., 9, criticava questa opinione sul rilievo che si tratta, invece, di un rimedio necessariamente (e non occasionalmente) collegato al processo ed è nient'altro che esercizio di funzione giurisdizionale cautelare, del quale ha tutte le caratteristiche salienti (*periculum in mora*, strumentalità, provvisorietà). Attualmente, R. CAPONIGRO, *La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale*, in *Foro amm.*, 2015, 980, segnala la persistenza (anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 55 c.p.a.) di una criticabile prassi giurisprudenziale, che, specie con riguardo agli interessi legittimi oppositivi, giustifica la concessione della richiesta misura cautelare esclusivamente con riferimento al *periculum in mora*.

¹⁶ G. SAPORITO, *la sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato*, Napoli, 1981.

¹⁷ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio*, cit., 38 ss., distingue al proposito gli strumenti cautelari di tipo anticipatorio (a evitare il pregiudizio del ritardo della sentenza) da quelli conservativi (a evitarne l'infruttuosità).

¹⁸ A. DE ROBERTO, *Premessa*, in AA.VV., *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2011, XV.

*l'ordinanza di sospensione, non si può imporre ... all'amministrazione un obbligo di fare positivo, perché altrimenti il giudice amministrativo si sostituirebbe alla amministrazione, prescrivendole determinati comportamenti*¹⁹.

6.2. Le evoluzioni normative sollecitate dalla giurisprudenza pretoria

La sospensiva risultava, certo, soddisfacente della tutela degli interessi legittimi oppositivi (a protezione da un'indebita invasione della sfera giuridica del ricorrente)²⁰, ma inevitabilmente lasciava priva di tutela la legittima aspettativa di chi rivendicava dalla P.A. l'emanazione di un provvedimento di favore (interessi legittimi pretensivi)²¹; giacché intuitivamente *«la sospensione di un diniego di autorizzazione non equivale al rilascio dell'autorizzazione richiesta»*²².

Quindi, la sospensiva, nella sua forma pura, era inutilizzabile nei confronti di provvedimenti negativi²³.

E ciò era, obiettivamente, intollerabile²⁴.

Quantomeno, lo è divenuto con il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale²⁵; assumendo in questo differente contesto (dove la presenza dello Stato è avvertita per ciò che può dare piuttosto che per quello che può togliere) maggior rilievo l'esigenza di tutela degli interessi legittimi pretensivi²⁶.

Il principio di riserva di amministrazione (che impedisce al giudice della cautela di sostituirsi alla P.A., in tal modo travalicando i limiti esterni della giurisdizione) entra, dunque, inevitabilmente in tensione con il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale (che non consente di lasciare privi di protezione interinale la gran parte dei rapporti del privato con l'ente pubblico)²⁷. Donde, la necessità (come

¹⁹ P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della P.A.*, Milano, 1976, 356.

²⁰ R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1166, afferma che nell'Ottocento *«una disciplina cautelare avente ad oggetto la sospensione degli effetti del provvedimento impugnato non è stata generalmente intesa come una tutela cautelare ineffettiva [perché] Il ricorso si configurava per antonomasia in un petitum oppositivo»*.

²¹ E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981, 130, afferma che *«la pronunzia, nella sospensione del provvedimento impugnato, ha l'effetto di conservare immutata la situazione di fatto ed è, quindi, soddisfacente soltanto degli interessi materiali oppositivi e non degli interessi materiali pretensivi»*.

²² A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento*, cit., 1999, 376.

²³ E. FOLLIERI, *Sentenza di merito "strumentale" all'ordinanza di sospensione di atto negativo; "effetto di reciprocità" e adozione, da parte del giudice amministrativo, dei provvedimenti ex art. 700 c.p.c. per la tutela degli interessi pretensivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 131.

²⁴ A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, 2493, definisce *«intollerabilmente asfittica»* la limitazione alla sola sospensiva della tutela cautelare nel processo amministrativo.

²⁵ F. DE LUCA, *L'evoluzione normativa*, cit., 10.

²⁶ S. GIACCHETTI, *L'interesse legittimo alle soglie del 2000*, in *Foro amm.*, 1990, 1929, afferma che *«Gli interessi oppositivi sono tipici dello Stato autoritario ottocentesco [mentre] Gli interessi pretensivi sono tipici dello Stato sociale moderno, che nella misura in cui allarga il suo raggio d'azione ne riduce lo spessore autoritativo»*.

²⁷ S. TARULLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo tra vicende interne, vicende comunitarie e prospettive di riforma*, in *Foro amm.*, 2000, 2493, sostiene che con la scelta confermativa compiuta del 1971 di sostanziale continuità con il precostituzionale T.U. del Consiglio di Stato si è inteso privilegiare il principio di

sempre accade nel conflitto tra principi costituzionali) di allentare quella tensione attraverso un'interpretazione che sapesse coniugare le opposte esigenze, piuttosto che affermare la prevalenza di un principio sull'altro.

Fu così che negli anni settanta si ritenne addirittura da parte di taluni giudici ordinari di ampliare la tutela cautelare nelle materie rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, accordando un provvedimento cautelare atipico ex art 700 c.p.c. ogniqualvolta la sospensiva (l'unico strumento cautelare consentito nel processo amministrativo) non garantisse una adeguata tutela interinale²⁸. Ma quell'inopportuno slancio in avanti fu giustamente represso dal giudice regolatore della giurisdizione, che statui che il giudice civile «è carente di giurisdizione ad emettere provvedimenti d'urgenza in materie riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in quanto il richiesto provvedimento di urgenza verrebbe a tradursi inevitabilmente nella revoca, sia pur temporanea, di un atto amministrativo o nell'imposizione di un facere alla pubblica amministrazione, contro il divieto sancito dall'art. 4 l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. E»²⁹.

Eppure, quella giurisprudenza pretoria, dogmaticamente insostenibile³⁰, ebbe, quantomeno, il merito di avere sollevato il problema della necessità di ampliare la tutela cautelare, oltre gli angusti limiti della sospensiva³¹, dando così impulso alla dilatazione della tutela cautelare nel giudizio amministrativo attraverso l'uso di statuizioni di chiaro contenuto anticipatorio³², con quelle che saranno poi definite «sospensive atipiche», a individuare quelle misure cautelari che «portano il nome di sospensione, ma fuoriescono, per qualche aspetto, dallo schema tipico di esso»³³.

In ragione di ciò, attraverso un'incessante giurisprudenza pretoria³⁴, si allargarono

separazione dei poteri rispetto a quello di effettività della tutela giurisdizionale, e critica questa scelta giacché non pare che la Costituzione consenta di affermare la recessività del principio della pienezza e della effettività della tutela giurisdizionale rispetto a un diverso principio (la separazione dei poteri) che neppure è costituzionalizzato, se non implicitamente, e che comunque assume ben minor risalto rispetto al primo.

²⁸ Tra le altre, Pretura di Pisa, 30/7/1977.

²⁹ Corte di cassazione, Sez. un., 25/10/1979, n. 5575.

³⁰ In questo senso: A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 1152; A. BARUCCHI, *Appunti di giustizia amministrativa*, Torino, 1977, I, 40.

³¹ S. CASSARINO, *La recente giurisprudenza in tema di misure cautelari nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1978, 1142.

³² M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano 1996, 218 ss.; A. TRAVI, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 357, afferma al proposito che si è in tal modo consentito al processo cautelare di divenire la «cellula impazita del processo amministrativo, dove tutto risulta consentito indipendentemente dall'oggetto del giudizio e dai poteri del giudice».

³³ M. ROSSI SANCHINI, *La tutela cautelare*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2001, IV, 3428.

³⁴ M. ALLENA, *La tutela cautelare*, cit., 60, sostiene che «l'istituto della tutela cautelare rappresenta senza dubbio la più rilevante espressione di *ius praetorium* dell'ordinamento vigente». R. GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 869, afferma che «la disciplina positiva precedente al varo della l. n. 205 del 2000 è stata oggetto di un'opera di profondo adeguamento, se non di una vera e propria riscrittura, compiuta dalla giurisprudenza amministrativa al fine di rimodellare sul piano degli effetti la misura meramente inibitoria della sospensione, originariamente concepita per la protezione delle situazioni soggettive che si traducono nell'opposizione alla disposta modificazione

no, via via, gli ambiti di tutela, anche rispetto agli interessi legittimi pretensivi³⁵, vieppiù necessaria in un sistema che, sino al 1999, negava la risarcibilità degli interessi legittimi³⁶.

Così che ricevettero finalmente tutela anche i ricorrenti pregiudicati da atti negativi³⁷.

Quindi, a legislazione invariata, la giurisprudenza accordò (oltreché la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato) anche provvedimenti cautelari di tipo propulsivo³⁸, tanto che si suggerì al proposito la definizione (che di per sé è un ossimoro) di «*sospensive propulsive*»³⁹.

Fu così che la tradizione applicativa, nel tempo, fu forzata ad ammettere «*sospensive di provvedimenti negativi, sospensive propulsive, sospensive istruttorie, sospensive con motivazione volta a "conformare" il successivo esercizio dell'attività amministrativa, sospensive costitutive (tipica l'ammissione con riserva a un concorso), sospensive condizionate, sospensive a termine, sospensive "manipolative", cioè integrative del provvedimento, sospensive "interpretative"*»⁴⁰.

Ma ciò sempre giustificando l'intervento interinale del giudice amministrativo sul presupposto che la tutela cautelare discendesse comunque dalla sospensione del provvedimento impugnato, sia pure opportunamente congegnata attraverso un'interpretazione adeguatrice dell'istituto processuale al canone di effettività della tutela giurisdizionale⁴¹.

dell'assetto degli interessi (interessi oppositivi o statici); opera di metamorfosi, dunque, della sospensiva volta a renderla almeno in parte idonea ad assicurare la salvaguardia interinale di quella vasta gamma di posizioni protese alla modificazione della sfera giuridica o di azione esistente (interessi pretensivi o dinamici), suscettibili di essere vulnerate, quindi, da provvedimenti amministrativi che negano l'innovazione al lui favorevole (provvedimenti negativi)».

³⁵ Sulla tutela del ricorrente avverso gli atti negativi, si vedano, tra gli altri: F. FOLLIERI, *Sospensione degli atti negativi*, in Foro amm., 1981, 639 ss.; A. TRAVI, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi*, cit. 329 ss.; R. NOTARPASQUALE, *La tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi alla luce della l. n. 205 del 2000*, in Dir. proc. amm., 2003, 1274 ss.; D. De CAROLIS, *Tutela cautelare ed atti negativi*, in www.lexitalia.it; L. BERTONAZZI, *Brevi riflessioni sulla tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi e dei comportamenti omissivi della pubblica amministrazione*, in Dir. proc. amm., 1999, 1208 ss.

³⁶ Corte di cassazione, Sez. un., 22/7/1999, n. 500.

³⁷ Sia pure limitatamente al processo cautelare nell'ambito della giurisdizione esclusiva sul pubblico impiego, Corte costituzionale, 25/6/1985 n. 190, ha ritenuto coesistente alla tutela giurisdizionale la possibilità di adottare le misure cautelari più idonee ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza, affermando al proposito che «*Scrittori e giudici di merito (non escluso il Consiglio di Stato) non hanno esitato ad estendere la direttiva desumibile dall'art. 700 alla giurisdizione esclusiva dei T.A.R., ma, se il tentativo non ha riscosso l'assenso del giudice della nomofilachia quel che è precluso dal diritto vivente ben può e deve essere realizzato dalla Corte*», così da dichiarare costituzionalmente illegittimo l'art. 21, u.c. della legge n. 1034/1971, «*nella parte in cui, limitando l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consente al giudice stesso di adottare nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, le quante volte il ricorrente abbia fondato motivo di temere che durante il tempo necessario alla prolazione della pronuncia di merito il suo diritto sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile*».

³⁸ F. SAITTA, *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà*, in www.giustizia-amministrativa.it., 2006.

³⁹ G. SAPORITO, *Le sospensive «propulsive»*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini 1987, I, 355 ss.

⁴⁰ G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1991, 842.

⁴¹ A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento*, cit., 373, afferma che, prima della novella del 2000, «*il dibattito sulla*

Questo era del resto consentito dalla norma processuale, solo che si riferisse la sospensione agli effetti giuridici del provvedimento impugnato piuttosto che ai suoi effetti materiali⁴². Ciò che avrebbe, senz'altro, consentito la concessione di provvedimenti cautelari anche rispetto agli atti negativi, insuscettibili, come tali, di produrre effetti innovativi nel mondo materiale.

Così che, in questo modo, si soddisfecero, con uguale efficacia, gli interessi legittimi sia oppositivi sia pretensivi.

Donde, già per l'effetto dei suggerimenti dottrinari e dei continui interventi giurisprudenziali, «*La sospensione non è più strumento per conservare ad huc integra la situazione in attesa che intervenga la decisione nel merito, ma diventa mezzo di modificazione della situazione. Da strumento di conservazione a mezzo di propulsione*»⁴³.

Inevitabilmente, perciò, la giurisprudenza allargò il perimetro (e l'efficacia) della tutela cautelare, introducendo, dapprima, un distinguo tra i differenti atti negativi e individuando tra essi i c.d. «*atti negativi in senso improprio*» (negativi ad effetti innovativi) nei provvedimenti mediante i quali la P.A. nega all'istante la conservazione di una situazione materiale a lui favorevole, come ad esempio, il diniego di rinnovo di una concessione di beni⁴⁴, e, poi, estendendo la tutela cautelare anche ad alcuni atti negativi propri (quelli attraverso i quali si nega l'ampliamento della sfera giuridica del privato), come fu per l'ammissione con riserva di un candidato all'esame di maturità⁴⁵ e alle procedure concorsuali per l'accesso al pubblico impiego, sia pure in questi casi rinunciando alla giustificazione dogmatica dell'intervento cautelare, che si motivava esclusivamente in ragione di considerazione di ordine pratico difficilmente sostenibili a livello teorico⁴⁶.

tutela cautelare nel processo amministrativo ... si impernia non sulla introduzione di nuove tipologie di tutela cautelare, ma sulla utilizzazione della "sospensione" come strumento per una tutela cautelare pressoché "universale" [sicché] l'adeguatezza della tutela cautelare alle esigenze proprie del processo amministrativo finisce col dipendere all'esito di valorizzazioni anche "estreme" dell'istituto della "sospensione" dell'atto impugnato, anziché dal ricorso ad istituti diversi e ulteriori.

⁴² E. FOLLIERI, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 653 afferma che «*se si identifica l'esecuzione con gli effetti materiali (adeguamento della realtà agli effetti giuridici), la sospensione soffre di due importanti limitazioni: gli atti amministrativi negativi che non pongono effetti innovativi sul reale e l'avvenuta produzione nel concreto degli effetti giuridici*». Egli individua il punto di svolta della giurisprudenza (originariamente intesa a paralizzare gli effetti materiali del provvedimento) nelle sentenze che, a partire dagli anni '60 del secolo scorso, accordarono con sempre maggiore frequenza tutela cautelare al candidato escluso da un concorso pubblico, trasformando così in modo evidente la tutela cautelare da strumento di conservazione a mezzo di propulsione.

⁴³ E. FOLLIERI, *Lo svolgimento del processo di primo grado: la fase cautelare*, in F. G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2009, 313, precisa che la «*sospensione, in astratto e secondo le due ipotizzabili interpretazioni della norma, può riguardare gli effetti giuridici in senso stretto e gli effetti materiali cioè la trasformazione del reale secondo gli effetti giuridici previsti*» e sulla base di questo distinguo conclude poi che «*la sospensione attiene proprio agli effetti giuridici e l'adozione della misura consente il venir meno degli effetti stabiliti nell'atto impugnato*».

⁴⁴ R. GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi*, cit., 870. M. RENNA, *Spunti di riflessione per una teoria delle posizioni soggettive "strumentali" e tutela cautelare degli interessi "procedimentali" pretensivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 831 e 832, sostiene che, in questi casi, la sospensione degli atti negativi è stata ammessa «*in relazione ad una maschera formale di "negatività", celante, in realtà, una lesione "in positivo" di posizioni soggettive*».

⁴⁵ Consiglio di Stato, Ad. plen., 8/10/1982, n. 17.

⁴⁶ C. CACCIAVILLANI, *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l'inerzia della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 95, sostiene che «*con riguardo al diniego di ammissione, il giudice applica con funzione cautelare, all'interno del processo, una prassi amministrativa*».

Questo, tuttavia, nel rispetto di un confine invalicabile, giacché «*la sospensione toglie un limite alla negazione di effetti innovativi, ma non pone una regola degli effetti da produrre*»⁴⁷, e quindi «*In nessun caso le sospensioni in parola mirano a far ottenere quel soddisfacimento dell'interesse sostanziale che solo dall'azione amministrativa può essere realizzato*»⁴⁸.

Da ciò si ricavò l'intangibilità, anche nella massima dilatazione della tutela cautelare, della c.d. riserva di amministrazione. Sicché, se consenti la sospensione dei provvedimenti negativi, solo se gli effetti positivi fossero già definiti dalla norma o dagli atti endoprocedimentali⁴⁹.

6.3. Il nuovo regime della tutela cautelare nel codice del processo amministrativo

Quegli slanci in avanti dei giudici⁵⁰ si sono poi tradotti nella codificazione del principio di atipicità della tutela cautelare, dapprima, con l'art. 3 della legge n. 205/2000⁵¹ e, infine, con l'art. 55 del d.lgs. n. 104/2010, che consente, ora, al giudice di pronunciare in via provvisoria le misure cautelari «*che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso*»⁵².

⁴⁷ E. FOLLIERI, *Lo svolgimento del processo di primo grado*, cit., 317.

⁴⁸ Corte costituzionale, sentenza 8/4/1991, n. 175, ove si legge che «*Le sospensioni ammesse dalla giurisprudenza amministrativa in presenza di dinieghi o di omissioni della pubblica amministrazione hanno infatti il limitato scopo di tutelare interinalmente situazioni di vantaggio già godute di fatto o jure ("insistenza" nelle concessioni amministrative scadute), o di neutralizzare esclusioni, che, quando non siano addirittura tali da impedire la realizzazione di pretese connesse all'esercizio di libertà (diniego dell'esonero dal servizio militare; diniego dell'intendente di finanza di sospendere la riscossione coattiva di tributi), sono tali da sacrificare interessi strumentali (esclusione dalla partecipazione a esami o a concorsi)*».

⁴⁹ E. FOLLIERI, *Sentenza di merito*, cit., 132, precisa al riguardo che «*il giudice amministrativo ha sospeso i provvedimenti negativi i cui effetti positivi fossero già stati stabiliti o dagli atti endoprocedimentali o dalla norma, nel senso che l'Autorità amministrativa non avesse alcuna (ulteriore) discrezionalità nel quid o nel quomodo*».

⁵⁰ Per un aggiornamento sui più rilevanti arresti giurisprudenziali all'entrata in vigore del codice di rito, si rinvia a S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, Torino, 2012, 79 ss.

⁵¹ La norma aveva novellato l'art. 21 della legge n. 1034/1971, prevedendo, appunto, per la prima volta, la possibilità di chiedere «*l'emanazione di misure cautelari ... più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso*».

⁵² U. POTOTSCHNIG, *La tutela cautelare, in Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione (Atti del XXXI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione - Varenna, 19-21 settembre 1985)*, Milano 1988, 195, nell'auspicare l'intervento del legislatore a risolvere i «*forti e penetranti limiti entro cui il giudice amministrativo può oggi disporre, secondo la legge, misure cautelari, valendosi dell'unico potere che gli è esplicitamente riconosciuto: quello di sospendere l'esecuzione dell'atto impugnato*», sosteneva che, «*sin quando la norma scritta sulle possibili misure cautelari del giudice amministrativo rimane quella che è, lo sforzo della giurisprudenza continua a subire una pesante ipotesi e rischia di approdare a risultati non omogenei. Senza nulla togliere dunque agli altissimi meriti che questa giurisprudenza si è conquistata, è da condividere l'opinione di coloro che ritengono non solo opportuno, ma necessario e anzi indispensabile in questa fase l'intervento del legislatore, e ciò proprio per acquisire tra l'altro definitivamente e stabilizzare, attraverso una norma scritta, quanto già la giurisprudenza è venuta, nel suo insieme, affermando, andando al di là della mera sospensione dell'atto impugnato*». Di diverso avviso (ma nel lungo lasso di tempo trascorso, l'evoluzione giurisprudenziale si era frattanto consolidata), D.M. TRAINA, *La proposizione del ricorso e la tutela cautelare*, in G. MORBIDELLI, *Codice della giustizia amministrativa*, Milano 2005, 529 ss., il quale sostiene che «*la novella del 2000 segna il momento di canonizzazione di una lunga evoluzione giurisprudenziale che, già in precedenza, aveva finito per travolgere i confini angusti in cui la lettera legis relegava l'istituto. Il passaggio da una tutela tipica (la sospensione del provvedimento impugnato), capace di fornire adeguata protezione ai soli interessi oppositivi e caratterizzata*

Il nuovo codice di rito realizza, dunque, un sistema compiuto di tutela cautelare⁵³, che ben può dirsi la sintesi delle acquisizioni giurisprudenziali⁵⁴.

L'art. 55 c.p.a. prevede che, «*Se il ricorrente, allegando di subire un pregiudizio grave e irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso, chiede l'emanazione di misure cautelari ... che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, il collegio si pronuncia con ordinanza emessa in camera di consiglio*»⁵⁵, e prescrive che «*L'ordinanza cautelare motiva in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato e indica i profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso*» (l'art. 119, comma 4, c.p.a. riduce i margini di intervento del giudice nella fase cautelare dei riti abbreviati, declinando il *periculum in mora* con riferimento al «*caso di estrema gravità ed urgenza*»).

Nulla di nuovo, dunque: si tratta di misure cautelari atipiche, assegnabili all'esito di un giudizio sul *fumus boni iuris* e sul *periculum in mora*, secondo i principi già affermati in giurisprudenza⁵⁶ e codificati per la prima volta nella legge n. 205/2000⁵⁷.

da una finalità essenzialmente conservatrice della res adhuc integra, ad una tutela atipica, adattabile anche agli interessi pretensivi e, nelle materie di giurisdizione esclusiva, ai diritti soggettivi, contrassegnata da finalità anticipatorie della soddisfazione dell'interesse protetto, si è compiuta infatti in via pretoria, ben prima che il legislatore della l. 205 la suggerisse affidando al giudice di adottare le "misure cautelari ... che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare gli effetti della decisione", ed aventi ad oggetto non solo l'atto impugnato ma anche il comportamento inerte dell'amministrazione.

⁵³ R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare*, cit., 1183, riferisce che «*L'imponenza della disciplina rispetto a quella del processo civile e alle stesse norme che sono state tradizionali per il processo amministrativo è solo in parte rivelata dalla sintesi delle rubriche degli articoli dedicati alla tutela cautelare: le "misure cautelari" collegiali (art. 55), le "misure cautelari" monocratiche (art. 56), la cautela ante causam (art. 61), la revoca o modifica delle "misure" collegiali e la riproposizione della domanda cautelare respinta (art. 58), l'appello (art. 62), l'esecuzione delle "misure" cautelari (art. 59), le spese del procedimento cautelare (art. 57), la definizione del giudizio nel merito in esito all'udienza cautelare (art. 60)*».

⁵⁴ L. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2010, 55, sostiene che il d.lgs. n. 104/2010 ha codificato lo *ius receptum*. F. DE LUCA, *L'evoluzione normativa*, cit., 31, precisa che il codice vuole essere, secondo i suoi autori, un punto di partenza di future elaborazioni giurisprudenziali. E, invero, P. DE LISE, *Verso il codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010, riferisce che il codice fu appositamente disegnato «*a maglie larghe*» con una «*spropensione a costituire una raccolta normativa che funga non tanto da "punto di arrivo" ma da "punto di partenza" per la giurisprudenza successiva*». A distanza di anni, si può senz'altro convenire con quanto scrive M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, in www.federalismi.it, 2017, nel senso che «*la disciplina della tutela cautelare, oramai stabilizzata nel codice del processo amministrativo, sembra avere chiuso definitivamente il proprio tragitto evolutivo. Le questioni storiche più risalenti appaiono risolte: la piena tutelabilità cautelare degli interessi legittimi pretensivi; l'esecuzione delle pronunce; l'atipicità e varietà delle misure adottabili; la regolamentazione strettamente processuale del giudizio e la sua relazione di strumentalità con il merito; il rapporto con la disciplina di derivazione europea; il procedimento monocratico e ante causam [sicché] Si potrebbe ritenere che il codice, in ultima analisi, abbia oramai toccato il livello massimo di difesa degli interessi legittimi realizzabile nel processo amministrativo di urgenza*». Sennonché, come egli avverte, «*sembra radicalmente invertito l'indirizzo del percorso storico compiuto dalla giustizia amministrativa: il processo cautelare, nella sua attuale realtà, non è più il luogo nel quale l'interesse pubblico si irrobustisce e cresce nella sua proiezione sostanziale, ma, all'opposto, diventa il terreno in cui questa posizione giuridica soggettiva è ridimensionata, profondamente condizionata dal ruolo prevalente, se non dominante, dell'interesse pubblico*».

⁵⁵ Si ritiene che incomba sul ricorrente di indicare le misure anticipatorie che gli appaiono più confacenti alle sue necessità di tutela cautelari. In questo senso, in dottrina, tra gli altri, F. SAPITA, *L'atipicità*, cit., 1240. E così si è espresso anche il Consiglio di Stato, 21/11/2000, n. 5895, ove si legge: «*In sede cautelare, il giudice amministrativo può adottare statuizioni positive idonee a tutelare l'interesse del ricorrente, restando tuttavia onere di quest'ultimo di precisare, in conformità del principio dispositivo, contenuto ed effetti del provvedimento d'urgenza che richiede*».

⁵⁶ C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, Padova 2002, 176.

L'art. 56 c.p.a. consente, quindi, di anticipare gli effetti della tutela con provvedimento monocratico, ogniqualvolta via sia un «*caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio*».

L'art. 61 c.p.a. consente, poi, di anticipare l'intervento cautelare del giudice anche rispetto alla notificazione del ricorso «*In caso di eccezionale gravità e urgenza*» così da essere ora accessibile una tutela cautelare *ante causam* (art. 61 c.p.a.), verso la quale, senza successo⁵⁸, aveva forzato la giurisprudenza di merito più intraprendente⁵⁹, finanche rimettendo alla Corte costituzionale la questione di costituzionalità dell'art. 21 della Legge TAR, «*nella parte in cui esclude[va] la tutela ante causam e la conseguente applicabilità dell'art. 700 e degli artt. 669 ss. c.p.c. davanti al giudice amministrativo*»⁶⁰. Ciò in coerenza (come vedremo, solo nominale) con le sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria, a conformazione dell'autonomia procedurale degli Stati membri.

Infine, l'art. 59 c.p.a. prevede che, «*Qualora i provvedimenti cautelari non siano eseguiti, in tutto o in parte, l'interessato ... può chiedere al tribunale amministrativo regionale le opportune misure attuative [e] il tribunale esercita i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza*». Secondo quanto già previsto nella legge n. 205/2000, a conferma del risultato cui era da tempo pervenuta in via interpretativa l'Adunanza plenaria a colmare un evidente vuoto normativo⁶¹ ⁶² con l'avallo della Corte costituzionale⁶³, in tal modo dila-

⁵⁷ L'art. 3 della legge n. 205/2000, riformulando l'art. 21, comma 7, della legge n. 1034/1971, disponeva che, «*Se il ricorrente, allegando un pregiudizio grave e irreparabile derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato, ovvero dal comportamento inerte dell'amministrazione, durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso, chiede l'emanazione di misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, il tribunale amministrativo regionale si pronuncia sull'istanza con ordinanza emessa in camera di consiglio*». Questo in stretta assonanza, persino letterale, con il disposto dell'art. 700 c.p.c., ove appunto, è statuito che «*chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito*».

⁵⁸ Consiglio di Stato, Sez. V, 28/4/1998, n. 781 e Corte costituzionale, 10/5/2002, n. 179.

⁵⁹ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 14/11/1997 e 3/4/1998.

⁶⁰ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 19/6/1998.

⁶¹ Consiglio di Stato, Ad. plen., 30/4/1982, n. 6.

⁶² S. RAIMONDI, *Profili processuali ed effetti sostanziali della tutela cautelare tra giudizio di merito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 625 e 627, afferma al proposito che il legislatore ha semplicemente codificato l'orientamento giurisprudenziale e non ha dunque voluto distinguere la fase dell'adozione da quella di esecuzione della misura cautelare, sicché «*Il giudice della cautela possiede ed esercita, fin dalla decisione sull'istanza cautelare, poteri ordinatori e poteri sostitutivi che sono propri del giudice dell'esecuzione*».

⁶³ Corte costituzionale, 8/9/1995 n. 419, nella quale si afferma il principio che, «*una volta intervenuta una pronuncia giurisdizionale la quale riconosca come ingiustamente lesivo dell'interesse del cittadino un determinato comportamento dell'amministrazione, o che detti le misure cautelari ritenute opportune e strumentali all'effettività della tutela giurisdizionale, incombe sull'amministrazione l'obbligo di conformarsi ad essa; ed il contenuto di tale obbligo consiste appunto nell'attuazione di quel risultato pratico, tangibile, riconosciuto come giusto e necessario dal giudice. Ma proprio in base al già ricordato principio di effettività della tutela giurisdizionale deve ritenersi connotato intrinseco della stessa funzione giurisdizionale, nonché dell'imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio, il potere di imporre, anche coattivamente in caso di necessità, il rispetto della statuizione contenuta nella pronuncia e, quindi, in definitiva, il rispetto della legge stessa [sicché] la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria*».

tando i poteri del giudice cautelare sino alla possibilità di provvedimenti di tipo surrogatorio, attraverso l'intervento di un commissario *ad acta*⁶⁴.

6.4. L'apparente paradosso

La codificazione di un sistema di tutela cautelare atipico non ha risolto le questioni più dibattute, discendenti dai principi di strumentalità della tutela cautelare e di riserva di amministrazione, che già avevano ostacolato l'ampliamento della sospensione attraverso l'interpretazione evolutiva dei desueti testi normativi⁶⁵.

La giurisprudenza pretoria, come poi confermata dalla legge n. 205/2000 e dal d.lgs. n. 104/2010, consente, invero, al giudice di interferire con l'esercizio di una potestà amministrativa in divenire. E ciò ancorché il codice di rito sia ora risoluto nell'affermare che «*in nessun caso il giudice può pronunciarsi con riferimento a poteri non ancora esercitati*» (art. 34, comma 2, c.p.a.)⁶⁶.

Per tale via si realizza, dunque, un (apparente) paradosso: perché la tutela cautelare sopravanza gli obiettivi di tutela del giudizio di merito⁶⁷, consentendo al giudice amministrativo di assegnare tutela diretta all'interesse leso, attraverso l'imposizione di un obbligo di agire alla P.A. (ordinanze propulsive)⁶⁸, e in taluni

⁶⁴ F. CINTIOLI, *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 69.

⁶⁵ Sostengono che la riforma abbia lasciato irrisolte le questioni fondamentali della tutela cautelare atipica, tra gli altri: F. SAITTA, *L'atipicità delle misure cautelari*, cit., F. CINTIOLI, *Osservazioni sul nuovo processo cautelare amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2001, 248 ss.; A. POLICE, *Giurisdizione piena e trasformazioni della tutela cautelare*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive* (Atti della Tavola Rotonda in memoria di L. Migliorini - Perugia, 7 dicembre 2001), Torino 2003, 231 ss.; R. GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi*, cit., 884 ss.; M. BOVE, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 51. Di contro, P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 16, sostiene, invece, che il divieto di pronuncia su poteri non ancora esercitati si riferisca alle sole sentenze di merito e non sia estensibile alle decisioni cautelari, perché ne sarebbe altrimenti pregiudicata l'effettività della tutela cautelare.

⁶⁶ M. ALLENA, F. FRACCHIA, *Il ruolo e il significato*, cit., 230, ritengono che la norma non si ponga in contrasto con la forma di tutela delle ordinanze propulsive, perché, nel caso del *remand*, è pur sempre la P.A. ad avere l'ultima parola in ordine alla definizione dell'assetto sostanziale degli interessi.

⁶⁷ F. CINTIOLI, *L'esecuzione cautelare*, cit., 58, evidenzia «il visibile "paradosso" di una tutela cautelare più completa, per intensità e tempi, di quella apprestata dal giudizio di cognizione». D'altro canto, R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare*, cit., 1172, sostiene, però, che si tratterebbe di un'affermazione fuorviante, giacché «La sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato non si caratterizza giuridicamente come un'anticipazione dell'annullamento, né per la ratio, né per lettera normativa [sicché] la cautela non è sempre un minus del petitum finale dato a chi ha ragione». E, in effetti, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 311, sostiene che «il giudice della sospensione conosce in definitiva degli interessi per così dire finali delle parti, e, quindi dell'intero assetto sostanziale d'interessi».

⁶⁸ Si legge in Consiglio di Stato, Sez. V, 19/2/2007, n. 833, che «Il c.d. *remand* (così è anche denominata la figura delle ordinanze propulsive) instaura dunque un dialogo tra la giurisdizione e l'amministrazione, mirante ad orientare l'attività discrezionale della seconda nella direzione, ritenuta giuridicamente ortodossa, suggerita dalla prima». S. TARULLO, *La tutela cautelare*, cit., distingue, al proposito, le ordinanze propulsive (con le quali «il giudice si limita ad imporre "all'autorità emanante di riesaminare il contenuto dell'atto ... alla luce delle censure contro di esse dedotte" ...» dal *remand*, con il quale, invece, «il giudice, motivando sul *fumus*, "suggerisce" all'amministrazione il provvedimento da adottare nel caso concreto».

casi persino di adottare provvedimenti cautelari produttivi direttamente degli effetti propri del provvedimento (ordinanze sostitutive)⁶⁹, anticipando i contenuti non solo della sentenza ma anche della successiva attività rinnovatoria della P.A.⁷⁰.

In questo modo si rischia, tuttavia, di corrompere i due tratti caratteristici della tutela cautelare: (i) la strumentalità⁷¹, vale a dire l'impossibilità di assicurare al ricorrente una tutela maggiore di quella che gli sarà offerta dalla sentenza conclusiva del giudizio⁷², secondo quella che è definita come «regola della continenza»⁷³; (ii) la provvisorietà⁷⁴, a evitare che la tutela cautelare si trasformi in una tutela sommaria⁷⁵.

Allargando il perimetro della tutela cautelare agli interessi pretensivi, si ha, infatti, che, mentre la sentenza non condiziona, se non in misura alquanto lata, l'esercizio della discrezionalità della P.A.⁷⁶, altro e ben più invasivo è l'effetto con-

⁶⁹ A. TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 174 ss., ritiene ammissibili le misure d'urgenza di contenuto positivo, ma ritiene incompatibili con le caratteristiche ontologiche del provvedimento cautelare le ordinanze c.d. propulsive. Nel senso, invece, dell'inammissibilità di misure cautelari sostitutive si è espresso, tra gli altri, E. F. RICCI, *Profili della nuova tutela cautelare amministrativa del privato nei confronti della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 284 ss. Sul contrasto dottrinario, più in generale, si rinvia a R. LEONARDI, *La tutela cautelare*, cit., 165 ss.

⁷⁰ R. GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi*, cit., 877.

⁷¹ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio*, cit., 176 afferma che la tutela cautelare è funzionale «più che a far giustizia ... a garantire l'efficace funzionamento della giustizia». E. FOLLIERI, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, cit., 673, avverte che «il carattere di strumentalità della misura cautelare al giudizio ordinario si perde se si insegue la soddisfazione dell'interesse legittimo ... Occorre, dunque, considerare che la strumentalità dell'ordinanza cautelare va misurata con la sentenza». Questo quanto al c.d. profilo funzionale della strumentalità. Con riguardo, invece, al profilo strutturale della strumentalità, lo stesso è preservato solo che gli effetti del provvedimento cautelare devono essere confermati dalla sentenza, divenendo altrimenti l'ordinanza cautelare inefficace. Ciò che, indubbiamente, è anche con riguardo alle ordinanze propulsive/sostitutive, rispetto alle quali si ritiene che i provvedimenti amministrativi deliberati dalla P.A. in ottemperanza al provvedimento cautelare siano, comunque, caduchi, salvo che la medesima amministrazione abbia a configurare il suo provvedimento come autonomo atto di autotutela, accettandolo come definitivo. Anche se, per vero, vi è anche chi ha sostenuto che «La rinnovazione di un provvedimento significa l'introduzione di una disciplina di interessi che per sua natura non può mai essere effettivamente interinale: infatti rappresenta sempre il risultato di un potere esercitato nella pienezza» (A. TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo*, cit. 176).

⁷² Si tratta di affermazione risalente. In questo senso, già Consiglio di Stato, Ad. plen., 5/9/1984, n. 17, ove, appunto, si legge che «il giudizio cautelare può avere, ed anzi ha ... vita processuale autonoma, ma non produce utilità sostanziali diverse o superiori rispetto a quelle che la decisione di merito (i cui effetti essa tende a preservare nel tempo) può procurare alla parte». S. TARULLO, *La tutela cautelare*, cit., 2495, afferma che «questo è solo uno dei due possibili modi di intendere il principio di strumentalità, ed è anzi tra i due il più miope ed il più limitante». E. FOLLIERI, *Sentenza di merito*, cit., 140, sostiene che il carattere strumentale della misura cautelare rispetto alla sentenza si realizzerebbe in quanto la sentenza «per una sorta di "effetto di reciprocità" sarebbe strumentale al mantenimento degli effetti assicurati con la sospensiva, dovendo la sentenza, in caso di accoglimento del ricorso, consolidare quanto provvisoriamente concesso in via cautelare». La tesi, però, non convince, perché, anche ribaltando i termini del rapporto di strumentalità, resta comunque irrisolto il problema che la tutela giurisdizionale non può impingere sul merito della scelta amministrativa, stabilendo il giudice amministrativo una regola degli interessi che non sia già stabilita altrove (nella legge o negli atti endoprocedimentali attraverso i quali la P.A. abbia già esaurito la sua discrezionalità).

⁷³ F. GOISIS, *Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto "propulsivo" nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 858.

⁷⁴ P. CARPENTIERI, *Silenzio-rifiuto e tutela cautelare: alcuni spunti problematici*, in *Foro amm.*, 1995, 2012.

⁷⁵ M. ALLENA, F. FRACCHIA, *Il ruolo e il significato*, cit., 207.

⁷⁶ A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*,

formativo di una misura cautelare di carattere propulsivo, che – com'è stato rilevato – «consente un intervento diretto del giudice nel procedimento amministrativo [perché] il giudice si sostituisce – finalmente – all'amministrazione, ordinandole come comportarsi»⁷⁷.

6.5. La coerenza di questa evoluzioni con la Costituzione

Ci si è chiesti se questo nuovo assetto del giudizio cautelare – non più strumentale alla sentenza⁷⁸ e invasivo della riserva di amministrazione⁷⁹ – fosse coerente con il sistema della giustizia amministrativa, come definito dal legislatore in conformità ai principi costituzionali.

Si è suggerito, al proposito, di riferire la strumentalità non già alla sentenza, ma al successivo giudizio di ottemperanza (c.d. «strumentalità allargata»)⁸⁰, all'interno del quale si risolve il rigoroso distinguo tra giurisdizione e amministrazione. Si è, dunque, sostenuto che la tutela cautelare sia un'ipotesi di giurisdizione di merito⁸¹, piuttosto raccordata al giudizio di ottemperanza⁸², volta com'è ad assicurare la rea-

in *Atti del Convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo* (Napoli, 23-25 aprile 1960), Milano, 1962, 36 ss.

⁷⁷ F. SATTA, *Giustizia cautelare*, cit., F. DE LUCA, *L'evoluzione normativa*, cit., 16, sostiene, invece, che, «*atteso che l'oggetto del giudizio è stato progressivamente spostato dall'atto al rapporto, con la conseguente necessità per il giudice di pronunciarsi sulla spettanza del bene della vita in capo al privato, ove venga pronunciata una sentenza di annullamento dell'atto di diniego e il giudice formuli in motivazione un giudizio di spettanza positivo, l'amministrazione, conformandosi al giudicato, sarebbe comunque tenuta all'adozione del provvedimento richiesto dal privato, nonostante la sentenza da eseguire si presenti formalmente come di mero annullamento [sicché] L'effetto prodotto dalla misura cautelare non sarebbe quindi in tali casi quantitativamente maggiore o qualitativamente diverso rispetto a quello riconducibile ad un'eventuale sentenza di merito.*

⁷⁸ M. ALLENA, *La tutela cautelare*, cit., 62, sostiene invece che «*la tutela cautelare ha conservato i suoi due caratteri essenziali: la strumentalità e l'interinalità [anche dopo] lo sradicamento della tutela cautelare dal canone di tipicità.*» In questo senso si è espresso anche F. CINTIOLI, *L'esecuzione cautelare*, cit., 65, che anzi ritiene che la riforma abbia addirittura accentuato la strumentalità e la provvisorietà delle misure cautelari.

⁷⁹ F. DE LUCA, *I differenti tipi di misure cautelari*, in AA.VV., *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2011, 74, sostiene che «*Tale rischio, a ben vedere, si porrebbe soltanto il presenza di un'ordinanza positiva ..., che - per propria natura - vincola l'amministrazione all'adozione di un provvedimento dal contenuto predeterminato; non invece allorché venga emanata una misura propulsiva, mediante cui ... il giudice si limita a condannare l'amministrazione a riesaminare l'istanza del privato, senza predeterminare in alcun modo, se non in termini negativi, il contenuto che dovrà presentare il provvedimento da adottare.*

⁸⁰ S. TARULLO, *La tutela cautelare*, cit., 2526. Conferma di questa lata accezione di strumentalità si ha in Consiglio di Stato, Ad. plen., 5/9/1984, n. 17, ove, appunto, si afferma che «*il principio di effettività della tutela cautelare postula la piena coincidenza, di contenuti ed ambiti di efficacia, tra provvedimenti attuativi dell'ordinanza cautelare e provvedimenti adottabili dal giudice in sede esecutiva del giudicato di annullamento.*

⁸¹ A. ROMANO, *Tutela cautelare*, cit., 2491 ss. Questa tesi è contrastata da R. VILLATA, *Osservazioni sulla relazione del Prof. Pototschnig*, in *Processo amministrativo, quadro problematico e linee di evoluzione*, *Atti del XXXI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna, 19-21 settembre 1985, Milano, 1988, 420, con l'obiezione che il ricorrente, in via cautelare, non può ottenere più di quanto conseguirebbe all'esito del giudizio.

⁸² Si legge, a conferma di ciò, in T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 1/2/1996, n. 35 che «*il giudizio cautelare, analogamente a quello di ottemperanza, potendo implicare l'affermazione del dovere dell'amministrazione di provvedere mediante un facere specifico, deve essere ricondotto nell'ambito della giurisdizione estesa al merito, attesa l'unitarietà, nella fase cautelare, del momento di cognizione e di quello esecutivo.*» Si è scritto, al proposito, di una «*strumentalità allargata*» (S. TARULLO, *La tutela cautelare*, cit., 2526). Nel senso di estendere il rapporto di strumentalità sino

lizzazione concreta degli effetti del provvedimento amministrativo⁸³. In questo modo ricomponendo la «*perfetta coerenza del sistema*»⁸⁴ all'interno della giurisdizione di merito del giudice amministrativo (il giudizio di ottemperanza), dove le necessità di una giustizia effettiva non si scontrano con i limiti della giurisdizione di legittimità, a presidio della riserva di amministrazione sulla scelta concreta di esercizio della discrezionalità amministrativa.

La Corte costituzionale ha però stigmatizzato la tendenza (meglio: l'esperazione di quella tendenza) espansiva della tutela cautelare in ambiti che sono assegnati alla discrezionalità amministrativa, affermando che esorbitasse dai limiti della giurisdizione il provvedimento cautelare con cui si era «*preteso di orientare, e quindi di condizionare, nell'an e nel quomodo, l'azione amministrativa dettandone la regola nel caso concreto [perché] Almeno là dove la pubblica amministrazione agisca quale autorità, esercitando una potestà discrezionale ad essa spettante, i detti limiti sono infatti segnati, per qualsiasi giudice, dalla necessità di non porre ostacolo al libero spiegarsi di quella potestà discrezionale, e pertanto di non sostituirsi alla pubblica amministrazione condizionando positivamente l'azione amministrativa nel suo farsi [Così che sono stati ritenuti ammissibili] interventi del giudice in ordine ai quali un condizionamento del genere non è propriamente ipotizzabile per essere i medesimi non muniti di forza positivamente condizionante o non interferenti in un'azione amministrativa che possa considerarsi "nel suo farsi" nel senso suindicato: annullamento di provvedimenti amministrativi a contenuto positivo o negativo; sospensione di provvedimenti a contenuto positivo limitativi della sfera giuridica dei soggetti passivi del potere amministrativo [ma anche] provvedimenti cautelari o anticipatori da adottare in ordine a dinieghi od inazioni della pubblica amministrazione ... Ma ciò sempreché si tratti di interventi diretti a scongiurare la compromissione – e non anche di interventi diretti a produrre o a determinare direttamente la produzione – del risultato proprio dell'azione amministrativa» [in tal modo convalidando] Le sospensioni ammesse dalla giurisprudenza amministrativa in presenza di dinieghi o di omissioni della pubblica amministrazione [che] hanno infatti il limitato scopo di tutelare interinalmente situazioni di vantaggio già godute di fatto o jure ("insistenza" nelle concessioni amministrative scadute), o di neutralizzare esclusioni, che, quando non siano addirittura tali da impedire la realizzazione di pretese connesse all'esercizio di libertà (diniego dell'esonero dal servizio militare; diniego dell'intendente di finanza di sospendere la riscossione coattiva di tributi), sono tali da sacrificare interessi strumentali (esclusione dalla partecipazione a esami o a concorsi) [perché] In nessun caso le sospensioni in parola mirano a far ottenere*

al giudizio di ottemperanza, si è espresso, tra gli altri, F.G. SCOCA, *Prospettive della tutela cautelare*, in AA.VV., *La riforma della giustizia amministrativa in Italia ed in Spagna*, Torino, 2002, 228.

⁸³ M. ROSSI SANCHINI, *La tutela cautelare*, cit., 3437. G. SAPORITO, *Le sospensive "propulsive"*, cit., 361, sostiene che «*Le sospensive propulsive, ed in particolare quelle di atti negativi, ... della fase post-sentenza sposano tutti i caratteri, compreso (oltre l'effetto di eliminazione) quello ripristinativo, quello conformativo e soprattutto l'effetto vincolante*». Nello stesso senso, F. PUGLIESE, *Le ragioni del controinteressato nell'evoluzione della tutela cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 392, sostiene che il processo cautelare è «*caricato dei significati sia del giudizio di cognizione che di quello di ottemperanza*». Ciò in sintonia con quanto affermato, al proposito del processo civile, da P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio*, cit., 182, ove si legge di «*quei provvedimenti che servono ad agevolare la fruttuosità pratica di una futura esecuzione forzata, impedendo la dispersione dei beni che potranno essere oggetto della medesima*».

⁸⁴ F. SATTÀ, *Giustizia cautelare*, cit.

quel soddisfacimento dell'interesse sostanziale che solo dall'azione amministrativa può essere realizzato^{85 86}.

Quindi, vi è, in realtà, piena corrispondenza tra la misura della tutela erogabile all'esito del giudizio e quella che può essere anticipata in sede cautelare, perché in entrambi i casi è possibile conformare l'attività della P.A.⁸⁷, purché in ambiti non coperti dalla riserva di amministrazione⁸⁸.

Bisogna, invero, evitare che la misura propulsiva invada il territorio delle valutazioni di merito riservate alla P.A., non potendo, comunque, il giudice imporre, in sede cautelare, al fine di soddisfare l'interesse del ricorrente, l'adozione di un provvedimento di un determinato contenuto⁸⁹, bensì solo formulare prescrizioni conformative dell'azione amministrativa alla legge e ai principi non scritti di buona amministrazione, secondo la tecnica del *remand*⁹⁰.

In questo modo, è pure rispettato il tratto ontologico della natura interinale del provvedimento cautelare, purché si aderisca all'orientamento giurisprudenziale secondo cui «*la circostanza che l'amministrazione adotti con riserva, in esecuzione di ordinanza cautelare del giudice amministrativo, provvedimenti interinalmente rivolti a costituire le posizioni utili cui il ricorrente aspiri, o ad essi giuridicamente conseguenti, implica che nessuna posizione consolidata può riconoscersi a vantaggio dell'interessato, una volta che, esauritosi negativamente il giudizio di merito e venute, pertanto, meno, le ragioni del provvedimento con riserva, l'amministrazione rimuove ogni ulteriore atto adottato sul presupposto degli effetti dell'ordinanza*

⁸⁵ Corte costituzionale, 22/4/1991, n. 175.

⁸⁶ R. VILLATA, *La Corte costituzionale frena bruscamente la tendenza ad ampliare la tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 794, a commento della sentenza, afferma che «*La Corte costituzionale ha formulato alcune puntualizzazioni che segnano una netta battuta d'arresto alla tendenza ad ampliare i poteri sostitutivi del giudice (anche) amministrativo nei confronti della pubblica amministrazione*».

⁸⁷ F. CAMMEO, *La nullità parziale degli atti amministrativi e le giurisdizioni di annullamento*, in *Giur. it.*, 1911, III, 28, sosteneva che annullare un diniego «*non può significare che la dichiarazione del diritto ad ottenere il corrispondente atto positivo e l'ordine di emetterlo; o l'accertamento che in quelle forme, modi e casi l'atto negativo non è giustificato*».

⁸⁸ C. CACCIAVILLANI, *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego*, cit., 105 ss.

⁸⁹ A. TRAVI, *Misure cautelari di contenuto positivo*, cit., 179 sostiene che «*quando la sentenza non può esaurire i margini di discrezionalità dell'amministrazione ... non si possa ammettere una misura cautelare "positiva" che attribuisca al ricorrente, sia pure in via interinale, il vantaggio negato dall'amministrazione col provvedimento impugnato*». Di contrario avviso è, invece, S. TARULLO, *La tutela cautelare*, cit., 2494, il quale ritiene che il principio di effettività della tutela giurisdizionale ben consenta «*l'occasionale incisione sull'esercizio di un diverso potere dello Stato ad opera del magistrato*». Ma questa conclusione non pare condivisibile, giacché segue all'affermazione dell'irrelevanza costituzionale (o, perlomeno della dequotazione) del principio della separazione dei poteri, che invece conforma il nostro sistema.

⁹⁰ R. GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi*, cit., 880, avverte, tuttavia, che «*L'ammissibilità del remand e la sua coniugabilità con i connotati ontologici propri della misura cautelare, oltre a non essere mai stati pacificamente riconosciuti nel dibattito dottrinale, sono stati apertamente esclusi dallo stesso Consiglio di Stato*». E, invero, si legge in Consiglio di Stato, Sez. V, 30/5/2000, n. 2586: «*Considerato che nell'esame di istanze cautelari contro diniego di autorizzazione, i TAR, come più volte ritenuto dal Consiglio di Stato, non possono ordinare all'amministrazione resistente di concedere le autorizzazioni da questa negate; l'annullamento del diniego può esser fatto solo con sentenza e non ordinato all'amministrazione; se i TAR ritengono di concedere l'autorizzazione provvisoria, e salvo vanificazione in caso di esito non favorevole al ricorrente del grado di giudizio cognitorio, devono farlo essi stessi*». Ma così obiettivamente non è, giacché le ordinanze propulsive redatte con la tecnica del *remand* non smentiscono i due tratti ontologici della tutela cautelare (la strumentalità e l'interinalità) e non usurpano la riserva di amministrazione.

cautelare, senza che occorra al riguardo una specifica valutazione del pubblico interesse all'annullamento d'ufficio»⁹¹ 92.

6.6. Le recenti involuzioni legislative a protezione di un indefinito interesse pubblico

Il codice di rito non risolve il problema del bilanciamento del pregiudizio del privato con quello della P.A. e del controinteressato, nella valutazione del *periculum in mora*.

Invero, l'art. 55 c.p.a. individua il presupposto della tutela cautelare nel «*pregiudizio grave e irreparabile*» allegato dal solo ricorrente.

Così da legittimare la tesi radicale che esclude il bilanciamento tra gli opposti interessi coinvolti nella decisione cautelare, in ragione del rilievo (letterale) che la norma «*prende in considerazione le sole ragioni del ricorrente, in funzione del pregiudizio che potrebbe subire dalla esecuzione del provvedimento impugnato, senza alcun richiamo al bilanciamento tra questo pregiudizio e quello derivante all'amministrazione, originariamente contemplato dalla giurisprudenza amministrativa*»⁹³.

La prevalente prassi giurisprudenziale, però, è nel senso del necessario bilanciamento tra le opposte esigenze e assegna addirittura all'interesse pubblico una rilevanza prevalente a sconsigliare la concessione della misura cautelare.

Ciò che è ora espressamente previsto nel codice di rito: (a) con riferimento alle infrastrutture strategiche (art. 125, comma 2, c.p.a.), per le quali è sancito che, «*In sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure*»⁹⁴; (b) con riferimento più generico alla procedure di affidamento degli appalti pubblici

⁹¹ Consiglio di Stato, Sez. V, 19/4/1996, n. 589.

⁹² A. ROMANO, *Tutela cautelare*, cit., 2502, là dove ammette la tutela cautelare sostitutiva, avverte però che essa incontra il limite «*intrinseco in ogni misura interinale: la provvisorietà dei suoi effetti; la quale renderà ben difficile, ad esempio che quel giudice (il giudice della cautela) possa consentire lo svolgimento di attività che, viceversa, costituiscono situazioni in fatto non facilmente reversibili*». Sono, dunque, eccentriche rispetto ai principi, le previsioni di cui all'art. 4 del d.l. 30/6/2005 n. 115, come integrato in sede di conversione dall'art. 1 della legge 17/8/2005 n. 168, a mente del quale: «*Conseguono ad ogni effetto l'abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono i candidati, in possesso dei titoli per partecipare al concorso, che abbiano superato le prove d'esame scritte ed orali previste dal bando, anche se l'ammissione o la ripetizione della valutazione da parte della commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela*». E di esse si è, invero, dubitato la conformità alla Costituzione. Ma Corte costituzionale, 9/4/2009, n. 108, ha ritenuto la questione di legittimità costituzionale infondata. Si è però affermato che la sentenza ha, con ciò, «*perso di vista il vero punto che era ed è in gioco, ossia il concetto stesso e la funzione della tutela cautelare nel sistema [così da] vulnerare la posizione giuridica della controparte e l'effettività del suo diritto di difesa*» (M. BOVE, *La tutela cautelare*, cit., 55).

⁹³ Corte di cassazione, Sez. un., 24/6/2004, n. 11750.

⁹⁴ M. V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, 2012, scrive al proposito di un «*periculum bilaterale*».

(art. 120, comma 8-ter, c.p.a.)⁹⁵, a proposito delle quali si richiede al giudice di tenere conto «delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto»⁹⁶.

L'espressa previsione del bilanciamento si ripete, poi, in tanti interventi legislativi estemporanei, tutti accomunati dall'obiettivo di limitare la tutela cautelare. Così, l'art. 9, comma 2-sexies, d.l. n. 133/2014, per gli interventi di estrema urgenza in materia di vincolo idrogeologico, di normativa antisismica e di messa in sicurezza degli edifici scolastici, prevede che «il tribunale amministrativo regionale, nel valutare l'istanza cautelare, può accoglierla unicamente nel caso in cui i requisiti di estrema gravità e urgenza previsti dall'art. 119, comma 4, [c.p.a.] siano ritenuti prevalenti rispetto alle esigenze di incolumità pubblica evidenziate dalla stazione appaltante». E così dispone anche l'art. 95, comma 2, d.lgs. n. 180/2015⁹⁷, che prevede che «si presume fino a prova contraria che la sospensione dei provvedimenti della Banca d'Italia o del Ministero dell'economia e delle finanze sarebbe contraria all'interesse pubblico», e che ha un senso solo sull'implicito presupposto che quell'interesse debba (nel regime processuale ordinario) sempre essere bilanciato con quello del ricorrente.

Sono, dunque, questi indizi normativi di un principio generale che impone il bilanciamento degli interessi coinvolti nella decisione cautelare.

Ciò che, dunque, conferma la prevalente prassi giurisprudenziale di interpretare il disposto dell'art. 55 c.p.a. al di là del suo (più limitato) significato letterale, che valorizza il *periculum in mora* solo con riferimento al pregiudizio lamentato dal ricorrente.

Un conto è, tuttavia, il bilanciamento degli interessi coinvolti nel giudizio (e suscettibili di essere pregiudicati dalla decisione cautelare), altro è assegnare aprioristicamente all'interesse pubblico un valore «preminente», a sconsigliare l'adozione della misura cautelare.

Sicché, vi è da dubitare della costituzionalità (e della coerenza con i principi comunitari di effettività della norma UE e della tutela giurisdizionale) di una aprioristica preferenza, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, di un indefinito interesse pubblico, a restringere la tutela cautelare⁹⁸.

E il rilievo è vieppiù di attualità nella considerazione che la normativa di contrasto alla recessione conseguente alla recente pandemia ha, temporaneamente, esteso la disciplina dell'art. 125, comma 2, c.p.a. (e, dunque, l'ingiustificato privilegio

⁹⁵ Comma inserito dall'art. 204, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 50/2016.

⁹⁶ Distingue, al proposito, l'interesse generale dall'interesse pubblico, G. SEVERINI, *Tutela cautelare e interesse generale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017, avvertendo dunque che non si può individuare l'interesse generale nell'interesse (pubblico) della stazione appaltante all'esecuzione del contratto, perché altrimenti si introdurre un ingiustificato squilibrio processuale tra le parti in causa e si altererebbero le regole della concorrenza che, invece, la normativa comunitaria tutela.

⁹⁷ Che recepisce, peraltro, l'art. 85 della direttiva 2014/59/UE («Gli Stati membri provvedono a che tutte le persone interessate da una decisione di adottare una misura di gestione della crisi abbiano il diritto di presentare ricorso avverso tale decisione», ma precisa poi che «la decisione dell'autorità di risoluzione è immediatamente esecutiva e determina la presunzione relativa che una sospensione della sua esecuzione sarebbe contraria all'interesse pubblico»).

⁹⁸ M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare*, cit., 41.

dell'interesse pubblico) all'aggiudicazione di tutti i contratti pubblici nel periodo emergenziale⁹⁹. Ciò che, a prescindere dalla natura contingente della riforma, assume un più generale significato: la definizione della misura cautelare (ma più in generale di una tutela giurisdizionale efficace) quale ostacolo allo sviluppo economico. Quanto per vero, difficilmente, si comprende nella prospettiva di un processo a tutela dell'*effet utile* delle norme UE sugli appalti pubblici, che – com'è noto – sono a protezione del mercato e, quindi, della corretta allocazione delle risorse pubbliche secondo le dinamiche della libera concorrenza.

A uguale considerazione critica si espone l'art. 120, comma 8-*bis*, c.p.a.¹⁰⁰, là dove prevede che la misura cautelare eventualmente concessa al ricorrente abbia una durata non superiore a sessanta giorni. Invero, la norma, quantunque intenda accelerare la decisione del merito del ricorso (a tutela dell'interesse pubblico alla esecuzione del contratto) finisce con il penalizzare il ricorrente di una disfunzione del processo, di cui non ha alcuna responsabilità¹⁰¹.

6.7. La tutela cautelare nella giurisprudenza della Corte di giustizia (con riguardo agli atti amministrativi nazionali in contrasto con le norme UE)

Nella sentenza *Factortame*¹⁰² si poneva il problema della tutela cautelare rispetto a una norma nazionale in contrasto con le norme e i principi comunitari (la questione si poneva, dunque, in termini assai originali, perché si era chiesto al giudice di ingiungere alla P.A. un *facere*, piuttosto che di sospendere gli effetti di un provvedimento amministrativo, e, quindi, susciterebbe più di un'obiezione se riproposta, anche con riferimento alle modalità operative, nel nostro ordinamento)¹⁰³.

All'esito di alterni risultati nei due precedenti gradi del giudizio, infine, la *House of*

⁹⁹ L'art. 4, comma 2, del d.l. 16/7/2020 n. 76 prevede che nell'impugnazione degli atti relativi alle procedure di evidenza pubblica avviate entro il 31/7/2021 si applica, in ogni caso, l'art. 125, comma 2, c.p.a.

¹⁰⁰ Comma inserito dall'art. 40, comma 1, lett. b), d.l. n. 90/2014.

¹⁰¹ Corte costituzionale, 1/2/1982, n. 8, chiamata a pronunciarsi su analoga disposizione introdotta dall'art. 5, comma 3, della legge n. 1/1978, ha tuttavia statuito che in tal modo il legislatore si è posto «il problema delle conseguenze connesse al prolungarsi degli effetti di una pronuncia positiva di sospensione quando tardi eccessivamente la decisione sul merito del gravame, dato che in tal caso rimane ostacolata la realizzazione delle opere alle quali la legge predetta si riferisce [e] In questo quadro si colloca anche la ulteriore misura consistente nella fissazione di un *dies ad quem*, decorso il quale la ordinanza che ha paralizzato la efficacia dell'atto impugnato perde essa stessa efficacia e l'atto impugnato può produrre i suoi normali effetti: si tratta di una disposizione la quale ha inteso evitare la possibilità di danni gravi alla soddisfazione del pubblico interesse ed insieme maggiormente stimolare il giudice amministrativo di primo grado a risolvere rapidamente nel merito le controversie sottopostegli e, quindi, a consentire o negare in via definitiva la realizzazione dell'opera [sicché] il diritto di difesa ... non viene soppresso né gravemente limitato».

¹⁰² Corte di giustizia, 19/6/1990, causa C- 213/89.

¹⁰³ Si legge nelle conclusioni dell'Avvocato Generale G. Tesouro nella causa 213/89 che «Al riguardo, sia il giudice a quo nell'ordinanza di rinvio, sia il governo inglese nelle osservazioni scritte, hanno sottolineato che se la questione del conflitto con il diritto comunitario fosse sorta nel corso di un procedimento penale o amministrativo instaurato a carico degli stessi interessati per violazione della legge sul registro navale, il giudice avrebbe ben potuto sospendere il procedimento (e persino l'eventuale misura di sequestro delle navi), in attesa dell'esito del rinvio pregiudiziale alla Corte sull'interpretazione delle norme comunitarie rilevanti».

Lords giunse alla conclusione che: (i) «Una simile ordinanza, a differenza di qualsiasi provvedimento cautelare noto alla legge, determinerebbe irreversibilmente a favore dei ricorrenti per un periodo di circa due anni diritti che sono necessariamente incerti fino alla pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia [sicché] Se i ricorrenti non riuscissero a dimostrare i diritti che rivendicano dinanzi alla Corte di giustizia, l'effetto del provvedimento cautelare concesso sarebbe di aver conferito loro diritti direttamente contrari alla volontà sovrana del Parlamento»; (ii) «la corretta interpretazione della Sezione 31 del Supreme Act del 1981 non consente la pronuncia di provvedimenti cautelari nei confronti della Corona»¹⁰⁴.

La House of Lords chiarì, tuttavia che quella conclusione si imponeva solo dal punto di vista del diritto interno («as a matter of English law») e i giudici inglesi si interrogarono, quindi, sulla possibilità di giungere a un esito differente applicando le norme di diritto comunitario¹⁰⁵.

Fu, perciò, chiesto alla Corte di giustizia di «accertare se il giudice nazionale chiamato a dirimere una controversia vertente sul diritto comunitario, ritenendo che una norma del diritto nazionale sia l'unico ostacolo che osta all'adozione di provvedimenti provvisori, debba disapplicare tale norma»¹⁰⁶.

La Corte di giustizia ha, quindi, statuito che «la piena efficacia del diritto comunitario sarebbe ... ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario. Ne consegue che in una situazione del genere il giudice è tenuto a disapplicare la norma di diritto nazionale che sola osti alla concessione di provvedimenti

¹⁰⁴ Regina v. Secretary of State for Transport ex p. Factortame (1989). Nell'originale: (i) «Any such order, unlike any form of order for interim relief known to the law, would irreversibly determine in the appellants' favor for a period of some two years rights which are necessarily uncertain until the preliminary ruling of the ECJ has been given [so] If the appellants fail to establish the rights they claim before the ECJ, the effect of the interim relief granted would be to have conferred upon them rights directly contrary to Parliament's sovereign will»; (ii) «the correct interpretation of Section 31 of the Supreme Act 1981 was that no injunctive relief could be granted against the Crown»

¹⁰⁵ R. PETRUSO, L'armonizzazione del diritto inglese con il diritto europeo: una verifica giurisprudenziale, in Europa e dir. priv., 2008, 702.

¹⁰⁶ Questa è la sintesi del quesito elaborata dalla Corte di giustizia. In realtà, si è sostenuto che l'esito della controversia fu condizionato da come la Corte di giustizia abbia eccessivamente semplificato la questione pregiudiziale che le era stata sottoposta dalla House of Lords (L. PAPADIAS, *Inter protection under community law before the national Courts. The right to a judge with jurisdiction to grant interim relief*, in LIEI, 1994, 1171. In effetti, la questione era stata formulata nei seguenti termini: «1) Where a party before the national court claims to be entitled to rights under Community law having direct effect in national law, a national measure in clear terms will, if applied, automatically deprive that party of the rights claimed, there are serious arguments both for and against the existence of the rights claimed and the national Court has sought a preliminary ruling under article 177 as to whether or not the rights claimed exist, the national law presumes the national measure in question to be compatible with Community law unless and until it is declared incompatible, the national Court has no power to give interim protection to the rights claimed by suspending the application of the national measure pending the preliminary ruling, if the preliminary ruling is in the event in favour of the rights claimed, the party entitled to those rights is likely to have suffered irremediable damage unless given such interim protection, does Community law either; (a) oblige the national Court to grant such interim protection on the rights claimed; or (b) given the Court power to grant such interim protection of the rights claimed? 2. If question 1(a) is answered in the negative and question 1(b) in the affirmative what are the criteria to be applied in deciding whether or not to grant such interim protection of the rights claimed?». In questo modo si sarebbe persa la complessità della questione posta dalla House of Lords, riconducendola a un tipico problema di rapporto tra le fonti risolvibile in base al principio del primato.

provisori [sicché] Il diritto comunitario dev'essere interpretato nel senso che il giudice nazionale chiamato a dirimere una controversia vertente sul diritto comunitario, qualora ritenga che una norma di diritto nazionale sia l'unico ostacolo che gli impedisce di pronunciare provvedimenti provvisori, deve disapplicare detta norma»¹⁰⁷.

La sentenza, ancorché sbrigativamente motivata¹⁰⁸, fu subito avvertita come rivoluzionaria e, secondo molti, altresì invasiva della sovranità nazionale, ben oltre ciò che era consentito dai Trattati¹⁰⁹.

E, in effetti, si ritiene che in questo caso la Corte di giustizia sia andata oltre l'affermazione di un obbligo di disapplicazione, giungendo persino a «imporre l'obbligo "in positivo" di dotarsi di quegli strumenti processuali necessari ed idonei a garantire il raggiungimento del risultato di diritto sostanziale imposto dalle norme comunitarie»¹¹⁰.

Si è ipotizzato, al proposito, che il principio espresso dalla Corte di giustizia sia, in realtà, la conseguenza di un equivoco: essa avrebbe infatti, supposto l'esistenza nel processo nazionale di una ordinaria potestà cautelare, il cui esercizio era tuttavia impedito con specifico riguardo agli atti del governo centrale da una norma a essi esclusivamente destinata, quando invece l'ordinamento processuale britannico prevedeva solo limitate ipotesi di tutele cautelari in casi specifici¹¹¹. Ciò che avreb-

¹⁰⁷ Corte di giustizia, 19/6/1990, causa C-213/89, *Factortame*.

¹⁰⁸ D. VAUGHAN, *Factortame and After: A Fishy Story*, in EBLR, 2005, 513, osserva al proposito che «*The Judgement of The Court of Justice is extremely short and succinct, basing itself almost entirely upon Simmenthal*» e soggiunge che quantunque fosse, in effetti, l'applicazione di un principio preesistente, nondimeno anche «*when the man landed on the moon for the first time, it was merely by the application of pre-existing technology, but it made the event non less memorable and extraordinary*».

¹⁰⁹ G. TESAURO, *Tutela cautelare e diritto comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1992, 133, riferisce che «*Il rinvio pregiudiziale alla Corte ha suscitato un certo clamore nella stampa e negli ambienti parlamentari inglesi, fino al conio della formula "constitutional enormity" per definire e forse scongiurare l'eventualità di una risposta positiva della Corte*». A.W. BRADLEY, *La sovranità del parlamento. In eterno?*, in Giur. cost., 1997, 1342, sostiene però che *Lord Bridge* respinge la tesi secondo la quale la decisione della Corte di giustizia fosse una indebita invasione della sovranità nazionale, sul rilievo che «*Se la supremazia del diritto comunitario sul diritto interno degli Stati membri non era sancita direttamente dal Trattato CEE, essa era certamente ben chiara nella giurisprudenza della Corte di giustizia molto tempo prima dell'adesione britannica alla Comunità. Pertanto, qualunque limitazione della sovranità del Parlamento accettata quando essa approvò lo European Communities Act era interamente volontaria. Non vi è pertanto nulla di insolito nell'accordare supremazia alle norme di diritto comunitario nelle materie in cui trovano applicazione ed è nient'altro che una conseguenza logica di tale supremazia sottolineare che, nella protezione dei diritti secondo l'ordinamento comunitario, i giudici nazionali non possano essere ostacolati da norme di diritto interno che impediscano loro di garantire una tutela provvisoria nei casi in cui ciò è necessario*».

¹¹⁰ D.U. GALETTA, *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra giudici alla luce della sentenza Melki*, in Dir. Un. eur., 2011, 238. A uguale conclusione, giunge anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2014, 1181.

¹¹¹ J. DONALDSON, *Can the Judiciary control Acts of Parliament?*, in LT, 1991, 7 e 8 afferma che «*the ruling by the European Court is based upon a misunderstanding of English law and to that extent may be mistaken ... The ruling appears to be based upon an assumption that the English law has a general power to grant interim injunctive relief which is subject to a special rule that this jurisdiction may not be exercised against the Crown. As the House of Lords made quite clear when giving judgment in Factortame the first time round, the Court's jurisdiction is statutory, being based upon section 31 of the Supreme Court Act 1981. In enacting this section, Parliament was giving or confirming a limited jurisdiction to issue interim injunctions against persons other than the Crown. It was not a universal jurisdiction which was subject to an exemption in favour of the Crown. If the United Kingdom courts were to have jurisdiction to overrule primary legislation, the appropriate ruling of the European Court would have been that Community law conferred a new jurisdiction on the English courts enabling them to issue interim injunction against the Crown*».

be consentito alla Corte di giustizia di risolvere la questione, sbrigativamente, con l'affermazione dell'obbligo di disapplicazione, senza contraddire la sua precedente giurisprudenza¹¹² secondo cui «il Trattato, nonostante abbia istituito un certo numero di azioni dirette che possono eventualmente venir esperite dai singoli dinanzi alla Corte di giustizia, non ha comunque inteso istituire mezzi d'impugnazione esperibili dinanzi ai giudici nazionali, onde salvaguardare il diritto comunitario, diversi da quelli già contemplati dal diritto nazionale»¹¹³.

In realtà, vi è ragione di dubitare dell'inesistenza di un ordinario potere cautelare nell'ordinamento britannico¹¹⁴, e dunque nel caso concreto è, per vero, difficile il distinguo tra regola ed eccezione¹¹⁵.

Vi è, quindi, altra spiegazione di una sentenza che, altrimenti, appare davvero come eccentrica (se non addirittura esorbitante i poteri di intervento della Corte di giustizia a limitare l'autonomia procedurale degli Stati membri).

Come affermato dalla nostra Corte costituzionale, infatti, l'attribuzione del potere cautelare è «naturale e consequenziale» all'attribuzione della potestà di annullamento di un atto della pubblica autorità¹¹⁶. Sicché, la Corte di giustizia non ha attribuito al giudice britannico un potere giurisdizionale che esso prima non aveva, bensì ha richiesto al giudice nazionale (nell'obbligo di interpretazione conforme) di dilatare (sino al massimo delle sue possibilità) il potere giurisdizionale che esso già aveva, disapplicando le norme che ostacolavano il raggiungimento dell'obiettivo di effettività della tutela giurisdizionale.

¹¹² A. GORDON, *Community Law and the Development of UK Administrative Law: Delimiting the 'Spill-Over' Effect*, in EPL, 1998, 259, sostiene che, «with regard to the ECJ's previous statements that EC law did not require the creation of new remedies for the protection of Community rights, *Factortame* seemed ill-placed».

¹¹³ Corte di giustizia, sentenza 7/7/1981, causa 158/80.

¹¹⁴ A. GORDON, *Community Law*, cit., 261, riferisce di diverse situazioni nelle quali, in realtà, il giudice inglese aveva, invero, affermato la possibilità di pronunciare misure cautelari nei procedimenti di *judicial review* sugli atti della pubblica autorità. Così in *Regina v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Herbage* [1987] QB 872 e *Regina v. Licensing Authority Established under the Medicines Act 1968, ex parte Smith, Kline & French Laboratories Ltd (no. 2)* [1990], 1 QB 574. Sicché, vi era, piuttosto, un contrasto giurisprudenziale sul punto, quantunque la posizione espressa dalla *House of Lords* fosse inequivocabilmente nel senso che l'art. 21 del *Crown Proceedings Act* del 1947 fosse di impedimento all'esercizio di un simile potere cautelare. Del resto, la stessa giurisprudenza successiva alla sentenza *Factortame* dimostra che la necessità di una tutela cautelare nei confronti degli atti dei pubblici poteri fosse immanente al sistema, giacché i giudici inglesi non ebbero poi remore ad applicare il principio affermato dalla Corte di giustizia anche in ambiti non rientranti nelle competenze comunitarie (*M. v. Home Office* [1993], 3, WLE, 433). Sicché, probabilmente, era più un problema di interpretazione, da risolversi con l'attivazione dell'obbligo di interpretazione conforme, quale espressione del principio di leale cooperazione ex art. 4 TUE.

¹¹⁵ P. OLIVER, *Interim Measures: Some Recent Developments*, in CMLR, 1992, 16, sostiene, invece, che «in the circumstances there is a very little difference between setting aside an obstacle to interim relief and creating interim relief as a fresh remedy [because] Interim order are a familiar part of the legal systems of all Member States and may be granted against the central government in many types of proceedings in all of them except Denmark and the United Kingdom [but] even in Denmark they may be granted in exceptional cases and in the United Kingdom they are available against public authorities not part of the central government [so] In these circumstances it is not easy to say whether extending the right to interim relief to categories of proceedings where it was not hitherto available constitutes the removal of an obstacle to such relief or the creation of a new remedy».

¹¹⁶ Corte costituzionale, 27/12/1974, n. 284.

Ciò che trova conferma in quanto scritto dall'Avvocato Generale Tesaur¹¹⁷, il quale aveva appunto sostenuto che la tutela cautelare «*si rileva uno strumento fondamentale e ineliminabile di qualsiasi sistema giurisdizionale, mirando a realizzarne in modo puntuale e mai vano lo scopo di accertamento del diritto e più in generale di attuazione della norma giuridica, tutte le volte che la durata del processo è idonea a pregiudicare il raggiungimento di tale scopo e dunque a vanificare l'effetto utile della sentenza [vieppiù perché], come risulta anche dall'ordinanza di rinvio e dalle osservazioni del governo inglese, il sistema processuale inglese conosce l'istituto della tutela cautelare di un diritto in attesa del definitivo accertamento, qualora vi sia periculum in mora e fondatezza prima facie della pretesa*».

E, invero, come si è dinanzi scritto, la questione (anche nell'opinione del giudice del rinvio) non era l'impossibilità assoluta di tutelare interinalmente la situazione giuridica dei ricorrenti, ma piuttosto l'inammissibilità di un provvedimento cautelare di tipo propulsivo per regolare una vicenda rispetto alla quale la P.A. non aveva ancora provveduto, discendendo la lesione lamentata direttamente dalla legge.

A ogni buon conto, anche a ritenere che l'intervento della Corte di giustizia non si giustifichi in ragione del solo principio del primato (che consente la disapplicazione di norme nazionali pregiudizievoli dell'effetto utile dell'effetto diretto di norme UE, ma non la creazione giurisprudenziale di nuovi strumenti processuali)¹¹⁸, la questione non ha, tuttavia, alcun valore rispetto all'applicazione di quel principio (la necessità di un efficace strumento cautelare a protezione delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria e anche a tutela dell'effettività della norma UE) in un sistema, quale il nostro, che già prevede (ma talvolta in modo incompleto) poteri cautelari volti ad apprestare tutela interinale agli interessi suscettibili di essere irrimediabilmente pregiudicati nel tempo necessario alla pronuncia della sentenza.

Nel nostro ordinamento (nel quale la tutela cautelare è un segmento ineliminabile della tutela giurisdizionale), certo è che, sulla scorta del principio affermato nella sentenza *Factortame* (che ha valore cogente, quale che siano le perplessità in ordine alla sua giustificazione dogmatica), debbono essere disapplicate le norme processuali nazionali che impediscono l'effettività della tutela cautelare e debbono, del pari, essere rifiutate (nell'obbligo di interpretazione conforme) prassi giurisprudenziali che conducono ad analogo risultato.

La Corte di giustizia (quantunque fosse stata richiesta al proposito di pronunciarsi dalla *House of Lords*) non ha chiarito con quali modalità il giudice nazionale fosse chiamato a esercitare la sua potestà cautelare¹¹⁹.

¹¹⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale G. Tesaur^o, nella causa C-231/89.

¹¹⁸ S. A. APTER, *Interim measures in EC law: towards a complete and autonomous system of protection before national courts?*, In EJCL, 2003, 13, sostiene che «*The obstacle the Court instructed the House of Lords to remove was not preventing the exercise of power that existed under English law. On the contrary, the said obstacle was the very negation of the jurisdiction to grant interim reliefs*».

¹¹⁹ A. BARONE, *Questione pregiudiziale di validità di un regolamento comunitario e poteri cautelari del giudice nazionale*, in Foro it., 1992, IV, 3, sostiene che l'omissione sia ingiustificata, non solo perché il giudice nazionale le aveva sottoposto la specifica questione, ma anche perché lascia di fatto alla discrezionalità dei giudici nazionali di stabilire le condizioni della tutela cautelare. Ma, in realtà, ciò corrisponde alla corret-

Ci soccorre, al proposito, quanto scritto dall'Avvocato Generale Tesauro (quantunque non abbia, all'evidenza, valore cogente): «non è sul piano formale, bensì sostanziale, che va valutata la possibilità che la tutela cautelare si realizzi attraverso (anche) un'ingiunzione all'amministrazione di un fare. Riterrei, ad esempio, irragionevole ipotizzare un'ingiunzione che si traduca in un'ingerenza nella sfera dei poteri discrezionali dell'amministrazione o addirittura del Parlamento (emettere un atto, adottare una legge), mentre reputo del tutto ragionevole e "ortodosso" ordinare un comportamento materiale non discrezionale ovvero, come nella specie, sospendere temporaneamente l'applicazione, con effetti solo per le parti in causa, della legge o dell'atto amministrativo, in attesa che il giudice sia in condizione di applicare o disapplicare in via definitiva l'una o l'altro»¹²⁰.

L'eco (e il condizionamento, forse) del dibattito nazionale sull'implementazione dei mezzi di tutela cautelare è evidente.

Vi è, però, che in questo ambito (l'individuazione delle modalità di esercizio della tutela cautelare), riemerge pienamente l'autonomia processuale degli Stati membri, sicché vi è solo l'obbligo del rispetto dei due criteri *Reve*¹²¹ di non discriminazione e di effettività (intesa a escludere che la norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti riconosciuti dalle norme UE). Donde, in definitiva, ogni ordinamento processuale è libero di scegliere le modalità attraverso le quali garantire una tutela cautelare effettiva (ovviamente, ciò con riguardo ai processi non armonizzati, rispetto ai quali, invece, ogni Stato membro ha solo una «competenza ... in merito alla forma e ai mezzi», secondo quanto dispone l'art. 288 TFUE)¹²².

6.8. Segue: con riguardo agli atti amministrativi nazionali conformi a norme UE invalide

La Corte di giustizia, in quel medesimo torno di tempo della sentenza *Factortame*, ha altresì affermato la necessità della tutela cautelare anche nella diversa ipotesi in cui la lesione della situazione giuridica soggettiva derivi da un provvedimento amministrativo di diritto interno che sia in esecuzione di un atto delle istituzioni comunitarie illegittimo.

Si legge, a tal proposito, nella sentenza *Zuckerfabrik*^{123 124}: «la tutela cautelare garan-

ta delimitazione delle competenze tra gli Stati membri e l'Unione europea e al doveroso rispetto del principio di autonomia procedurale. G. TESAURO, *Tutela cautelare*, cit., 134, infatti, sostiene che «Solo apparentemente non vi è risposta della Corte. In realtà, il riferimento alle sentenze *Ariete* e *Mireco* è una risposta, se non in chiaro, almeno in cifra».

¹²⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale G. Tesauro, nella causa C-231/89.

¹²¹ Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76.

¹²² L'Avvocato Generale G. Tesauro scrive al proposito: «ritengo non solo che al giudice spetti, ovviamente, la valutazione dei presupposti della tutela cautelare; ma anche che tali presupposti debbano essere e restare quelli che i singoli ordinamenti nazionali prefigurano, in difetto di una armonizzazione comunitaria».

¹²³ Corte di giustizia, 21/2/1991, causa 143/88.

¹²⁴ Nel commento alla sentenza, H.G. SCHERMERS, in CMLR, 137, afferma che la pronuncia della Corte di giustizia rappresenta una evoluzione fondamentale nella giurisprudenza comunitaria, «for the reason that it so clearly places the protection of the individual in the foreground, even in front of the question of priority».

tita dal diritto comunitario ai singoli dinanzi ai giudici nazionali non può variare a seconda che essi contestino la compatibilità delle norme nazionali con il diritto comunitario oppure la validità di norme di diritto comunitario derivato, vertendo la contestazione, in entrambi i casi, sul diritto comunitario medesimo ... pertanto ... l'art. [288 TFUE] dev'essere interpretato nel senso che esso non esclude la competenza dei giudici nazionali a concedere la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale adottato a stregua di un regolamento comunitario».

È questa una affermazione importante (non meno del principio espresso nella sentenza *Factortame*), opposta al pensiero dominante, che escludeva che i giudici nazionali potessero concedere misure cautelari sugli atti delle istituzioni comunitarie¹²⁵.

L'attribuzione al giudice nazionale del potere di provvedere in via interinale sulla sospensione di una norma comunitaria realizza, invero, un risultato contrastante con il principio di uniforme applicazione del diritto UE¹²⁶.

Ma le basi dell'innovativo pronunciamento della Corte di giustizia erano già state gettate nella sentenza *Foto-Frost*¹²⁷, cui si deve l'affermazione perentoria del principio che «*le giurisdizioni nazionali non sono competenti a dichiarare l'invalidità degli atti delle istituzioni comunitarie*», ma che aveva al contempo nondimeno affermato che quel principio generale «*può subire temperamenti, date certe condizioni, nell'ipotesi di procedimento sommario*».

La Corte di giustizia nella sentenza *Zuckerfabrik*¹²⁸ ha, tuttavia, precisato che «*la sospensione dell'esecuzione deve mantenere carattere provvisorio [sicché] Il giudice nazionale può quindi ordinare la sospensione cautelare solo fino a che la Corte non abbia statuito sulla questione della validità [e] Ove la Corte non sia già stata investita di tale questione, il giudice nazionale è perciò tenuto ad operare il rinvio pregiudiziale, esponendo i motivi d'invalidità che gli appaiono fondati*».

In questo modo, infatti, si realizza il giusto compromesso tra le esigenze sottese al principio di effettività della tutela giurisdizionale (che induce a consentire al giudice nazionale di sospendere gli effetti di una norma europea illegittima) e il principio di uniforme applicazione della norma comunitaria sull'intero territorio dell'Unione europea (che la misura cautelare provvisoriamente impedisce).

La Corte di giustizia (a differenza di quanto accaduto nella sentenza *Factortame*)¹²⁹ ha, infine, affrontato i presupposti della deliberazione dei provvedimenti

¹²⁵ J. MERTENS DE WILMARS, *Het kort geding voor het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen*, in SEW, 1986, 40.

¹²⁶ N. TROCKER, *Civil Law e Common Law nella formazione del diritto processuale europeo*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 445, sostiene che «*La questione è complessa e delicata perché coinvolge il rapporto, potenzialmente conflittuale, tra due principi generali dell'ordinamento comunitario: quello del primato del diritto comunitario e della sua uniforme applicazione e quello della effettività della tutela nei confronti dell'illegittima attività della pubblica amministrazione*».

¹²⁷ Corte di giustizia, 22/10/1987, causa 314/1985.

¹²⁸ Corte di giustizia, 21/2/1991, causa 143/88.

¹²⁹ E non è un caso. Qui, infatti, non vi è da salvaguardare l'autonomia procedurale degli Stati membri, giacché si tratta, piuttosto, di una invasione di campo del giudice nazionale in un ambito normalmente riservato al giudice comunitario (con inversione, dunque, del rapporto che si ha negli atti di amministrazione comunitaria indiretta) I. HARDCASTLE, *Interim Measures in Proceedings Concerning EC Law: New Departures*, in EBLR, 1994, 95, afferma al proposito che «*Zuckerfabrik, however, has had the profound effect of*

cautelari¹³⁰, e ha, al proposito, statuito che: (i) «*le misure di sospensione dell'esecuzione di un atto impugnato non possono essere adottate se non quando le circostanze di fatto e di diritto invocate dai ricorrenti inducano il giudice nazionale a convincersi dell'esistenza di gravi dubbi sulla validità del regolamento comunitario sul quale l'atto amministrativo impugnato è fondato. Solo la possibilità di un'invalidazione, riservata alla Corte, può infatti giustificare la concessione della sospensione*»¹³¹; (ii) «*Poiché il potere dei giudici nazionali di concedere tale sospensione trova riscontro nella competenza riservata alla Corte dall'art. [278 TFUE] nell'ambito dei ricorsi ai sensi dell'art. [263 TFUE], è necessario che detti giudici concedano la sospensione solo alle condizioni previste per le domande di provvedimenti urgenti dinanzi alla Corte*»¹³².

A questo ultimo proposito, la giurisprudenza della Corte richiede che: (a) vi sia l'urgenza di evitare un pregiudizio grave e irreparabile; (b) un pregiudizio meramente pecuniario non può, in linea di massima, considerarsi irreparabile; (c) si debba tener conto anche dell'interesse dell'Unione europea; (d) sia imposta una idonea garanzia (cauzione o sequestro conservativo) a tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea¹³³.

Si tratta, nella sostanza, della medesima disciplina prevista ora dal nostro codice di rito per la sospensione dei provvedimenti amministrativi nazionali¹³⁴; se si eccettua, forse, una eccessiva enfasi per la tendenziale irrilevanza dei pregiudizi pecuniari.

equiparating the governing considerations in both categories of case, as well as endorsing a qualified encroachment by national courts on what has hitherto been the exclusive preserve of the ECJ». E, dunque, trova, in questo modo conferma la tesi di chi sostiene che nella sentenza *Factortame* la Corte di giustizia non trascurò di pronunciarsi su di uno dei quesiti proposti dal giudice remittente (le modalità della tutela cautelare), dovendosi ricavare la giustificazione del rifiuto di declinare i presupposti della tutela cautelare, tra le righe, nel richiamo al principio di autonomia procedurale (G. TESAURO, *Tutela cautelare e diritto comunitario*, cit., 134).

¹³⁰ W. DÄNZER-VANOTTI, *Unzulässige Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs*, in *RIW*, 1992, 733 ss., critica la sentenza al riguardo, perché la Corte di giustizia ha preteso di armonizzare la disciplina processuale degli Stati membri, senza che ne sussistessero i presupposti di legge (artt. 114 e 115 TFUE). In realtà, tuttavia, si ha qui non già un'intromissione della Corte di giustizia nelle prerogative dei giudici nazionali, bensì, all'opposto, si consente al giudice nazionale di intromettersi in una competenza (a pronunciarsi sulla legittimità degli atti comunitari) della Corte di giustizia. In questo senso: L. PAPADIAS, *Inter protection*, cit., 184; G. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *Sui limiti dell'autonomia processuale degli Stati membri nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 25, il quale afferma che «*la competenza dei giudici nazionali per la sospensione dell'efficacia di un provvedimento comunitario integra un'eccezione al monopolio della Corte di giustizia per il controllo della legittimità degli organi comunitari*».

¹³¹ I. HARDCASTLE, *Interim Measures in Proceedings Concerning EC Law: New Departures*, in *EBLR*, 1994, 97, evidenzia come: «*Confusingly, the statement contains two, slightly disparate, formulations. Must the applicant show that the invalidity of the measure is just a "possibility" or a "serious possibility"?*». Ma è, per vero, evidente che la astratta possibilità è riferita all'invalidazione mentre i gravi dubbi si riferiscono al concreto spessore dei motivi di invalidazione prospettati. Sicché non vi è, in realtà, contraddizione.

¹³² W. VAN GERVEN, *Judicial activism of national courts in applying Community law*, in *CMLR*, 1997, 1344, sostiene che «*The rationale for this case law is that when private parties seek legal redress through the national courts, legal protection by way of interim relief should be available to the same extent as that available before the European Courts*».

¹³³ Nel commento alla sentenza, H.G. SCHERMERS, cit., 139, evidenzia, al proposito che «*The conditions mentioned by the Court are conditions of Community law, but in practice their evaluation, and especially the decision whether they are sufficiently fulfilled, must be attributed to national court. One the national courts have decided that conditions are fulfilled, and once they have taken interim measures, it is almost impossible for the Court of Justice to change that decision*».

¹³⁴ G. TESAURO, *Tutela cautelare e diritto comunitario*, cit., 138, afferma che in questo ambito la sentenza *Zuckerfabrik* «*non aggiunge nulla al quadro esistente, nel processo comunitario come nei sistemi nazionali più evoluti*».

6.9. Segue: con riguardo all'incisività della tutela che deve essere accordata nella fase interinale

Così individuato il perimetro della tutela cautelare, la Corte di giustizia, con la sentenza *Atlanta*¹³⁵, ha poi anche precisato l'incisività che quella protezione interinale deve avere per rispondere alle esigenze di effettività del processo in cui sono coinvolte situazioni giuridiche soggettive di rilievo comunitario, affermando al proposito che «*la tutela cautelare che i giudici nazionali debbono garantire ai singoli, in forza del diritto comunitario, non può variare a seconda che questi ultimi chiedano la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale adottato sulla base di un regolamento comunitario o la concessione di provvedimenti provvisori che modifichino o disciplinino a loro vantaggio situazioni di diritto o rapporti giuridici controversi [sicché l'art. 288 TFUE] dev'essere interpretato nel senso che non esclude la competenza dei giudici nazionali a concedere provvedimenti provvisori che modifichino o disciplinino le situazioni di diritto o i rapporti giuridici controversi in ordine ad un provvedimento amministrativo nazionale fondato su un regolamento comunitario che forma oggetto di un rinvio pregiudiziale per accertamento di validità*».

In questo modo si è superato il tradizionale orientamento della Corte di giustizia, nel senso che «*la sospensione dell'esecuzione di una decisione di rifiuto non equivale alla concessione dell'autorizzazione rifiutata; comunque tale autorizzazione può essere concessa solo dall'amministrazione, nei cui confronti il giudice non ha poteri di ingiunzione*»¹³⁶.

Vi è, al proposito, da considerare, con riguardo agli atti delle istituzioni comunitarie, che l'art. 278 TFUE consente alla Corte di giustizia UE di «*ordinare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato*» e che l'art. 279 TFUE prevede, tuttavia, altresì, la possibilità di «*ordinare i provvedimenti provvisori necessari*». Sicché, è nei Trattati che risiede la possibilità di accordare provvedimenti cautelari (non solo propulsivi ma anche) di contenuto positivo a tutela delle situazioni giuridiche soggettive definite da una norma UE¹³⁷.

Nella concreta vicenda controversa, la misura cautelare era richiesta al giudice nazionale su di un atto delle istituzioni UE, secondo il principio (la competenza cautelare dei giudici nazionali sugli atti comunitari) affermato dalla sentenza *Zuckerfabrik*¹³⁸. Donde, proprio in ragione del corollario di quel principio (la disciplina

¹³⁵ Corte di giustizia, 9/11/1995, causa C-465/93.

¹³⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale J. Gand nella causa 50/69, nel richiamo a Corte di giustizia 12/5/1959, causa 16/59, *Geitling Ruhrkohlen*, ove appunto si legge: «*la demande en référé manque de pertinence, le sursis à l'exécution d'une décision de rejet n'équivalant pas à l'octroi de l'autorisation refusée par la Haute Autorité ... cette autorisation, de toute façon, ne peut être accordée que par l'administration à l'égard de laquelle le juge ne possède pas le pouvoir d'injonction*». Vero è, però, che nella sentenza *Atlanta*, «*il provvedimento provvisorio [era] un minus rispetto alla sospensione del regolamento*», perché questa avrebbe consentito una illimitata capacità di azione al ricorrente, che invece la misura cautelare di contenuto era chiamata a restringere (conclusioni dell'Avvocato Generale M. Elmer, nella causa C-465/93).

¹³⁷ F. CASTILLO DE LA TORRE, *Interim Measures in Community Courts: Recent Trends*, in CMLR, 2007, precisa al proposito che «*The Court will reject the measures if they exceed the scope of the action for annulment brought by the applicants*».

¹³⁸ W. VAN GERVEN, *Judicial activism*, cit., 1344, sostiene che «*The rationale for this case law is that when private parties seek legal redress through the national courts, legal protection by way of interim relief should be available to the same extent as that available before the European Courts*».

comunitaria di quel potere, alla stregua delle condizioni previste per le domande di provvedimenti urgenti dinanzi alla Corte di giustizia) la conclusione era, per vero, scontata: la possibilità di accordare con provvedimento cautelare, oltre alla sospensione degli effetti del provvedimento impugnato, anche misure cautelari di contenuto positivo, come specificamente previsto dall'art. 279 TFUE¹³⁹.

E, in effetti, la giurisprudenza della Corte definisce «*un parallelismo tra la tutela cautelare che può essere disposta dalla Corte ai sensi degli artt. [278 e 279 TFUE] nell'ambito di un ricorso proposto alla Corte in ordine alla validità di un atto giuridico comunitario ai sensi dell'art. [263 TFUE] e la tutela cautelare in una causa pendente dinanzi a un giudice nazionale su questioni di validità di un atto giuridico comunitario che siano state sottoposte alla Corte in via pregiudiziale ai sensi dell'art. [267 TFUE]*»¹⁴⁰.

Vi è, piuttosto, da valutare se l'affermazione della necessità di provvedimenti cautelari di contenuto positivo (inevitabile, con riguardo agli atti delle istituzioni comunitarie, coinvolti in un giudizio nazionale) si imponga anche con riguardo a provvedimenti cautelari richiesti su atti amministrativi nazionali, rispetto ai quali – come è (tra le righe) affermato dalla sentenza *Factortame*¹⁴¹ – si riespande la autonomia procedurale/competenza processuale funzionalizzata¹⁴².

È, probabilmente, così.

Il riferimento (e la giustificazione dogmatica) sono, però, in questo caso, i principi *Rene* di non discriminazione e, soprattutto, di effettività della tutela giurisdizionale (non rilevando qui il disposto degli artt. 278 e 279 TFUE)¹⁴³. Sicché, in questa differente si-

¹³⁹ G. BEBR, a commento alla sentenza, in CMLR, 1996, 800, sostiene che «*Once more, the Court deduces this extended power from the coherence of the system of legal protection*». Analogamente, L. LIMBERTI, *Principio di effettività della tutela giurisdizionale e diritto comunitario: a proposito del potere del giudice nazionale di concedere provvedimenti cautelari "positivi"*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1996, 991 ss., «*Muovendo da tale posizione [in entrambi i casi si profila un conflitto tra tutela giurisdizionale del singolo ed efficacia dell'atto comunitario] diviene poi logico assumere che le condizioni alle quali i giudici nazionali possono ordinare i provvedimenti positivi restino quelle specificate in Zuckerfabrik [sicché] La conclusione appare obbligata qualora si accetti la tesi che le limitazioni imposte dalla Corte al principio di autonomia procedimentale costituiscono una variabile dipendente del principio di effettività del diritto comunitario*». Così che egli conclude (e su ciò non si può che essere d'accordo): «*Nessuna rivoluzione sul piano comunitario ma certo la possibilità di innescare rivoluzioni sul piano nazionale*».

¹⁴⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale M. B. Elmer nella causa C-68/95.

¹⁴¹ E non è un caso. Qui, infatti, non vi è da salvaguardare l'autonomia procedurale degli Stati membri, giacché si tratta, piuttosto, di una invasione di campo del giudice nazionale in un ambito normalmente riservato al giudice comunitario (con inversione, dunque, del rapporto che si ha negli atti di amministrazione comunitaria indiretta) I. HARDCASTLE, *Interim Measures in Proceedings Concerning EC Law: New Departures*, in EBLR, 1994, 95, afferma al proposito che «*Zuckerfabrik, however, has had the profound effect of equiparating the governing considerations in both categories of case, as well as endorsing a qualified encroachment by national courts on what has hitherto been the exclusive preserve of the EC*». E, dunque, trova, in questo modo conferma la tesi di chi sostiene che nella sentenza *Factortame* la Corte di giustizia non trascurò di pronunciarsi su di uno dei quesiti proposti dal giudice remittente (le modalità della tutela cautelare), dovendosi ricavare la giustificazione del rifiuto di declinare i presupposti della tutela cautelare, tra le righe, nel richiamo al principio di autonomia procedurale (G. TESAURO, *Tutela cautelare e diritto comunitario*, cit., 134).

¹⁴² D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri*, cit., 39, ritiene più corretta l'affermazione di una competenza procedurale funzionalizzata.

¹⁴³ Non vi è, in questo caso, invero, la necessità di trovare un equilibrio tra l'effettività del diritto comunitario ed effettività della tutela giurisdizionale (in questo senso, al proposito della sentenza *Atlanta*, R. CARANTA, *L'ampliamento degli strumenti di tutela cautelare e la progressiva "comunitarizzazione" delle regole processuali nazionali*, in Foro amm. 1996, 2559), essendo piuttosto la tutela del singolo stru-

tuazione, vi sarà la necessità (ineludibile per il primato comunitario) di accordare un provvedimento cautelare di carattere atipico (eventualmente anche di contenuto positivo) solo nei limiti in cui ciò sia indispensabile ad accordare al ricorrente una tutela giurisdizionale effettiva. E, quindi, a ben vedere, in questo diverso ambito, la latitudine della potestà cautelare (quanto all'incisività della tutela) è definita dal dibattito interno sui limiti dell'intervento del giudice della cautela negli ambiti riservati alla scelta discrezionale della P.A. e rispetto alle potestà non ancora esercitate.

Per le medesime ragioni, è invece, da escludere che, con riguardo alla tutela cautelare sugli atti nazionali contrastanti con le norme e i principi UE, siano cogenti le specifiche condizioni cui la Corte di giustizia, nella sentenza *Atlanta*¹⁴⁴, con particolare riferimento alla tutela cautelare sugli atti delle istituzioni comunitarie, ha sottoposto l'esercizio della potestà cautelare di carattere positivo: (i) gravi riserve sulla validità dell'atto comunitario; (ii) la considerazione dell'interesse della Comunità ai fini della valutazione del *periculum in mora*; (iii) il vincolo dello *stare decisis*.

Affermata, nella sentenza *Zuckerfabrik*¹⁴⁵ la competenza cautelare dei giudici nazionali a paralizzare l'efficacia di una norma comunitaria, ed estesa con la sentenza *Atlanta*¹⁴⁶ la potestà cautelare anche ai provvedimenti propulsivi, la Corte di giustizia, nella successiva sentenza *Port*¹⁴⁷ ha tuttavia precisato che ciò non vale a consentire provvedimenti cautelari intesi a sollecitare l'adozione di provvedimenti amministrativi da parte di una istituzione comunitaria. Il giudice comunitario ha precisato che, in questo differente caso, la controversia «*non verte sulla concessione di provvedimenti provvisori nell'ambito dell'esecuzione di un regolamento comunitario di cui si contesta la legittimità, al fine di garantire una tutela provvisoria di diritti vantati dai singoli in forza dell'ordinamento giuridico comunitario, bensì sulla concessione agli operatori economici di una tutela giurisdizionale provvisoria nell'ipotesi in cui, in forza di un regolamento comunitario, l'esistenza e la portata dei diritti di questi stessi operatori debbano essere accertate da un atto della Commissione che quest'ultima non ha ancora emanato [ma] A questo proposito, occorre rilevare che il Trattato non ha previsto la possibilità di un rinvio con cui il giudice nazionale chieda alla Corte di dichiarare in via pregiudiziale la carenza di un'istituzione e, di conseguenza, i giudici nazionali non hanno competenza a pronunciare provvedimenti provvisori in attesa che l'istituzione si attivi [sicché] Il controllo della carenza rientra nella competenza esclusiva del giudice comunitario [e] la tutela giurisdizionale degli interessati può quindi venire garantita dalla sola Corte di giustizia e, se del caso, dal Tribunale di primo grado*».

La sentenza *Port*¹⁴⁸ segna, dunque, in negativo il confine della potestà cautelare

mentale anche all'effettività del diritto UE, secondo il noto insegnamento ritraibile dalla sentenza *Van Gend und Loos*.

¹⁴⁴ Corte di giustizia, 9/11/1995, causa C-465/93.

¹⁴⁵ Corte di giustizia, 21/2/1991, causa 143/88.

¹⁴⁶ Corte di giustizia, 9/11/1995, causa C-465/93.

¹⁴⁷ Corte di giustizia, 26/11/1996, causa C-68/95.

¹⁴⁸ Corte di giustizia, 26/11/1996, causa C-68/95.

dei giudici nazionali¹⁴⁹, che, invece, le sentenze *Factortame*¹⁵⁰, *Zuckerfabrik*¹⁵¹ e *Atlanta*¹⁵² hanno definito in positivo.

Il singolo leso dall'inerzia di una istituzione comunitaria può, infatti, agire direttamente dinanzi al giudice comunitario con un ricorso in carenza ai sensi dell'art. 265 TFUE, e, in quell'ambito, gli è senz'altro accordata tutela cautelare, eventualmente anche con provvedimenti propulsivi, a mente di quanto disposto dall'art. 279 TFUE.

Non vi è, dunque, pregiudizio per la tutela giurisdizionale effettiva e, quindi, nemmeno la necessità di consentire al giudice nazionale di esercitare provvisoriamente competenze che inequivocabilmente spettano al giudice comunitario.

6.10. La tutela cautelare nel processo armonizzato

Nei processi armonizzati (quelli sugli appalti pubblici) le direttive ricorsi obbligano gli Stati membri a estendere la potestà cautelare anche a provvedimenti atipici di carattere propulsivo e ordinatori¹⁵³.

La direttiva 89/665/CEE statuisce, infatti, che «*Gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini dei ricorsi [sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici] prevedano i poteri che permettano ... di prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici*» (art. 2.1), e specifica poi che «*Gli Stati membri possono prevedere che l'organo responsabile, quando esamina l'opportunità di prendere provvedimenti provvisori, possa tener conto delle probabili conseguenze dei provvedimenti stessi per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché dell'interesse pubblico e decidere di non accordare tali provvedimenti qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive*» (art. 2.4).

¹⁴⁹ S. A. APTER, *Interim measures*, cit., 16 sostiene che «*Port comes to set the outer limits of the jurisdiction conferred on national courts to grant interim relief, confining such power to disputes in which the validity of Community acts implemented at the domestic level is in issue*».

¹⁵⁰ E non è un caso. Qui, infatti, non vi è da salvaguardare l'autonomia procedurale degli Stati membri, giacché si tratta, piuttosto, di una invasione di campo del giudice nazionale in un ambito normalmente riservato al giudice comunitario (con inversione, dunque, del rapporto che si ha negli atti di amministrazione comunitaria indiretta). I. HARDCASTLE, *Interim Measures in Proceedings Concerning EC Law: New Departures*, in EBLR, 1994, 95, afferma al proposito che «*Zuckerfabrik, however, has had the profound effect of equiparating the governing considerations in both categories of case, as well as endorsing a qualified encroachment by national courts on what has hitherto been the exclusive preserve of the EC*». E, dunque, trova, in questo modo conferma la tesi di chi sostiene che nella sentenza *Factortame* la Corte di giustizia non trascurò di pronunciarsi su di uno dei quesiti proposti dal giudice remittente (le modalità della tutela cautelare), dovendosi ricavare la giustificazione del rifiuto di declinare i presupposti della tutela cautelare, tra le righe, nel richiamo al principio di autonomia procedurale (G. TESAURO, *Tutela cautelare e diritto comunitario*, cit., 134).

¹⁵¹ Corte di giustizia, 21/2/1991, causa 143/88.

¹⁵² Corte di giustizia, 9/11/1995, causa C-465/93.

¹⁵³ In questo senso: G. MORBIDELLI, *Note introduttive*, cit., 842; G. GRECO, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in tema di appalti di lavori pubblici*, in *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano, 1990, 19.

Lo stesso dispone la direttiva 92/13/CEE e analoga prescrizione ripropone ora la direttiva 2007/66/CEE, che ha irrobustito il sistema di tutela cautelare con la previsione di una ipotesi di sospensione automatica (c.d. *standstill* processuale) del provvedimento di aggiudicazione nel tempo occorrente a «che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso»¹⁵⁴.

Donde, nei processi sugli appalti pubblici (dove l'autonomia processuale degli Stati membri è recessiva ed è sostituita dalla più ristretta competenza in merito alla forma e sui mezzi di cui all'art. 288 TFUE), la tutela cautelare non può limitarsi alla sospensiva del provvedimento impugnato, ma deve necessariamente estendersi a tutto l'ampio (e indefinito) spettro di «*provvedimenti intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati*».

La Corte di giustizia ha, infatti, chiarito che la direttiva 89/665/CEE impone agli Stati membri di «*conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare ... qualsiasi provvedimento provvisorio*», affermando dunque il contrasto con la direttiva della giurisprudenza nazionale che «*limita la tutela giurisdizionale provvisoria ai soli procedimenti per la sospensione di un atto amministrativo impugnato con ricorso d'annullamento*»¹⁵⁵.

Con il che (quantomeno rispetto al processo armonizzato ex art. 114 TFUE) sono senz'altro recessive le considerazioni volte a limitare la tutela cautelare, in ragione del principio di sussidiarietà della tutela cautelare e dell'intangibilità del potere discrezionale della P.A., giacché non pare che simili considerazioni possano avvalorare un intervento dello Stato membro (e per esso del legislatore e dei giudici) a escludere ordinanze propulsive/ordinatorie nel richiamo a una propria competenza procedurale sulla «*forma e sui mezzi*» (art. 288 TFUE) che gli consenta di disciplinare con modalità originali il processo sugli appalti pubblici, in questo ambito, ove la norma comunitaria è assolutamente pervasiva.

Ciò che bene si adatta ai traguardi cui è giunta la giurisprudenza nazionale nella dilatazione dell'originaria sospensiva (come confermata dalla novella del 2000 e dall'art. 55 del codice di rito)¹⁵⁶.

È, invero, da escludere che l'ampio spettro dei provvedimenti cautelari richiesto dalle direttive ricorsi imponga anche l'adozione di misure interinali sostitutive di atti discrezionali della P.A., dovendosi senz'altro limitare (anche nella prospettiva comunitaria) l'interferenza del provvedimento cautelare alla discrezionalità tecnica o rispetto alla discrezionalità amministrativa solo nel caso in cui i margini di valutazione a essa riservati siano già stati consumati dalla P.A. per l'effetto di prece-

¹⁵⁴ Così recita l'art. 2, paragrafo 3, della direttiva. In questo senso, il legislatore comunitario avrebbe consentito (ma il legislatore nazionale non ha fatto questa scelta) di prolungare la sospensione automatica degli effetti del provvedimento impugnato sino alla decisione di merito del ricorso, in tal modo rendendo superflua la tutela cautelare ordinaria, il cui mantenimento è inteso dunque non già a ostacolare bensì a favorire la tutela dell'interesse generale alla celere realizzazione dell'opera pubblica (M. RAMAJOLI, *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 941).

¹⁵⁵ Corte di giustizia, 19/9/1996, causa C-236/95, *Commissione/Grecia*.

¹⁵⁶ G. GRECO, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano*, cit., 11.

denti atti endoprocedimentali. Invero, il principio di riserva di amministrazione (correttamente inteso con riguardo alla sola discrezionalità pura) appartiene ai principi costitutivi anche dell'ordinamento comunitario.

Così che, anche nei processi armonizzati, vale sempre il monito dell'Adunanza plenaria, nel senso che *«il giudice amministrativo può emanare una pronuncia cautelare che ecceda la mera sospensione degli effetti dell'atto impugnato, senza [però] effettuare la scelta discrezionale che la legge riserva all'amministrazione»*¹⁵⁷.

Resta, semmai, aperto il problema di interventi cautelari sugli atti endoprocedimentali, così da consentire al giudice di intervenire nel procedimento quando esso è ancora in corso, prima cioè che si sia definitivamente consumato l'effetto lesivo della scelta della P.A.¹⁵⁸. Così da attrarre al processo alcuni passaggi del procedimento¹⁵⁹, costituendo, in questo caso, la fase cautelare (ma anche il giudizio di merito cui essa è strumentale) una parentesi processuale che si inserisce nel procedimento¹⁶⁰, a conformare (là dove non vi sia discrezionalità amministrativa) le successive scelte della P.A.

Questo in coerenza peraltro con risalente giurisprudenza del Consiglio di Stato, nel senso che *«Con l'accoglimento dell'istanza cautelare ai fini del riesame alla luce dei motivi di ricorso il giudice non si limita a sospendere l'atto impugnato, ma ordina all'amministrazione di riesaminare la situazione tenendo presenti i motivi di ricorso, realizzandosi così un procedimento amministrativo aperto e l'interesse legittimo si configura nella pretesa alla adeguata e completa considerazione della propria posizione in vista della sua possibile - anche se non scontata - soddisfazione; si ha, cioè, una piena integrazione tra processo e procedimento, in quanto la pronuncia cautelare, pur lasciando impregiudicato il contenuto finale del provvedimento, impone all'amministrazione di riprendere in esame l'interesse del ricorrente sul presupposto di una (più) attenta valutazione dei dati o degli elementi emersi dal ricorso, nel corso del giudizio o nella fase istruttoria giudiziale, pur restando impregiudicata la potestà finale dell'amministrazione sul contenuto della decisione»*¹⁶¹.

Ciò che, in effetti, la lettera della direttiva ricorsi parrebbe richiedere, nel riferimento alla necessità di *«impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti»*.

Conclusione che si impone anche nella considerazione di quanto statuito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Olejificio Borelli*¹⁶², al proposito della necessità di consentire l'impugnazione di atti endoprocedimentali, quando non vi sia altra possibilità sistemica di assicurare l'effettività e la tutela giurisdizionale e l'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE.

E, quindi, a valere anche al di fuori dei processi armonizzati.

¹⁵⁷ Consiglio di Stato, Ad. plen., 30/3/2000 n. 1.

¹⁵⁸ M. RENNA, *Spunti di riflessione*, cit., 839.

¹⁵⁹ Sui rapporti tra procedimento e processo, si vedano, tra gli altri: M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, ora in *Scritti giuridici*, 1996, III, 1429 ss.; E. FAZZALARI, *Procedimento e processo*, (teoria generale), in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 819 ss.

¹⁶⁰ C. CACCIAVILLANI, *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego*, cit., 112.

¹⁶¹ Consiglio di Stato, Sez. IV, 30/6/2006, n. 4239.

¹⁶² Corte di giustizia, 3/12/1992, causa C-97/91.

Così che parrebbe, per questa via, confermata la dottrina nazionale intesa a salvaguardare con la misura cautelare anche gli interessi legittimi procedimentali, suscettibili di essere lesi prima della conclusione del procedimento¹⁶³.

6.11. L'insufficienza di una definizione ad ampliare e rendere più efficace la tutela cautelare

Sul finire del secolo scorso, la Corte di giustizia in una procedura di infrazione contro la Grecia¹⁶⁴ aveva già statuito che la tutela cautelare dovesse essere accordata «*indipendentemente da ogni azione previa*», così interpretando (per vero estensivamente) l'art. 2 della direttiva 89/665/CEE.

Nondimeno, nel nostro ordinamento, la giurisprudenza, a distanza di anni, era assolutamente dominante nel senso di escludere una tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo¹⁶⁵.

Così che, attraverso l'uso alternativo del rinvio pregiudiziale (a forzare l'interpretazione dei giudici della nomofilachia, piuttosto che a risolvere un effettivo dubbio interpretativo), fu rimessa alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale se la tutela cautelare accordabile sulla scorta di quanto previsto dall'art. 21 della legge TAR (come novellato dall'art. 3 della legge n. 205/2000) integrasse una violazione dell'art. 2 della direttiva ricorsi¹⁶⁶.

La risposta era, dunque, scontata (ma purtuttavia rilevante perché specificamente riferita al nostro ordinamento processuale): «*l'art. 2, n. 1, lett. a) della direttiva deve essere interpretat[o] nel senso che gli Stati membri sono tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito, qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell'appalto in esame*»¹⁶⁷.

Da ultimo, il residuo difetto di tutela, che era stato individuato dal nostro giudice amministrativo nella mancanza di una tutela cautelare *ante causam*¹⁶⁸, è stato (apparentemente) colmato dal legislatore nazionale con l'espressa previsione, all'art. 61 c.p.a., della possibilità di disporre «*misure cautelari anteriori alla causa*».

A ben vedere si tratta, però, di un riconoscimento solo nominale.

La definizione («*misure cautelari anteriori alla causa*») soddisfa, indubbiamente, quanto richiesto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

¹⁶³ C. CACCIAVILLANI, *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego*, cit., 98.

¹⁶⁴ Corte di giustizia, 19/9/1996, causa C-236/95.

¹⁶⁵ Consiglio di Stato, Sez. V, 28/4/1998 n. 781 e Corte costituzionale 10/5/2002, n. 179.

¹⁶⁶ TAR Lombardia, Brescia, 26/4/2003, n. 76.

¹⁶⁷ Corte di giustizia, 29/4/2004, causa C-202/03, D.AC. Del resto, la Corte di giustizia si era frattanto nuovamente pronunciata sull'argomento in una procedura di infrazione contro la Spagna, statuendo l'incompatibilità con il disposto dell'art. 2 della direttiva 89/665/CEE di una regola processuale che imponesse «*la previa proposizione di un ricorso di merito quale condizione per adottare un provvedimento provvisorio contro una decisione*» (Corte di giustizia, sentenza 15/5/2003, causa C-214/00).

¹⁶⁸ T.A.R. Lombardia, Brescia, 10/3/2003, n. 189.

Vi è, però, ragione di dubitare che la sostanza della disciplina processuale sia davvero coerente con l'obbligo di anticipare la tutela cautelare rispetto all'instaurazione della causa.

E ciò sotto due profili: (i) l'onere di provocare il contraddittorio sull'istanza cautelare; (ii) la prognosi del giudice della cautela (anche anticipata) sulla fondatezza dei vizi prospettati dall'istante (*fumus boni iuris*).

Anzitutto, l'art. 61 c.p.a. prescrive che l'istanza cautelare sia notificata «con le forme prescritte per la notificazione del ricorso». E ciò equivale a dire che il giudice non possa deliberare il provvedimento cautelare fintantoché la notifica non si sia perfezionata nei confronti della P.A. e di almeno un controinteressato (la norma consente, in effetti, di prescindere dallo «accertamento del perfezionamento delle notificazioni»; ciò, tuttavia, non equivale ad affermare la superfluità del perfezionamento della notificazione, bensì solo del suo accertamento, perché la misura dovrà poi essere revocata quando si accerti che il provvedimento cautelare sia stato deliberato prima della ricezione dell'istanza cautelare da tutti i legittimi contraddittori/litisconsorti necessari, e quindi in difetto di uno dei suoi presupposti).

La norma, dunque, nel richiedere il perfezionamento della notifica (in questo modo differenziandosi la tutela *ante causam* nel processo amministrativo da quella nel processo civile, che è invece anche *inaudita et altera parte*) prescrive al ricorrente l'assolvimento dei medesimi oneri processuali che gli sono imposti per la rituale instaurazione del giudizio, lasciando, dunque, priva di tutela le situazioni di pregiudizio che non consentono di attendere il perfezionamento della notifica, con la consegna dell'istanza cautelare ai legittimi contraddittori.

Dipoi, la pressoché unanime giurisprudenza, (nel silenzio della norma che, invero, richiede la verifica solo del *periculum in mora*) subordina l'emanazione del provvedimento cautelare *ante causam* alla verifica altresì del *fumus boni iuris*¹⁶⁹.

Sicché, per l'effetto concorrente del disposto normativo (che prescrive il perfezio-

¹⁶⁹ In questo senso, T.A.R. Lazio, 9/4/2019, n. 97, ove si legge che: «*le necessità, costituzionalmente tutelate, di efficienza dell'attività amministrativa escludono che la sospensione ope iudicis delle richieste di pagamento da parte degli enti pubblici, anche se domandata ai sensi dell'art. 61 c.p.a. nelle more della proposizione dell'azione giurisdizionale, possa conseguire alla mera richiesta del soggetto intimato non corredata da elementi i quali evidenzino un minimo di fumus della pretesa negativa*». Allo stesso modo, T.A.R. Marche, 27/11/2013, n. 434, nel quale si afferma «*il procedimento ex art. 61 del D.Lgs. n. 104/2010 non si sottrae ai principi generali che regolano la tutela cautelare e, in particolare, alla necessità che sussistano i presupposti del fumus boni iuris e del periculum in mora*». Analogamente, escludono la concessione della misura cautelare *ante causam* perché l'istanza «*non appare sorretta da evidente fumus boni iuris*» (T.A.R. Lazio, 2/5/2018, n. 2605 e T.A.R. Umbria, 21/6/2011, n. 92) ove addirittura si afferma «*la necessità che la domanda cautelare proposta in via di estrema urgenza sia assistita dai presupposti minimali idonei alla formulazione di un giudizio prognostico sul fondamento delle censure e sugli elementi probatori a sostegno dell'interesse che si assume lesa*». Singolare, al riguardo è T.A.R. Lombardia-Brescia, 10/9/2016, n. 604, che rigetta l'istanza *ante causam*, sia con l'affermazione dell'insussistenza del *fumus boni iuris*, sia escludendo il *periculum in mora* particolarmente qualificato (la estrema gravità e urgenza di cui all'art. 61 c.p.a.), in ragione del rilievo che «*l'istanza ha i contenuti di un compiuto ricorso, articolato in dieci facciate di motivazioni in diritto, sì che l'eccezionale urgenza, che ai sensi dell'art. 61 c.p.a. non consente di proporre la domanda di merito e la domanda di cautela, anche monocratica, in corso di causa, appare nella specie non sussistere*». Conclusione questa che rende evidente quanto mai labile sia il distinguo tra una istanza sufficientemente argomentata da fare emergere il *fumus boni iuris* ma non troppo argomentata da assumere le sembianze di un ricorso.

namento della notifica) e della giurisprudenza (che richiede l'anticipata verifica del *fumus boni iuris*), si ha che, in realtà, il giudice si pronuncia sulle «*misure cautelari anteriori alla causa*» solo dopo che sia stato notificato un ricorso (sia pure definito istanza).

In questo modo è, però, violato il principio statuito dalla Corte di giustizia.

A dimostrazione di ciò è, probabilmente, sufficiente qui richiamare la controversia in relazione alla quale la Corte di giustizia ha statuito, con riguardo al nostro sistema di giustizia amministrativa, la necessità di disapplicare le norme processuali che non consentissero una tutela cautelare *ante causam*. In quella vicenda contenziosa vi era l'impossibilità di proporre un ricorso giurisdizionale, perché non si conoscevano, ancora, i documenti della gara. Sicché, il ricorrente era nell'impossibilità di dedurre specifici motivi di censura, così come richiede il codice di rito a rendere ammissibile il ricorso introduttivo del giudizio amministrativo¹⁷⁰. Allo stesso modo, e per le medesime ragioni, il ricorrente non sarebbe, in quel caso, nemmeno stato in grado di formulare una istanza motivata con riferimento al *fumus boni iuris*.

Così che, a integrare (come doveroso) gli strumenti cautelari tradizionali con uno nuovo (le «*misure cautelari anteriori alla causa*»), bisogna che lo stesso, quanto a modalità di garanzia del contraddittorio e/o quanto alle modalità di definizione del *thema decidendum*, differisca dal classico ricorso introduttivo del giudizio (e della tutela cautelare successiva all'instaurazione della causa).

Ciò che non è.

Nessuna utilità, invero, ha l'anticipazione della tutela alla istanza cautelare, quando si richieda che essa abbia, nella sostanza, i medesimi contenuti di un ricorso e debba essere comunicata alle controparti con i medesimi oneri di notifica (non costituisce, per vero, ragione sufficiente di distinguo la possibilità di procedere alla notificazione per mezzo fax, anche senza la previa autorizzazione del presidente del tribunale ex art. 52 c.p.a.).

Né varrebbe obiettare che si tratterebbe, comunque, di un atto (l'istanza cautelare) di contenuto più semplice di quello del ricorso, essendo a questo fine sufficiente la «*esposizione sommaria dei futuri motivi di impugnazione*»¹⁷¹.

Vi è, infatti, al proposito da considerare che non si ha (nel processo amministrativo, secondo i principi formati nel processo civile) alcuna consumazione del potere di impugnazione, per l'effetto della notifica di un primo ricorso superficialmente redatto; cui dunque può sempre seguire (purché notificato entro i termini perentori di impugnazione) un secondo esaustivo ricorso che abbia ad affrontare in modo approfondito le motivazioni di censura solo abbozzate nel primo¹⁷².

¹⁷⁰ Si legge nell'ordinanza *DAC*, infatti, che, «*Secondo il giudice del rinvio la causa principale si caratterizza peraltro peculiarmente per il fatto che, sino a quando la Spedali Civili non avrà rilasciato la documentazione di gara, non è ipotizzabile la proposizione di alcuna possibile impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria e delle precedenti operazioni di gara, in difetto di ogni riscontro da parte della DAC della legittimità degli atti posti in essere da parte della commissione aggiudicatrice*».

¹⁷¹ T.A.R. Marche, 18/4/2014, n. 176.

¹⁷² T.A.R. Lombardia-Brescia, 31/1/2020, n. 83. Il principio (che rappresenta elementi di novità nel processo amministrativo) è consolidato nella giurisprudenza civile. In questo senso, tra le tante, Corte di cassazione, Sez. un., 9/3/2020 n. 6691.

Sicché, a ben vedere, poco rileva avere chiamato quel primo (sommario) ricorso istanza. Ciò che conta non è la definizione, ma la sostanza degli strumenti processuali, così come definita dal loro gradiente di effettività (nelle due prospettive della tutela giurisdizionale e dell'effetto utile dell'effetto diretto delle norme UE). E, in questa prospettiva, la tutela cautelare (se si va oltre la definizione normativa) è ammessa, nel nostro sistema, solo dopo la notifica del ricorso (ingannevolmente definito istanza) introduttivo del giudizio.

A conferma di ciò, vi è da considerare che la Corte di giustizia, nella procedura di infrazione contro la Spagna, aveva rigettato la tesi che, in quell'ordinamento, fosse possibile anticipare la richiesta di provvedimenti cautelari con «*un semplice documento scritto che indichi l'atto impugnato o denunci l'inerzia dell'amministrazione, e nel quale l'interessato può domandare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, senza necessariamente dover ... formulare il suo ricorso e articolare i motivi dello stesso*»¹⁷³.

In questo modo, dunque, si sono violati i precetti minimi di effettività della tutela giurisdizionale richiesti dalle direttive ricorsi, come imperativamente interpretate dalla Corte di giustizia, e si sono perciò oltrepassati i ristretti margini di autonomia processuale (meglio la competenza «*in merito alla forma e ai mezzi*» ex art. 288 TFUE) degli Stati membri.

Ma l'antinomia, a ben vedere, può essere agevolmente risolta solo che si attivi l'obbligo di interpretazione conforme (quale espressione dell'obbligo di leale cooperazione ex art. 4 TUE) e si accordi un provvedimento cautelare *ante causam* nella ricorrenza del solo presupposto del *periculum in mora*, come l'art. 61 c.p.a. (nell'esigere la giustificazione esclusivamente della «*eccezionale gravità e urgenza*») consente pianamente di fare.

In questo modo, infatti, avremmo una anticipazione della cautela, quantomeno rispetto alla definizione (ancorché solo sommaria) dei «*motivi specifici su cui si fonda il ricorso*» richiesti dall'art. 40 c.p.a., così da distinguere concretamente (e non solo nominalmente) la tutela cautelare *ante causam* da quella disposta (ex artt. 55 e 56 c.p.a.) in seguito alla rituale instaurazione del giudizio.

¹⁷³ Corte di giustizia, 15/5/2003, causa C-214/00.

Bibliografia

- ALLEN M., *La tutela cautelare nel processo amministrativo: da rimedio tipico a rimedio atipico. I principi di strumentalità e di interinalità*, in AA.VV., *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2011
- ALLEN M., FRACCHIA F., *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel nuovo processo amministrativo delineato dal d.lgs. 104/2010*, in *Dir. proc. amm.*, 2011
- ANDREIS M., *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996
- APTER S. A., *Interim measures in EC law: towards a complete and autonomous system of protection before national courts?*, in *EJCL*, 2003
- BARONE A., *Questione pregiudiziale di validità di un regolamento comunitario e poteri cautelari del giudice nazionale*, in *Foro it.*, 1992
- BARUCCHI A., *Appunti di giustizia amministrativa*, Torino, 1977
- BEHR G., *Commento alla sentenza Zuckerfabrik*, in *CMLR*, 1996
- BERTONAZZI L., *Brevi riflessioni sulla tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi e dei comportamenti omissivi della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999
- BOVE M., *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011
- BRADLEY A.W., *La sovranità del parlamento. In eterno?*, in *Giur. cost.*, 1997
- CACCIAVILLANI C., *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l'inerzia della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002
- CACCIAVILLANI C., *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, Padova, 2002
- CAIANELLO V., *I poteri di sospensiva del giudice amministrativo in materia di riscossione di tributi*, in *Dir. proc. amm.*, 1985
- CALAMANDREI P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936
- CAMMEO F., *La nullità parziale degli atti amministrativi e le giurisdizioni di annullamento*, in *Giur. it.*, 1911
- CAPONIGRO R., *La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale*, in *Foro amm.*, 2015
- CARANTA R., *L'ampliamento degli strumenti di tutela cautelare e la progressiva "comunitarizzazione" delle regole processuali nazionali*, in *Foro amm.*, 1996
- CARPENTIERI P., *Silenzio-rifiuto e tutela cautelare: alcuni spunti problematici*, in *Foro amm.*, 1995
- CASSARINO S., *La recente giurisprudenza in tema di misure cautelari nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1978
- CASTILLO DE LA TORRE F., *Interim Measures in Community Courts: Recent Trends*, in *CMLR*, 2007
- CAVALLO PERIN R., *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010
- CERBO P., *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928
- CINTIOLI F., *Osservazioni sul nuovo processo cautelare amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2001

- CINTIOLI F., *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014
- DÄNZER-VANOTTI W., *Unzulässige Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs*, in *RIW*, 1992
- DE CAROLIS D., *Tutela cautelare ed atti negativi*, in www.lexitalia.it
- DE LISE P., *Verso il codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010
- DE LUCA F., *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale alla luce dei principi di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2011
- DE LUCA F., *I differenti tipi di misure cautelari*, in AA.VV., *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2011
- DE ROBERTO A., *Premessa*, in AA.VV., *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2011
- DONALDSON J., *Can the Judiciary control Acts of Parliament?*, in *LT*, 1991
- FAZZALARI E., *Procedimento e processo, (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986
- FOLLIERI F., *Sospensione degli atti negativi*, in *Foro amm.*, 1981
- FOLLIERI E., *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981
- FOLLIERI E., *Sentenza di merito "strumentale" all'ordinanza di sospensione di atto negativo; "effetto di reciprocità" e adozione, da parte del giudice amministrativo, dei provvedimenti ex art. 700 c.p.c. per la tutela degli interessi pretensivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1986
- FOLLIERI E., *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989
- FOLLIERI E., *Lo svolgimento del processo di primo grado: la fase cautelare*, in F. G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2009
- GALETTA D.U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009
- GALETTA D.U., *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra giudici alla luce della sentenza Melki*, in *Dir. Un. eur.*, 2011
- GAROFOLI R., *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002
- GIACCHETTI S., *L'interesse legittimo alle soglie del 2000*, in *Foro amm.*, 1990
- GOISIS F., *Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto "propulsivo" nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008
- GORDON A., *Community Law and the Development of UK Administrative Law: Delimiting the 'Spill-Over' Effect*, *European Public Law*, in *EPL*, 1998
- GRECO G., *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in tema di appalti di lavori pubblici*, in *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano, 1990

- HARDCASTLE I., *Interim Measures in Proceedings Concerning EC Law: New Departures*, in EBLR, 1994
- LEONARDI L., *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2010
- LIMBERTI L., *Principio di effettività della tutela giurisdizionale e diritto comunitario: a proposito del potere del giudice nazionale di concedere provvedimenti cautelari "positivi"*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1996
- LIPARI M., *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, in ww.federalismi.it, 2017
- LUMETTI M. V., *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, 2012
- MERTENS DE WILMARS J., *Het kort geding voor het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen*, in SEW, 1986
- MORBIDELLI G., *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1991
- NIGRO M., *Sospensione degli atti amministrativi impugnati, ora anche in Scritti giuridici*, Milano, 1996
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983
- NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, ora anche in Scritti giuridici, Milano, 1996
- NOTARPASQUALE R., *La tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi alla luce della l. n. 205 del 2000*, in Dir. proc. amm., 2003
- OLIVER P., *Interim Measures: Some Recent Developments*, in CMLR, 1992
- ORLANDO V.E., *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901
- PALEOLOGO G., *Il giudizio cautelare amministrativo*, Padova, 1971
- PAPADIAS L., *Inter protection under community law before the national Courts. The right to a judge with jurisdiction to grant interim relief*, in LIEI, 1994
- PERFETTI L.R., *Tutela cautelare inaudita altera parte nel processo amministrativo. Effettività della tutela ed effettività del giudizio*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1999
- PETRUSO R., *L'armonizzazione del diritto inglese con il diritto europeo: una verifica giurisprudenziale*, in Europa e dir. priv., 2008
- POLICE A., *Giurisdizione piena e trasformazioni della tutela cautelare*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive* (Atti della Tavola Rotonda in memoria di L. Migliorini - Perugia, 7 dicembre 2001), Torino, 2003
- POTOTSCHNIG U., *La tutela cautelare*, in *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione* (Atti del XXXI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione - Varenna, 19-21 settembre 1985), Milano, 1988
- PUGLIESE F., *Le ragioni del controinteressato nell'evoluzione della tutela cautelare*, in Dir. proc. amm., 1988
- RAIMONDI S., *Profili processuali ed effetti sostanziali della tutela cautelare tra giudizio di merito e giudizio di ottemperanza*, in Dir. proc. amm., 2007
- RAMAJOLI M., *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, in Dir. proc. amm., 2011
- RANELETTI O., *Le gaurentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937

- RENNA M., *Spunti di riflessione per una teoria delle posizioni soggettive "strumentali" e tutela cautelare degli interessi "procedimentali" pretensivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1995
- RICCI E. F., *Profili della nuova tutela cautelare amministrativa del privato nei confronti della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002
- ROCCO F., *Il rimedio della sospensione dell'esecuzione degli atti e provvedimenti impugnati dinanzi al Consiglio di Stato*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Milano, 1940
- RODRÍGUEZ IGLESIAS G., *Sui limiti dell'autonomia processuale degli Stati membri nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001
- ROMANO A., *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985
- ROSSI SANCHINI M., *La tutela cautelare*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2001
- SAITTA F., *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2006
- SANDULLI A.M., *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, in *Atti del Convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo (Napoli, 23-25 aprile 1960)*, Milano, 1962
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989
- SAPORITO G., *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato*, Napoli, 1981
- SAPORITO G., *Le sospensive «propulsive»*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987
- SEVERINI G., *Tutela cautelare e interesse generale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017
- SCOCA F.G., *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983
- SCOCA F.G., *Prospettive della tutela cautelare*, in AA.VV., *La riforma della giustizia amministrativa in Italia ed in Spagna*, Torino, 2002
- SCOCA F.G., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2012
- TARULLO S., *La tutela cautelare nel processo amministrativo tra vicende interne, vicende comunitarie e prospettive di riforma*, in *Foro amm.*, 2000
- TESAURO G., *Tutela cautelare e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992
- TOMMASEO F., *I provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988
- TRAINA D.M., *La proposizione del ricorso e la tutela cautelare*, in G. MORBIDELLI, *Codice della giustizia amministrativa*, Milano 2005
- TRAVI A., *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 1990
- TRAVI A., *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1997
- TRAVI A., *Sospensione del provvedimento impugnato (ricorso giurisdizionale amministrativo e ricorso amministrativo)*, in *Dig. pubbl.*, 1999
- TROCKER N., *Civil Law e Common Law nella formazione del diritto processuale europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007
- VAN GERVEN W., *Judicial activism of national courts in applying Community law*, in *CMLR*, 1997

- VAUGHAN D., *Factortame and After: A Fishy Story*, in EBLR, 2005
- VILLAMENA S., *Il potere di sospensione amministrativa*, Torino, 2012
- VILLATA R., *Osservazioni sulla relazione del Prof. Pototschnig*, in *Processo amministrativo, quadro problematico e linee di evoluzione*, Atti del XXXI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 19-21 settembre 1985, Milano, 1988
- VILLATA R., *La Corte costituzionale frena bruscamente la tendenza ad ampliare la tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1991
- VIRGA P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della P.A.*, Milano, 1976

Giurisprudenza

- Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76, *Reve*
- Corte di giustizia, 7/7/1981, causa 158/80, *Reve / Hauptzollamt*
- Corte di giustizia, 22/10/1987, causa 314/85, *Foto-Frost*
- Corte di giustizia, 19/6/1990, causa C-213/89, *Factortame*
- Corte di giustizia, 21/2/1991, causa 143/88, *Zuckerfabrik*
- Corte di giustizia, 9/11/1995, causa C-465/93, *Atlanta*
- Corte di giustizia, 26/11/1996, causa C-68/95, *Port*
- Corte di giustizia, 19/9/1996, causa C-236/95, *Commissione/Grecia*
- Corte di giustizia, 5/5/2003, causa C-214/00, *Commissione/Spagna*
- Corte di giustizia, 29/4/2004, causa C-202/03, *DAC*

CAPITOLO SETTIMO

LE SPESE DEL GIUDIZIO

SOMMARIO: 7.1. Il principio di soccombenza. – 7.2. La sua concreta applicazione nel processo civile. – 7.3. La sua declinazione nel processo amministrativo. – 7.4. I *protective costs orders*. – 7.5. La conformazione della disciplina processuale della soccombenza all'effetto utile dell'effetto diretto. – 7.6. I tributi giudiziari. – 7.7. La ragionevolezza e la proporzionalità.

7.1. Il principio di soccombenza

Risale all'insegnamento di Chiovenda la migliore definizione del principio di soccombenza: «*Il processo per quanto possibile deve dare praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che ha diritto di conseguire alla stregua del diritto sostanziale*»¹; da qui l'affermazione che «*Tutto ciò che fu necessario al riconoscimento del diritto è concorso a diminuirlo e deve essere reintegrato al subbietto del diritto stesso, in modo che questo non soffra detrimento dal giudizio*»².

In una primitiva elaborazione giurisprudenziale, consegue da ciò la perentoria statuizione della Corte costituzionale che «*d[e]ll'accoglimento della domanda ... è normale complemento la liquidazione delle spese e delle competenze, in difetto della quale il diritto di agire in giudizio, per antico insegnamento, sarebbe in guisa monca garantito*»³.

Dunque, una sorta di biunivoca corrispondenza tra il principio di soccombenza e il principio di tutela giurisdizionale effettiva; donde – in questo primo approccio – l'illegittimità costituzionale di una norma processuale che non preveda la rigorosa applicazione del principio di soccombenza.

Si tratta tuttavia, senza dubbio, di una prospettiva ingannevole, frutto di un'eccessiva semplificazione del problema.

In effetti, bisogna raccogliere qui l'autorevole monito: «*Quando le cose non sono semplici ... pretendere la chiarezza, la semplificazione a tutti i costi, è faciloneria, e proprio questa pretesa obbliga i discorsi a diventare generici, cioè menzogneri*»⁴.

È, in realtà, oltremodo evidente che non vi sia quella biunivoca corrispondenza tra il principio di soccombenza e il diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti e interessi legittimi (art. 24 Cost.).

¹ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1932, I, 41.

² G. CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, Roma, 1935, 157.

³ Corte costituzionale, 19/12/1986, n. 303. Si noti che la sentenza, insolitamente essenziale nella scarna motivazione, a rilevare l'ovvietà (come meglio dirò in seguito, solo apparente) della soluzione, è a firma di V. Andrioli, accreditato dai più come il successore naturale di Chiovenda, così da rendere ancora più evidente il collegamento tra le due affermazioni.

⁴ I. CALVINO, *Una pietra sopra. Note sul linguaggio politico*, Torino, 1980.

Anzi, si è sostenuto che quello della soccombenza sarebbe addirittura il peggiore tra i vari criteri universalmente noti di regolamentazione delle spese di lite⁵.

Lo dimostra in modo inconfutabile il fatto che, a livello globale, il principio di soccombenza non è ovunque adottato, e, anche là dove accolto, lo è pressoché mai in forma assoluta⁶. E ciò anche in Paesi che indubabilmente si ispirano allo Stato di diritto, nel quale campeggia in primo piano il principio della giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive⁷.

I vari ordinamenti si ispirano, infatti, a due antitetici principi.

Da un lato, gli Stati membri dell'Unione europea si ispirano alla c.d. *English rule*, che prevede ordinariamente l'obbligo della parte soccombente di rifondere alla parte vittoriosa le spese di lite («*victus victoris*»).

Dall'altro, nell'ordinamento statunitense, invece, ciascuna delle parti sostiene le spese necessarie alla tutela giurisdizionale dei propri diritti, senza possibilità di rivalsa nei confronti della parte soccombente (c.d. *American rule*)⁸.

Nei due differenti ordinamenti processuali, vi è, tuttavia, una contaminazione dei due criteri di imputazione finale delle spese di lite.

Invero, nella gran parte dei Paesi che si ispirano alla *English rule* (e così in Francia, Spagna e Inghilterra) si prevede, o per espressa disciplina normativa o per principio di elaborazione giurisprudenziale, la deroga al principio della soccombenza, e, dunque, la compensazione delle spese di lite, in ragione della particolarità della materia controversa, o per la situazione soggettiva delle parti coinvolte, o, ancora, per le concrete vicende del giudizio che ne rendono opinabile l'esito⁹.

⁵ J. E. BONINE, *Best Practices - Access to Justice (Agenda for Public Interest Law Reform)*, in <https://accessinitiative.org>, 2008, il quale spiega che «*It applies in one form or another throughout much of Latin America, Europe, Asia, and Africa (although not in the United States, with one exception). In nations such as Argentina, Brazil, France, Mexico, and Sweden the policy is clearly stated in legislation. The policy is a significant barrier to access to justice when it is applied as a routine matter. It discourages potential middle-class plaintiffs more than others, because they have something to lose personally but no equivalent personal benefit to gain from winning a lawsuit whose purpose is not for economic compensation but to demand compliance with the law.*».

⁶ J. E. BONINE, *Best Practices*, cit., dà una rappresentazione analitica di come il principio di soccombenza, là dove applicato, è comunque prevalentemente applicato in modo spurio, specialmente con riferimento alle controversie ove è coinvolto l'agire degli enti pubblici. Così è, tra gli altri, nel processo amministrativo spagnolo e finlandese, in Australia, Alaska (ove pure, a differenza di quanto accade a livello federale, è vigente il principio *Loser pays/Two-way fee-shifting*), Estonia, Costa Rica. In altri paesi, si è, invece, introdotta, con riguardo ai giudizi amministrativi una particolare versione della *One-way loser pays*, comportante la condanna alle spese solo a favore del ricorrente privato contro l'ente pubblico resistente (*Government-pays*). Così è, tra gli altri, in Polonia e Slovacchia.

⁷ M. P. CHITI, *Il mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2000, 303 ss., afferma al proposito che ogni organismo amministrativo comunitario è «*soggetto ai principi riassunti dalla nozione di Rule of Law, tra i quali il principio della giustiziabilità di tutti gli atti amministrativi dai quali possa discendere una violazione dei diritti e degli interessi delle persone coinvolte.*».

⁸ J. Y. GOTANDA, *Awarding Costs and Attorneys' Fees*, in MJIL, 1999, giustifica in questo modo la c.d. *American rule*: «*The United States Supreme Court, which adopted the American rule in 1796, has set forth three reasons in support of it. First, in many cases the result of the litigation is uncertain and, as a result, it is unfair to penalize a losing party by assessing costs and fees for merely defending or prosecuting a lawsuit. Second, if losing parties were forced to bear their opponents' costs and fees, "the poor might be unjustly discouraged from instituting actions to vindicate their rights". Third, claims for costs and fees would likely increase "the time, expense and difficulties of proof" in any given case and "would pose substantial burdens for the administration of justice"...*».

⁹ M. LUPANO, *Responsabilità per le spese e condotta delle parti*, Torino, 2013, 43 ss.

Allo stesso modo, di converso, negli Stati Uniti d'America il principio della *American rule* è sostituito dal principio della soccombenza in chiave unilaterale (*One-way loser pays*), nel senso cioè che la condanna alle rifusioni delle spese di lite è pronunciata solo a favore della parte debole del rapporto, in guisa tale da renderle possibile l'esercizio dell'iniziativa processuale, altrimenti messa a rischio dalla certezza di non potere comunque recuperare le spese di lite, con vanificazione dell'utilità concreta della sua azione. E, al proposito, la Corte Suprema ha statuito che «*la facilitazione dell'iniziativa processuale del privato sull'esercizio dei pubblici poteri è stata vista come auspicabile in una varietà di circostanze*»¹⁰. Così da giustificare l'applicazione del principio di soccombenza, in deroga al principio generale di irripetibilità delle spese di lite dell'*American rule*, a favore del ricorrente contro gli atti della pubblica autorità (*Government-pays*), specie con riferimento a specifiche materie, quali l'ambiente, la giustizia sociale, la salute e i diritti civili¹¹.

Quanto sopra a evidenziare che il principio di soccombenza ha una valenza ambigua (o se vogliamo ambivalente) rispetto al principio della tutela giurisdizionale effettiva: è, al contempo, a protezione del principio (là dove consente di erogare una giustizia che non sia «*in guisa monca*»); ma costituisce, sotto altra prospettiva, anche un ostacolo all'effettivo esercizio del diritto di azione costituzionalmente garantito.

Come avverte la Corte costituzionale nella sua giurisprudenza più recente, «*La prospettiva della condanna al pagamento delle spese di lite anche in qualsiasi situazione del tutto imprevedibile per la parte che agisce o resiste in giudizio può costituire una remora ingiustificata a far valere i propri diritti*»¹².

Sicché, è da escludere che il principio di soccombenza sia «*indefettibilmente coesistente alla tutela giurisdizionale*»¹³.

Ma non se ne può, nemmeno, prescindere, pena l'erogazione di una giustizia «*monca*», appunto.

Donde, la necessità di risolvere il problema innescato dalle opposte tensioni (a favore e contro) alle quali il principio di soccombenza sottopone il principio di tutela giurisdizionale effettiva (ma anche l'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE, come poi vedremo), non già con una previsione astratta definita a priori che costringa la statuizione giudiziaria all'interno della logica binaria (vero/falso) di una norma a fattispecie definita («*victus victoribus*»), bensì attraverso una clausola generale, che consenta al giudice di provvedere attraverso la propria interpretazione valutativa di un concetto giuridico indeterminato («*giusti motivi*»), declinando a posteriori, sulla base di quanto emerso nella vicenda controversa, il precetto del caso concreto, attingendo (non già alla sua personale opinione, bensì) ai valori costituzionali in gioco.

¹⁰ *Ahteska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society*, 421 U.S. 240, 247 (1975), in <https://supreme.justia.com>, nell'originale: «*the encouragement of private action to implement public policy has been viewed as desirable in a variety of circumstances*».

¹¹ J. E. BONINE, *Best Practices*, cit.

¹² Corte costituzionale, 19/4/2018, n. 77.

¹³ Corte costituzionale, 21/5/2014, n. 157.

7.2. La sua concreta applicazione nel processo civile

Questo era quanto (correttamente) il nostro legislatore aveva previsto, nella originaria versione del codice di procedura civile (applicabile al processo amministrativo, giusta il rinvio a esso operato dall'art. 26 c.p.a.): «*Il giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte e ne liquida l'ammontare insieme con gli onorari di difesa*» (art. 91 c.p.c.); nondimeno, «*Se vi è soccombenza reciproca o concorrono altri giusti motivi, il giudice può compensare, parzialmente o per intero, le spese tra le parti*» (art. 92 c.p.c.).

In effetti, è poi accaduto che i giudici facessero un uso improprio dell'ampia latitudine di giudizio che la clausola generale assegnava loro nella definizione dell'astratto (assai) concetto giuridico indeterminato dei «*giusti motivi*», così che diveniva diritto vivente l'affermazione della Suprema Corte che «*La facoltà di compensare fra le parti le spese del giudizio rientra nel potere discrezionale del giudice di merito, il quale non è tenuto a darne ragione con una espressa motivazione*»¹⁴.

Però, così argomentando – come bene evidenziato dalla Corte costituzionale – la discrezionalità traboccava nell'arbitrio, nella misura in cui la scelta discrezionale del giudice pretendeva di essere dispensata dall'obbligo (costituzionale) della motivazione¹⁵.

Nella considerazione di ciò, inevitabile, quantunque ridondante, fu il primo (tra gli innumerevoli, in questi ultimi anni) intervento del legislatore a meglio delimitare la latitudine del margine discrezionale di interpretazione che il concetto giuridico indeterminato dei «*giusti motivi*» assegnava al giudice: in esito alla novella del 2005, invero, i giusti motivi furono espressamente assoggettati (ma già lo erano prima, nel doveroso rispetto dell'art. 111 Cost.) all'obbligo di una specifica motivazione: così che fu precisato che «*i giusti motivi [fossero] esplicitamente indicati nella motivazione*» (così l'art. 92 c.p.c., come novellato dalla legge 263/2005).

Sennonché, il legislatore – evidentemente non pago nel perseguimento degli obiettivi (illeciti¹⁶, come vedremo) che si era prefissato – ritenne dopo pochi anni soltanto, di tornare a legiferare sul tema (solo apparentemente, secondario) della definizione in concreto del principio della soccombenza, prevenendo che la compensazione delle spese di lite (in deroga all'ordinario principio della loro recu-

¹⁴ Corte di cassazione, Sez. un., 15/7/2005, n. 14989.

¹⁵ Corte costituzionale, 13/12/2004, n. 395. Ciò, peraltro in risposta alla provocazione del giudice del rinvio, che prefigurava, addirittura, che il diritto vivente fosse, non solo evidentemente *contra legem*, ma persino configurasse comportamenti criminosi, riconducibili all'omissione di atti d'ufficio.

¹⁶ C. PASQUINELLI, *Le leggi dannose: Percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato*, Torino, 2013, parla di «*legge illecita*», al proposito di leggi nazionali in contrasto con i principi costituzionali e sovranazionali con effetto diretto nel nostro ordinamento, sia pure avvertendo che «*si possa parlare di "legge illecita" solo impropriamente e con intenti meramente descrittivi del fenomeno ... dovendosi tenere ben distinti l'atto legislativo, inteso come scelta politica, ed il giudizio sulla condotta dannosa imputabile al legislatore*». Sicché, ai nostri fini, non vi è contraddizione in termini nell'affermare di obiettivi illeciti del legislatore, che trovano, peraltro, specifica sanzione proprio all'interno dell'ordinamento comunitario secondo il principio di responsabilità degli Stati membri verso i cittadini danneggiati da atti o omissioni del legislatore nazionale (Corte di giustizia, 19/11/1991, cause riunite C-6/90 e C- 9/90, *Francoviel*).

perabilità nei confronti della parte soccombente) fosse ammissibile, da allora in poi, soltanto nella ricorrenza di «*gravi ed eccezionali ragioni*», sempre da esternare in motivazione (così l'art. 92 c.p.c., come novellato dalla legge 69/2009).

Questo intervento, per quanto deprecabile nell'obiettivo (come vedremo) cui era funzionale e opinabile nel risultato utile che esso realizzava (la dissuasione dall'intrapresa di azioni infondate), manteneva, perlomeno, intatta la fondamentale (e come sarà poi evidente) indispensabile struttura della fattispecie normativa, ancora una volta definita attraverso un concetto giuridico indeterminato, sia pure di meno lata vaghezza¹⁷, qual è quello delle «*gravi ed eccezionali ragioni*», e, dunque, ancora una volta affidando all'interpretazione valutativa del giudice l'elaborazione (a posteriori) del precetto a valere per il caso concreto.

Di lì a poco, il legislatore intervenne nuovamente, questa volta abbandonando, tuttavia, la struttura a fattispecie indefinita, e sostituendo il concetto giudico indeterminato con un precetto (composto a priori) a fattispecie definita, prevedendo la compensazione solo nella ricorrenza di due situazioni (di improbabile verificazione): la «*assoluta novità della questione trattata*» e il «*mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti*» (così l'art. 92 c.p.c., come novellato dal d.l. n. 132/2014).

In questo modo, però, il legislatore ha ommesso di considerare che l'applicazione rigorosa del principio della soccombenza (alla maniera di Chiovenda, nel senso della matematica coincidenza tra il diritto definito dalla norma sostanziale e il diritto tutelato all'esito del processo) avrebbe, da un lato, sì massimizzato (ma solo in una delle alternative prospettive in cui esso si manifesta nel processo) il diritto di azione ex art. 24 Cost, ma indubitabilmente, dall'altro, avrebbe costituito un ostacolo all'esercizio di quel fondamentale diritto.

Come si è dinanzi dimostrato, sullo stimolo delle provocazioni indotte dal diritto comparato (nell'evidenza della giurisprudenza statunitense sulla *One-way loss pays*, ma, come poi avremo modo di vedere, anche dalla giurisprudenza pretoria dei *Protective costs orders* britannici), il principio di soccombenza è assolutamente ambiguo rispetto al principio di giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive, donde l'impossibilità di definire a priori la soluzione del contrasto latente tra i due principi attraverso una norma a precetto definito, dovendosi, piuttosto, e inevitabilmente, risolvere quella antinomia sotto traccia nella logica sfocata di una clausola generale, definita attraverso un concetto giuridico indeterminato (i giusti motivi della primitiva disciplina processuale dell'istituto della soccombenza, o anche altri, meno vaghi, concetti, come, appunto, le «*gravi ed eccezionali ragioni*» della novella).

Ma per vero la novella non era animata dalla (giusta) preoccupazione di trovare la migliore sintesi tra le due opposte tensioni cui è inevitabilmente esposto il principio della tutela giurisdizionale effettiva, con riguardo al tema della imputazione

¹⁷ M. ANGELONE, G. PALMIERI, *Il regolamento delle spese processuali dopo le recenti riforme del codice di procedura civile*, in Giust. civ., 2013, 679 ss., affermano al proposito che «Tale irrigidimento porta ad escludere dalla compensazione molte delle fattispecie per le quali era sovente concessa: rapporti di parentela o di affinità tra le parti; la dubbio della lite; la natura della causa; quadro giurisprudenziale incerto; particolarità e complessità delle questioni trattate, il comportamento processuale tenuto dalle parti, ragioni di equità».

delle spese di lite, perché – come ci rivela autorevolmente la Corte costituzionale – «Al fondo di questo contesto riformatore è la consapevolezza, sempre più avvertita, che, a fronte di una crescente domanda di giustizia, anche in ragione del riconoscimento di nuovi diritti, la giurisdizione sia una risorsa non illimitata e che misure di contenimento del contenzioso civile debbano essere messe in opera»^{18 19}.

Inevitabile fu, perciò, l'intervento della Corte costituzionale, che, nel 2018, ha statuito l'illegittimità costituzionale dell'art. 92 c.p.c., nella sua nuova formulazione, «nella parte in cui non prevede che il giudice, in caso di soccombenza totale, possa non di meno compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni»²⁰.

Donde, la riemersione, a disciplinare l'applicazione in concreto dell'astratto principio della soccombenza, di nuovo e necessariamente (a ricondurre la norma agli irrinunciabili valori costituzionali), di un concetto di vago (sia pure non nebuloso, come era in origine) significato: le indefinite «gravi ed eccezionali ragioni».

In effetti, la discrezionalità valutativa del giudice, nella prospettiva del giudice costituzionale, non è ampia; invero, la Corte costituzionale ha precisato che «le ipotesi illegittimamente non considerate dalla disposizione censurata possono identificarsi in quelle che siano riconducibili a tale clausola generale e che siano analoghe a quelle tipizzate nominativamente nella norma, nel senso che devono essere di pari, o maggiore, gravità ed eccezionalità. Le quali ultime quindi – l'«assoluta novità della questione trattata» ed il «mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti» – hanno carattere paradigmatico e svolgono una funzione parametrica ed esplicativa della clausola generale» (21).

Vi sono, tuttavia, ineludibili ragioni per ritenere che quel vincolo interpretativo si stemperi, se il giudice (come doveroso), nell'esercizio della discrezionalità valutativa che la clausola generale gli assegna, nella definizione discrezionale del concetto giuridico indeterminato delle «gravi ed eccezionali ragioni», valorizzi non solo i valori costituzionali ma anche, e soprattutto, i principi generali dell'ordinamento comunitario, e tra essi, in primo luogo, quelli che ellitticamente si definiscono con la formula dell'effetto utile dell'effetto diretto (l'«*effet utile*» della norma UE).

7.3. La sua declinazione nel processo amministrativo.

L'art. 26 c.p.a. definisce il principio di soccombenza, nel concreto delle regole processuali, attraverso il semplice rinvio alle regole del processo civile. Vi si afferma, infatti, che, «Quando emette una decisione, il giudice provvede anche sulle spese del giudi-

¹⁸ Corte Costituzionale, 19/4/2018, n. 77.

¹⁹ R. METAFORA, *Le ipotesi di compensazione delle spese di lite*, in Riv. it. dir. lav., 2019, 203 ss., afferma al proposito: «si è finito con il trasformare quello che era un potere equitativo dettato dall'esigenza di evitare che chi non aveva torto in pieno pagasse come se lo avesse, in uno strumento di bilanciamento tra il diritto delle parti ad agire in giudizio al fine di accedere alla tutela riconosciuta dall'ordinamento e il superiore interesse dello Stato di evitare l'eccesso della giurisdizione».

²⁰ Corte Costituzionale, 19/4/2018, n. 77.

²¹ Corte Costituzionale, 19/4/2018, n. 77.

zio, secondo gli articoli 91, 92, 96 e 97 del codice di procedura civile, tenendo anche conto del rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità di cui all'articolo 3 comma 2».

Vi è più di una ragione di dubitare dell'opportunità di un così semplicistico rinvio, a riportare pianamente nel processo amministrativo le stesse regole (e si dovrebbe, probabilmente, ritenere, anche le stesse acquisizioni giurisprudenziali) del processo civile.

Questo induce a ritenere, anzitutto, il precetto di cui all'art. 100 Cost. che definisce il giudice amministrativo quale strumento di «tutela della giustizia nell'amministrazione», e che deve essere oggi valorizzato alla luce di quanto statuito nella celeberrima sentenza *Van Gend & Loos*²²: «La vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti, costituisce d'altronde un efficace controllo che si aggiunge a quello che gli articoli [258 TFUE] e [259 TFUE] affidano alla diligenza della Commissione e degli Stati membri».

Dunque, l'iniziativa processuale dei singoli all'interno nel processo amministrativo, ove sono coinvolti gli atti dei pubblici poteri, è sì funzionale alla tutela (egoistica) della loro situazione giuridica soggettiva (eventualmente, come sovente succede, definita anche da una norma UE), come appunto accade nel processo civile; ma è altresì qui funzionale al perseguimento di un interesse pubblico: la tutela della legalità obiettiva.

Ciò non equivale, ovviamente, ad affermare che il soggetto leso dall'atto della pubblica autorità sia «protetto dall'ordinamento soltanto attraverso la tutela giurisdizionale di quest'ultimo» interesse pubblico²³; secondo l'inaccettabile²⁴ definizione dell'interesse legittimo come interesse occasionalmente protetto²⁵.

Qui si vuole solo sostenere che, all'interno del processo amministrativo, l'indispensabile tutela giurisdizionale della situazione giuridica soggettiva (che è centrale al processo) si coniuga necessariamente con la tutela della legalità obiettiva: e, in questo senso, l'iniziativa processuale del singolo è utile (e non d'intralcio) alla realizzazione di un obiettivo di interesse pubblico.

Dunque, un processo non solo a tutela della legalità obiettiva – come nella risalente concezione²⁶ costituzionalmente inadeguata²⁷ –, ma un processo che realizza,

²² Corte di giustizia, 5/2/1963, causa 26/62.

²³ G. ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, 1958, I, 187.

²⁴ E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in Arch. dir. pubbl., 1937, 57.

²⁵ O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato* (1892), ora anche in Ranelletti, *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, 1992, 3 ss.

²⁶ S. SPAVENTA, *Discorso preparato per la inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in Riv. dir. pubbl., 1909, 290 ss., nel quale si legge: «In questa giurisdizione non si tratta di definire controversie nascenti dalla collisioni di diritti individuali e omogenei, ma di conoscere solamente se il diritto obiettivo sia stato osservato. Ciò che può servire mediamente anche all'interesse dell'individuo, ma non ne è l'immediata conseguenza. Il diritto obiettivo qui si realizza in sé e per proprio conto, senza che ne nasca in ogni singolo caso un diritto soggettivo, o, se può nascere, non è qui la sede dove possa farsi valere. L'interesse individuale offeso è solamente preso come motivo e occasione per l'amministrazione stessa per il riesame dei suoi atti; ma non è l'oggetto proprio della decisione, a cui tale riesame può metter capo».

²⁷ V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, 26 ss., afferma che il disegno costituzionale «sembra... configurare senza possibilità di dubbio il giudice amministrativo come vero giudice e

al contempo, due funzioni: la tutela della legalità obiettiva e delle situazioni giuridiche soggettive.

Invertendo i fattori dell'originaria (ora desueta) impostazione, è la tutela dell'interesse legittimo che costituisce occasione per la tutela altresì del diritto obiettivo, che ne è la «*immediata conseguenza*».

Ciò è ora testualmente consacrato nell'art. 19 TUE, ove è, appunto, statuito che «*La Corte di giustizia dell'Unione europea*²⁸ ... *Assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati. Gli Stati membri stabiliscono rimedi necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione*»²⁹.

Donde, la difficoltà a comprendere (e accettare) interventi sul processo amministrativo che siano dichiaratamente in funzione deflattiva del contenzioso, che dovrebbe, invece, ritenersi un'utile risorsa per la collettività: qui, la risorsa scarsa da accrescere è invero proprio il contenzioso; a differenza che nel processo civile, a riguardo del quale la risorsa scarsa da proteggere è la giurisdizione. Ma, in ogni caso, in entrambe le prospettive, sempre in modo tale che sia incessantemente consentito (e mai ostacolato) l'accesso al processo per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

Perciò, il problema delle spese di lite (all'interno del quale gioca un ruolo essenziale la disciplina, nel concreto delle regole processuali, del principio di soccombenza, ma anche l'anticipazione dei tributi giudiziari da parte di chi assume l'iniziativa processuale, di cui poi si dirà) non può essere affrontato allo stesso modo nei due differenti processi.

Come statuito dal Consiglio di Stato, invero, «*il principio della soccombenza, richiamato dall'art. 92 c.p.c., cui rinvia l'art. 26 c.p.a., riceve attenuazione nel processo amministrativo a fronte della complessità delle regole che governano l'azione amministrativa, soggette a mutamento nel tempo con effetto sulla graduazione degli interessi dalla stessa coinvolti, alla cui cura è preposto l'organo pubblico chiamato in giudizio*»³⁰.

Il che induce anche a una riflessione aggiuntiva.

Non solo l'applicazione del principio di soccombenza deve tenere conto, nel processo amministrativo, dell'utilità intrinseca dell'iniziativa processuale del singolo per l'interesse pubblico alla legalità dell'azione amministrativa, in guisa tale da essere attenuato per evitare che il costo delle spese di lite possa disincentivare l'azione processuale (ciò che, invece, costituisce inopinatamente il dichiarato pro-

come giudice che tutela le situazioni giuridiche soggettive proprie dei ricorrenti nei confronti della pubblica amministrazione: il che, se le parole hanno un senso, non significa "per la realizzazione dell'interesse della pubblica amministrazione alla legalità della sua azione"...».

²⁸ Per tale intendendosi, nel linguaggio dei Trattati, l'insieme delle istituzioni chiamate a esercitare la funzione giudiziaria sulla violazione delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, e, dunque, anche il nostro giudice amministrativo, quando opera come giudice decentrato dell'UE.

²⁹ S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale*, Napoli, 2011, 17, afferma che «*Il diritto comunitario è costituito come diritto oggettivo dell'Unione europea, la cui effettività è presidiata dalla Corte di giustizia ed i giudici nazionali sono giudici comunitari in senso funzionale*».

³⁰ Consiglio di Stato, Sez. III, 4/7/2014, n. 3394.

posito del nostro legislatore), ma a questo risultato deve condurre, altresì, la considerazione che: (i) nel processo amministrativo l'interesse pubblico primeggia su quello privato; (ii) la complessità delle regole e il loro continuo fluire nel senso della deformalizzazione dell'azione amministrativa e della dequotazione dei vizi formali e procedurali al fine dell'annullamento dell'atto della pubblica amministrazione rendono assai improbabile il successo dell'iniziativa processuale del privato nei confronti della pubblica amministrazione (come le statistiche, ove è nettamente prevalente la soccombenza del ricorrente, rendono evidente).

Si pensi, con riguardo al rilievo sub (i), a quanto statuito dalla Corte di giustizia sull'estensibilità al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE della regola processuale che i Trattati avevano, in origine, previsto all'art. 264 TFUE solo per l'azione di annullamento degli atti amministrativi comunitari ai sensi dell'art. 263 TFUE³¹, e che consente, oggi, alla Corte di giustizia, anche con riguardo a rinvii pregiudiziali che condizionano l'esito di un giudizio nazionale su di un provvedimento amministrativo nazionale ove siano coinvolti diritti e interessi legittimi definiti anche attraverso una norma UE, di limitare gli effetti della pronuncia al futuro, così da elidere la naturale efficacia retroattiva dell'annullamento di un atto, sin dall'origine, invalido.

Ciò che, più in generale, ha indotto di recente il nostro Consiglio di Stato ad affermare che *«Anche se – in base ad una regola fondamentale che è stata affermata ab antiquo et antiquissimo tempore dal Consiglio di Stato (come ineluttabile corollario del principio di effettività della tutela) – l'accoglimento del ricorso comporta normalmente l'eliminazione integrale degli effetti dell'atto lesivo per il ricorrente, l'applicazione di tale regola può, in alcuni casi, risultare incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale. Allorché ciò accada, la regola dell'annullamento con effetti ex tunc dell'atto impugnato può essere derogata, a seconda delle circostanze, o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti, ovvero con la loro decorrenza ex nunc, ovvero ancora escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi»*³².

Questo quale espressione di un principio generale rinvenibile anche nella disciplina speciale degli appalti pubblici, ove è, appunto, previsto che *«il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta»* (art. 122 c.p.a.).

Donde, in ogni caso, la subordinazione degli effetti della pronuncia giudiziaria alla sua compatibilità con l'interesse pubblico.

³¹ Corte di giustizia, 27/2/1985, causa 112/83, *Société des produits de maïs*, che ha così statuito: *«la possibilità che la Corte limiti nel tempo gli effetti della dichiarazione d'invalidità di un regolamento, in occasione del ricorso pregiudiziale contemplato dall'art. [267 TFUE], comma 1, lett. b), trova fondamento nell'interpretazione dell'art. [264 TFUE] alla luce della necessaria coerenza fra il rinvio pregiudiziale e il ricorso d'annullamento, i quali costituiscono due aspetti del sindacato di legittimità voluto dal Trattato. La facoltà di limitare nel tempo gli effetti dell'invalidità di un regolamento comunitario, nell'ambito sia dell'art. [263 TFUE], sia dell'art. [267 TFUE], è un potere attribuito alla Corte dal Trattato, nell'interesse dell'uniforme applicazione del diritto comunitario nell'intera Comunità»*.

³² Consiglio di Stato, Sez. VI, 10/5/2011, n. 2755.

Si consideri, al contempo, con riguardo al rilievo sub (ii) alla attuale disciplina dei vizi formali dell'atto di cui all'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990, a mente del quale «Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

Così che il ricorrente potrebbe avere ragione a priori (perché il vizio dell'atto, in effetti, sussisteva), ma potrebbe, nondimeno, essere soccombente nell'azione di annullamento da lui intrapresa dinanzi al giudice amministrativo, perché la pubblica amministrazione riesce a dimostrare (a posteriori) nel corso del processo che, anche nel rigoroso rispetto delle regole procedurali e formali (in effetti, violate), il provvedimento sarebbe comunque stato deliberato con il medesimo contenuto.

E queste sono obiettivamente ragioni sufficienti a giustificare (ma, probabilmente, anche a imporre) una diversa declinazione del principio di soccombenza all'interno del processo amministrativo.

Ciò che, in effetti, l'intervento additivo della Corte costituzionale del 2018 e la riproposizione nella norma processuale di una clausola generale definita attraverso un concetto giuridico indeterminato («*gravi ed eccezionali ragioni*») consentono al giudice amministrativo di fare in via interpretativa (e vedremo, poi, anche nell'obbligo di interpretazione conforme di cui all'art. 4 TUE), senza necessariamente mettere in discussione la validità della norma, nel suo confronto sia con gli artt. 24 e 100 Cost. (con conseguente emersione di un problema di costituzionalità) sia con gli artt. 19 TFUE e 47 della Carta di Nizza (con la possibilità di risolvere l'antinomia con l'immediata disapplicazione della norma nazionale antinamica).

7.4. I *protective costs orders*

Quanto sopra consente di affermare che all'interno del processo amministrativo vi sono ordinariamente «*gravi ed eccezionali*» ragioni che militano a favore della compensazione delle spese di lite.

Donde, l'ossimoro delle eccezionali ragioni ordinariamente presenti nel processo amministrativo a giustificazione della deroga, qui pressoché sistematica (nella prassi giurisprudenziale), al principio di soccombenza.

Si tratta, tuttavia, di una contraddizione solo apparente: giacché si deve intendere l'eccezione riferita alle specifiche caratteristiche e funzionalità del processo amministrativo, all'interno del quale campeggia in primo piano l'interesse pubblico, rispetto all'ordinario processo civile (con riguardo al quale il principio di soccombenza è stato codificato), ove invece si contrappongono antagoniste sfere giuridiche in una prospettiva egoistica.

A ben vedere, si tratta di riproporre all'interno del processo quella medesima regola espressamente codificata nel diritto sostanziale, al proposito degli accordi amministrativi, con riguardo ai quali i principi del codice civile si applicano solo «*in quanto compatibili*» (art. 11 della legge n. 241/1990), e che conduce pianamente

all'inversione del rapporto tra regola ed eccezione, in ragione delle ontologiche differenze tra gli accordi e i contratti, tra la discrezionalità amministrativa e l'autonomia negoziale³³.

Le regole sono le stesse, ma la loro applicazione concreta è affatto diversa.

Donde, la compensazione può ritenersi ordinaria all'interno del processo amministrativo (come, in effetti, è secondo consolidata giurisprudenza), ma eccezionale rispetto al processo generalmente inteso, del quale il processo civile costituisce il paradigma di riferimento.

Una conferma di ciò, dell'esservi cioè ordinariamente all'interno del processo amministrativo ragioni «*gravi ed eccezionali*» per la compensazione delle spese di lite, ci viene, ancora una volta, da un approccio al problema di diritto comparato.

Basti por mente, al proposito, al sistema inglese, ove è connotata ai principi dello Stato di diritto l'applicazione rigorosa del criterio della soccombenza (da qui la definizione dello stesso, a livello globale, quale *English rule*).

In quell'ordinamento, infatti, la giurisprudenza, nella sua incessante creazione pretoria della regola di giudizio concreta a partire dai principi, ha, da ultimo elaborato lo strumento dei *Protective cost orders*.

Si legge, al proposito, nella sentenza *Regina v Lord Chancellor Ex parte Child Poverty Action Group*³⁴: «*Ritengo, pertanto, che le condizioni necessarie per la pronuncia di un provvedimento preventivo sulle spese nei casi di controversie di interesse pubblico sono che la Corte sia persuasa che le questioni sollevate siano veramente di importanza pubblica generale e che all'esito di un sufficiente apprezzamento del merito della domanda si possa concludere che è nell'interesse pubblico deliberare il provvedimento ... Queste condizioni necessarie non sono, tuttavia, sufficienti per deliberare il provvedimento. Il tribunale deve anche tenere conto delle risorse finanziarie dell'attore e del convenuto e dell'importo dei costi che potrebbero essere in discussione. Sarà più probabile pronunciare il provvedimento qualora il convenuto abbia chiaramente una capacità superiore di sostenere le spese del procedimento rispetto all'attore e se si accerta che, a meno che il provvedimento non sia deliberato, l'attore probabilmente rinunciarebbe ad agire*».

In tal modo fu, appunto, elaborata la dottrina dei *Protective costs orders*.

Nella ricorrenza di (quelle che si possono senz'altro definire) gravi ed eccezionali ragioni (la controversia coinvolge una questione di «*importanza pubblica generale*» la cui decisione è d'interesse pubblico e si ritiene che l'attore desisterebbe dall'azione se rischiasse di subire l'applicazione rigorosa del principio di soccombenza), il giudice può deliberare un provvedimento che manda esente dal rischio di soccombenza la parte attrice.

³³ M. GIAVAZZI, *Il difetto funzionale della causa e la (ir)risolubilità degli accordi amministrativi*, in *Dir. econ.*, 2011, 247 ss.

³⁴ *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, 29/1/1998; nella versione originale: «*I conclude, therefore, that the necessary conditions for the making of a pre-emptive costs order in public interest challenge cases are that the court is satisfied that the issues raised are truly ones of general public importance, and that it has a sufficient appreciation of the merits of the claim that it can conclude that it is in the public interest to make the order ... These necessary conditions are not, however, sufficient for the making of an order. The court must also have regard to the financial resources of the applicant and respondent, and the amount of costs likely to be in issue. It will be more likely to make an order where the respondent clearly has a superior capacity to bear the costs of the proceedings than the applicant, and where it is satisfied that, unless the order is made, the applicant will probably discontinue the proceedings*».

La teoria, inizialmente affermata con sintagmi indefiniti (interesse pubblico, importanza pubblica) attraverso una formula dapprima sintetica, si è poi tradotta in una più analitica definizione dei suoi presupposti applicativi.

Si legge, al proposito nella sentenza *Corner House Research v Secretary of State for Trade and Industry*³⁵: «Negli ultimi venti anni è emersa una opinione diffusa, sia in questo Paese che nei Paesi di common law all'estero che hanno adottato il principio di soccombenza, che l'accesso alla giustizia è talvolta ingiustamente impedito se vi è aderenza servile al normale regime di imputazione delle spese di lite secondo le regole di diritto privato ... Vorremmo quindi riaffermare i principi che governano la materia in questi termini. Un Protective Costs Order può essere pronunciato in qualsiasi fase del procedimento, a condizione che, secondo l'opinione del Tribunale, siano soddisfatte le seguenti condizioni: i) le questioni sollevate siano di importanza pubblica generale; ii) l'interesse pubblico richiede che tali questioni siano risolte; (iii) il richiedente non ha un suo personale interesse nell'esito del caso; iv) viste le risorse finanziarie dell'attore e del convenuto e l'ammontare dei costi che possono essere coinvolti, è equo pronunciare il provvedimento; v) se il provvedimento non viene deliberato, il richiedente probabilmente interromperà il procedimento».

Quei presupposti (importanza pubblica della questione, interesse pubblico alla decisione, l'esercizio dell'azione a tutela di un interesse diffuso, la situazione di vantaggio economico del convenuto) sono di frequente realizzazione all'interno del processo amministrativo.

Donde, la conferma, anche in ragione di una comparazione con quanto accade in altri ordinamenti pure ispirati alla rigorosa applicazione del principio di soccombenza, che nel processo amministrativo si realizzano ordinariamente le «*gravi ed eccezionali ragioni*» che militano a favore della compensazione delle spese di lite, a favorire l'effettivo esercizio del diritto di azione, a tutela anche dell'interesse pubblico alla legalità obiettiva.

7.5. La conformazione della disciplina processuale della soccombenza all'effetto utile dell'effetto diretto e al principio della tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47 della Carta di Nizza

Quantunque si riferisca al differente (ma connesso) problema dei tributi giudiziari, è senz'altro utile a definire le coordinate ermeneutiche comunitarie (al fine della corretta interpretazione conforme alla norma UE della norma processuale

³⁵ *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 1/3/2005; nella versione originale: «Over the last 20 years there has been a growing feeling in some quarters, both in this country and in common law countries abroad which have adopted the "costs follow the event" regime, that access to justice is sometimes unjustly impeded if there is slavish adherence to the normal private law costs regime ... We would therefore restate the governing principles in these terms: 1. A protective costs order may be made at any stage of the proceedings, on such conditions as the court thinks fit, provided that the court is satisfied that: i) The issues raised are of general public importance; ii) The public interest requires that those issues should be resolved; iii) The applicant has no private interest in the outcome of the case; iv) Having regard to the financial resources of the applicant and the respondent(s) and to the amount of costs that are likely to be involved it is fair and just to make the order; v) If the order is not made the applicant will probably discontinue the proceedings and will be acting reasonably in so doing».

nazionale), da utilizzare per l'interpretazione valutativa (a valorizzare il principio dell'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE di diritto sostanziale) del concetto giuridico indeterminato («*gravi ed eccezionali ragioni*») di cui all'art. 92 c.p.c., quanto sostenuto dall'Avvocato Generale Jääskinen nella causa *Orizzonte Salute*³⁶: «*Si dice che il giudice del XIX secolo Sir James Matthew abbia affermato che "in Inghilterra la giustizia è aperta a tutti, come l'Hotel Ritz". La causa in esame fornisce alla Corte l'opportunità di considerare se lo stesso valga per i procedimenti giurisdizionali relativi all'aggiudicazione di appalti pubblici in Italia disciplinati dal diritto dell'Unione sugli appalti pubblici*».

Essendo quello indubitabilmente l'obiettivo («*la giustizia aperta a tutti*»), il vincolo teleologico che inevitabilmente condiziona l'interprete (e dunque la discrezionalità valutativa che la norma assegna al giudice) è che tra le due opposte tensioni alle quali il principio di soccombenza inevitabilmente sottopone il principio di tutela giurisdizionale effettiva (ma anche quello di effettività della norma UE³⁷) deve sempre essere scelta quella che favorisce l'accesso alla giustizia, piuttosto che quella che, nella logica di garantire la pienezza del diritto tutelato in giudizio («*tutto quello e proprio quello che ha diritto di conseguire alla stregua del diritto sostanziale*»³⁸), rischia nondimeno di «*costituire una remora ingiustificata a far valere i propri diritti*»³⁹.

A maggior ragione, è da escludere la compatibilità comunitaria di una norma processuale che sia dichiaratamente ispirata al perseguimento dell'obiettivo del «*contenimento del contenzioso*»⁴⁰, qual è in chiara evidenza l'art. 92 c.p.c. nella sua novellazione del 2014 (quantunque edulcorata nella sua portata deflattiva dall'intervento additivo della Corte costituzionale del 2018).

³⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale N. Jääskinen nella causa C-61/14.

³⁷ Si legge nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale N. Jääskinen nella causa *Orizzonte Salute*: «*Innanzi tutto, rilevo che le norme giuridiche applicabili al diritto fondamentale a un ricorso effettivo ai sensi dell'articolo 47 della Carta, o al diritto al "sindacato giurisdizionale", che traggono origine dagli articoli 6 e 13 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), sono diverse da quelle che emergono quando la questione da determinare è se una sanzione o una norma procedurale di uno Stato membro sia incompatibile con il principio di effettività, nel senso che la norma di cui trattasi rende in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione. Queste ultime non sono state create nell'ambito dei diritti fondamentali conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, ma piuttosto sono venute in essere in funzione delle limitazioni poste dal diritto dell'Unione all'autonomia procedurale degli Stati membri*». Sostiene al proposito J. KROMMENDIJK, *Is there light on the horizon? The distinction between "Reve effectiveness" and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after Orizzonte*, in CMLR, 2016, 1395 ss.: «*Is there a difference between Reve effectiveness and the PEJP? Most authors seem to answer this question in the affirmative. It seems difficult, however, to make a sharp distinction in practice ... both principles should also be distinguished from effectiveness more generally (effet utile), which is a much broader concept and which could be said to comprise both the PEJP and Reve effectiveness ... the two principles essentially serve a different purpose. While the PEJP largely serves to protect individuals and aims to enable individuals to enforce their rights, Reve effectiveness is also or primarily focused on the effective application of EU law in the Member States through a minimum standard of national (procedural) law*». In effetti, la Corte poi conclude sbrigativamente nel senso che: «*Per quanto riguarda il principio di effettività, la Corte ha già avuto modo di affermare che esso implica un'esigenza di tutela giurisdizionale, sancita dall'articolo 47 della Carta, che il giudice nazionale è tenuto a rispettare*», riconducendo, dunque, il principio di tutela giurisdizionale effettiva all'interno del principio di effettività, quale sua declinazione specifica.

³⁸ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1932, I, 41.

³⁹ Corte costituzionale, 19/4/2018, n. 77.

⁴⁰ Corte costituzionale, 19/4/2018, n. 77.

In guisa tale che il giudice nazionale, operante come giudice decentrato del sistema di giustizia comunitaria definito in sintesi dall'art. 19 TUE nei suoi principi fondanti (rispetto del diritto/tutela giurisdizionale effettiva), nel corretto adempimento dell'obbligo di interpretazione conforme (quale misura giurisdizionale concreta di rispetto dell'obbligo di leale cooperazione ex art. 4 TUE), dovrà interpretare in senso lato il concetto giuridico indeterminato delle «*gravi ed eccezionali ragioni*».

Così che, in questo modo, impostando il problema della declinazione in concreto del principio di soccombenza secondo la (ineludibile) prospettiva comunitaria, la logica sfocata dell'interpretazione valutativa della clausola generale di cui al combinato disposto degli artt. 26 c.p.a. e 92 c.p.c. diviene meno vaga.

In questa prospettiva, invero, sono semmai in predicato le modalità per realizzare la tutela giurisdizionale effettiva e per garantire l'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE di diritto sostanziale, ma certo non è sfocato l'obiettivo, che indiscutibilmente è quello di preferire la scelta processuale che agevola l'accesso alla giustizia («*le porte aperte*»).

Ciò, ancorché, in certe particolari circostanze, questo avvenga a discapito della pienezza della tutela giurisdizionale del diritto controverso, che, dunque, bene potrà (ma, anzi, dovrà in taluni casi) subire la falciatura dei costi giudiziari, se questo sarà ritenuto dal giudice utile a consentire l'esercizio del diritto di azione nella sua più ampia latitudine.

La Corte di giustizia ha affrontato la questione dei costi del processo e del loro impatto sull'esercizio del diritto di azione, per la prima volta, nella causa *Impact*⁴¹, con riguardo a una specifica disciplina processuale nazionale che imponeva la devoluzione di una stessa controversia a due differenti giudici *ratione temporis*, e ha al proposito affermato che: «*risulterebbe contrario al principio di effettività se dovessero risultarne per i singoli in questione, ciò di cui la verifica spetta al giudice nazionale, inconvenienti procedurali in termini, segnatamente, di costo ... tali da rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti fondati sulla suddetta direttiva*».

La Corte di giustizia è poi tornata in argomento con la sentenza *DEB*⁴², ove essa ha appunto statuito che «*Spetta, al riguardo, al giudice nazionale verificare se le condizioni di concessione del gratuito patrocinio costituiscano una limitazione del diritto di accesso alla giustizia che lede la sostanza stessa di tale diritto, se tendano a uno scopo legittimo e se sussista un nesso ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito [e] Per valutare la proporzionalità il giudice nazionale può tener presente altresì l'entità delle spese giudiziali che devono essere anticipate e la natura dell'ostacolo all'accesso alla giustizia che esse potrebbero costituire, se sormontabile o insormontabile*».

Nella sentenza *Edwards*⁴³, con riguardo alla Convenzione di *Aarhus*⁴⁴ che preve-

⁴¹ Corte di giustizia, 15/4/2008, causa C-268/06.

⁴² Corte di giustizia, 22/21/2010, causa C-279/09.

⁴³ Corte di giustizia, 21/4/2013, causa C-260/11.

⁴⁴ Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, firmata nella cittadina di Aarhus, in Danimarca il 25/6/1998.

de il diritto a procedure «obiettive, eque, rapide e non eccessivamente onerose», la Corte di giustizia ha statuito che «il requisito inerente al procedimento “non eccessivamente oneroso”, nel settore ambientale, contribuisce al rispetto del diritto ad un ricorso effettivo, sancito dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché del principio di effettività secondo cui le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione».

Infine, nella sentenza *Toma*⁴⁵, la Corte di giustizia è nuovamente tornata sul tema delle spese di giustizia, e, con riguardo all'art. 47 della Carta, ha statuito che «dalla giurisprudenza della Corte nonché da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo emerge che il diritto di ricorso ad un giudice non è un diritto assoluto e che, pertanto, può contenere restrizioni proporzionate che perseguano uno scopo legittimo e non pregiudichino tale diritto nella sua stessa sostanza, incluse quelle connesse al pagamento delle spese di giustizia»; mentre con riferimento ai principi *Reve* di effettività, ha affermato che «una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, qualora non esenti i soggetti che si avvalgono dei loro diritti derivanti dall'ordinamento giuridico dell'Unione dalle spese come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, nell'ambito di procedimenti di esecuzione forzata relativi a entrate pubbliche, non sembra rendere di per sé l'esercizio di tali diritti praticamente impossibile o eccessivamente difficile».

Sul rapporto tra i costi del giudizio e l'effettività della tutela, si è espressa anche la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Stankov*⁴⁶, ove essa ha statuito che «L'obbligo di pagare tributi ai tribunali civili in relazione alle domande che sono chiamati a decidere non può essere considerato una restrizione al diritto di accesso a un tribunale, che è di per sé incompatibile con l'articolo 6 § 1 della Convenzione. Tuttavia, l'importo dei tributi, valutati alla luce delle circostanze particolari di un determinato caso, è un fattore importante nel determinare se una persona ha goduto o meno del suo diritto di accesso».

7.6. I tributi giudiziari

In Italia, l'aumento (abnorme) del contributo alle spese di funzionamento del processo fu motivato da dichiarati obiettivi deflattivi del contenzioso sugli appalti pubblici. Sicché, nella sentenza *Orizzonte Salute*⁴⁷, ne fu correttamente posta in dubbio la compatibilità con il diritto europeo. Il giudice amministrativo nazionale sostenne infatti che «La compatibilità della normativa italiana sul contributo unificato in materia di contratti pubblici, con il diritto comunitario ed in particolare con la direttiva

⁴⁵ Corte di giustizia, 30/6/2016, causa C-205/15.

⁴⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 12/7/2007, *Case of Stankov V. Bulgaria*; nell'originale: «The requirement to pay fees to civil courts in connection with claims they are asked to determine cannot be regarded as a restriction on the right of access to a court that is incompatible per se with Article 6 § 1 of the Convention. However, the amount of the fees assessed in the light of the particular circumstances of a given case is a material factor in determining whether or not a person enjoyed his right of access».

⁴⁷ Corte di giustizia, 6/10/2015, causa C-61/14.

dell'Unione europea 89/665 (c.d. direttiva ricorsi), appare dubbia, sia perché l'aumento continuo e progressivo del contributo unificato, oltre ad avere un effetto dissuasivo in ordine alla contestazione degli esiti di gara, contrasta con i principi comunitari di proporzionalità e di divieto di discriminazione, nonché, soprattutto, con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, sia perché la misura del contributo risulta del tutto sganciata dal valore effettivo della causa, coincidendo talvolta anche sull'utile d'impresa preventivato in sede di partecipazione alla gara⁴⁸.

La Corte di giustizia, nella sentenza *Orizzonte Salute*⁴⁹ ha, però, concluso che «L'articolo 1 della direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 2007/66, nonché i principi di equivalenza e di effettività non ostano né alla riscossione di tributi giudiziari multipli nei confronti di un amministrato che introduca diversi ricorsi giurisdizionali relativi alla medesima aggiudicazione di appalti pubblici né a che tale amministrato sia obbligato a versare tributi giudiziari aggiuntivi per poter dedurre motivi aggiunti relativi alla medesima aggiudicazione di appalti pubblici, nel contesto di un procedimento giurisdizionale in corso. Tuttavia, nell'ipotesi di contestazione di una parte interessata, spetta al giudice nazionale esaminare gli oggetti dei ricorsi presentati da un amministrato o dei motivi dedotti dal medesimo nel contesto di uno stesso procedimento. Il giudice nazionale, se accerta che tali oggetti non sono effettivamente distinti o non costituiscono un ampliamento considerevole dell'oggetto della controversia già pendente, è tenuto a dispensare l'amministrato dall'obbligo di pagamento di tributi giudiziari cumulativi».

Ancorché l'esito del giudizio sia, invero, insoddisfacente a contrastare una legislazione dichiaratamente in funzione deflattiva del contenzioso amministrativo sugli appalti pubblici, quel poco di risultato concreto è però utile a definire una teoria generale dell'imputazione dei costi legali.

Questo è, invero, il principio astratto affermato dalla Corte di giustizia: «la direttiva 89/665 non contiene alcuna disposizione attinente specificamente ai tributi giudiziari da versare da parte degli amministrati per proporre, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva medesima, un ricorso di annullamento avverso una decisione asseritamente illegittima relativa ad un procedimento di aggiudicazione di appalti pubblici ... dato che siffatti tributi giudiziari costituiscono modalità procedurali di ricorso giurisdizionale destinate ad assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione ai candidati ed agli offerenti lesi da decisioni delle autorità aggiudicatrici, essi non devono mettere in pericolo l'effetto utile della direttiva 89/665».

Dunque, quantunque la questione dei costi del processo (e, tra essi, i tributi giudiziari) appartenga all'autonomia procedurale degli Stati membri, non rientrando nella disciplina della direttiva 2007/66/CE sulle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici e dunque nella minore latitudine della competenza «*in merito alla forma e ai mezzi*» ex art. 288 TFUE, nondimeno anche in questo ambito, secondo l'insegnamento della Corte di giustizia, è più corretto impostare la questione in termini di competenza processuale funzionalizzata⁵⁰, dovendosi valutare la concreta scelta processuale con riguardo ai noti principi *Rene* di

⁴⁸ T.R.G.A. Trento, 29/1/2014, n. 23.

⁴⁹ Corte di giustizia, 6/10/2015, causa C-61/14.

⁵⁰ D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, 39.

equivalenza e di effettività^{51 52}, piuttosto che di una effettiva autonomia processuale, che in natura (quando sono coinvolte nel giudizio situazioni giuridiche soggettive definite da una norma comunitaria) non esiste.

Così che sono, senz'altro, da escludere norme processuali e, soprattutto, interpretazioni delle stesse, in chiave deflattiva del contenzioso; essendo indubitabilmente impedito dalla dottrina *Reve* l'esercizio dell'autonomia processuale (meglio: la competenza processuale funzionalizzata) per introdurre misure che abbiano a rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di azione e, con esso, l'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE.

7.7. La ragionevolezza e la proporzionalità

Sull'abbrivio di quanto statuito (sia pure con un'inibita moderazione) dalla Corte di giustizia nella sentenza *Orizzonte Salute*, il Consiglio di Stato, intervenendo in sede consultiva sull'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., prevedente l'onere di impugnare taluni atti endoprocedimentali nelle procedure di appalto pubblico⁵³, ha affermato che «*tale onere di immediata impugnazione, dovrà essere compensato ... con una rimodulazione del contributo unificato [perché] la Corte di giustizia dell'Unione europea è già intervenuta sulla misura del contributo unificato per i pubblici appalti, come previsto dalla legge italiana, riconoscendone la legittimità comunitaria "a condizione" di una interpretazione caso per caso ispirata al criterio di proporzionalità*»⁵⁴.

Quel monito è stato del tutto disatteso dal nostro legislatore, che, nel nuovo regime dell'obbligo d'impugnazione degli atti endoprocedimentali (poi da ultimo opportunamente abbandonato con la novella del 2019⁵⁵), ha trascurato di interve-

⁵¹ Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76.

⁵² J. KROMMENDIJK, *Is there light on the horizon*, cit., a commento della sentenza afferma: «*This judgment is relevant, as it is the ECJ's first step in demarcating the discretion of EU Member States in determining the amount of court fees in areas where EU law applies. The ECJ examined the Italian scheme in the context of the procedural autonomy of Member States and the limitations thereto under the principle of effectiveness ("Reve effectiveness") and equivalence*».

⁵³ Come introdotto dall'art. 204, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016, poi abrogato dall'art. 1, comma 22, lett. a), del d.lgs. n. 32/2019.

⁵⁴ Consiglio di Stato, Com. spec., parere n. 464 del 21/3/2016.

⁵⁵ Si legge nell'analisi di impatto del contenzioso amministrativo in materia di appalti per il biennio 2017/2018, elaborata dal Consiglio di Stato: «*Le ragioni del calo non sono di facile intelligibilità potendo astrattamente dipendere da una serie di fattori di contesto: crisi economica, perdita di appeal della giurisdizione, insostenibilità del costo del contenzioso, etc. Esiste tuttavia una straordinaria e significativa coincidenza temporale tra la segnalata deflazione contenziosa e la coeva introduzione di un innovativo meccanismo processuale: il rito superaccelerato di cui all'art. 120 bis, introdotto dal legislatore nel 2016. Esso è stato caratterizzato dall'onere di impugnare sin da subito l'ammissione delle imprese concorrenti alla gara, in guisa da ammettere, in sede di impugnazione dell'aggiudicazione finale, solo le censure relative alla meritevolezza dell'offerta economica. Non può escludersi che il suddetto onere, da assolvere quando ancora non v'è alcuna certezza per l'impresa in ordine alla futura graduatoria, abbia nei fatti disincentivato il contenzioso, soprattutto per gli appalti di fascia bassa*». Partendo da questo assunto (la pervicacia del nostro legislatore nell'introdurre misure deflattive del contenzioso amministrativo), non si può condividere la considerazione conclusiva espressa dal Consiglio di Stato, che semmai dimostra l'incapacità del nostro giudice amministrativo di comprendere il fondamentale ruolo che le norme dei Trattati gli assegnano, quale giudice decentrato del sistema giudiziario comunitario: «*il dato di blocco connesso "direttamente" alle*

nire sulla misura del contributo unificato dovuta su ricorsi coinvolgenti differenti atti della medesima sequenza procedimentale.

Tuttavia, quella è la strada da percorrere, per rendere compatibile (necessariamente in una logica di compromesso e non di massimizzazione) gli opposti principi coinvolti nell'addebito delle spese di lite: la tutela piena del diritto controverso, da un lato, e l'effettività della tutela giurisdizionale e l'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE di diritto sostanziale, all'altro.

Il principio di soccombenza (coesistente al principio della tutela piena del diritto controverso) è compatibile con l'effettività della tutela giurisdizionale e l'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE solo a condizione che la soluzione sia affidata a una «interpretazione caso per caso ispirata al criterio di proporzionalità».

In questo senso, militano pure le conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen nella causa *Orizzonte Salute*⁵⁶, ove, appunto, si legge che «Il principio di effettività, nel senso del divieto, sancito a carico degli Stati membri nella sentenza *San Giorgio*, di istituire norme procedurali che rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, non comporta alcun test di proporzionalità [mentre] Il diritto al "sindacato giurisdizionale" e all'accesso alla giustizia ai sensi dell'articolo 47 della Carta ... sono soggetti al tradizionale criterio della limitazione che comporta l'analisi della circostanza se le misure che lo circoscrivono siano previste dalla legge e se le stesse soddisfino i requisiti derivanti dal principio di proporzionalità, vale a dire il perseguimento di uno scopo legittimo, la necessità, l'idoneità allo scopo e la caratteristica di essere circoscritte a quanto imposto per perseguire lo scopo legittimo. Ciò si riflette attualmente nell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta».

Ciò che l'opportuno intervento della Corte costituzionale del 2018, che con la sua sentenza additiva ha reintrodotto nel nostro ordinamento processuale una fattispecie definita attraverso un concetto giuridico indeterminato («gravi ed eccezionali ragioni»), consente al giudice di fare, utilizzando il margine di valutazione discrezionale, connaturato all'interpretazione valutativa della clausola generale, non già sulla scorta di una sua opinabile stima comparativa dei valori in gioco, bensì nella corretta applicazione, nel caso concreto, del principio di proporzionalità (con riguardo al principio di tutela giurisdizionale effettiva) e di ragionevolezza (con riferimento invece al principio di effettività)⁵⁷, inteso come bilanciamento della misura processuale sotto esame con altre esistenti nell'ordinamento nel suo insieme⁵⁸.

pronunce giudiziarie cautelari è così basso da potere essere ritenuto assolutamente fisiologico in un sistema di tutela conformato dal diritto comunitario, qual è quello in ambito appalti». In realtà, in un giudizio «conformato dal diritto comunitario» la sostanziale irrilevanza del momento giurisdizionale è, semmai, contronatura, come pure da contrastare dovrebbe essere, nella prospettiva comunitaria (nella logica dell'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE), il rilievo della «perdita di appeal della giurisdizione».

⁵⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale N. Jääskinen nella causa C-61/14.

⁵⁷ J. KROMMENDIJK, *Is there light on the horizon*, cit., afferma al proposito che «as Advocate General Jääskinen also noted in his Opinion in *Orizzonte*, the PEJP is subject to the limitation test laid down in Article 52(1) Charter. An infringement of *Reve* effectiveness could be justified by way of the so-called procedural rule of reason (also known as the *Van Schijndel* test). When performing this test, the ECJ conducts a contextual analysis of the legal system of the Member State, which means that the system of procedural rules as a whole could compensate for situations in which the rule as such makes it "virtually impossible or excessively difficult" to exercise EU rights».

⁵⁸ J. KROMMENDIJK, *Is there light on the horizon*, cit.

Conforto in questa conclusione, ancora una volta, si ritrae dall'analisi della questione in una prospettiva di diritto comparato.

Al proposito, la Corte costituzionale spagnola, chiamata a giudicare della compatibilità del principio di soccombenza⁵⁹ con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, ha, appunto, statuito che *«contrariamente a quanto generalmente stabilito dalla legge comparata, il legislatore [spagnolo] non ha stabilito come regola generale, in particolare in primo grado, la condanna alla rifusione delle spese di lite secondo il criterio obiettivo della soccombenza, e, al contrario, lo collega alla temerarietà o alla malafede del soccombente. L'uso prevalente di quest'ultimo criterio non trasforma, tuttavia, l'istituto della soccombenza in una misura sanzionatoria, ma limita semplicemente, in risposta a criteri soggettivi, la responsabilità del soccombente rispetto al pagamento delle spese del processo. Da un altro punto di vista, non si può ammettere che nella fattispecie vi siano persino indicazioni di violazione del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva proclamata dall'art. 24.1 della Costituzione. È vero che questo diritto fondamentale può essere violato da norme che impongono condizioni di accesso alla giurisdizione che impediscono o ostacolano l'esercizio del diritto, ma ciò solo se gli ostacoli legali siano inutili ed eccessivi e carenti di ragionevolezza e proporzionalità rispetto agli scopi che il legislatore può perseguire legalmente entro il quadro della Costituzione; e si deve anche affermare che, in astratto, può anche costituire una violazione del suddetto diritto fondamentale, l'imposizione di requisiti o conseguenze impeditive o di ostacolo, ma ... puramente limitative o dissuasive dell'esercizio delle azioni e dei ricorsi per la difesa giurisdizionale di diritti e interessi legittimi; ma, con maggior ragione, tale violazione costituzionale è concepibile solo se i requisiti legali o le conseguenze dell'esercizio dell'azione o del ricorso fossero irragionevoli o sproporzionati o il risultato limitante o dissuasivo derivato da essi comporterebbe un reale impedimento a detto esercizio»*⁶⁰.

Perciò, conclusivamente: (i) è da escludere la compatibilità costituzionale e co-

⁵⁹ In quel sistema, peraltro, nei contenziosi amministrativi di primo grado, il soccombente è tenuto a rifondere le spese di lite a favore della parte pubblica, solo in caso di mala fede o di lite temeraria. In questo senso, l'art. 139 della *Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa* statuisce che *«En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas, razonándolo debidamente, a la parte que sostuviere su acción o interpusiere los recursos con mala fe o temeridad. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, se impondrán las costas a la parte cuyas pretensiones hayan sido desestimadas cuando de otra manera se haría perder al recurso su finalidad»*.

⁶⁰ *Tribunal constitucional*, 19/2/1986, n. 171, nella versione originale: *«En nuestro ordenamiento, al contrario de lo que se establece en general en el Derecho comparado el legislador no haya establecido como regla general, sobre todo en la primera instancia, la condena en costas según el criterio objetivo del vencimiento y que, por el contrario, la anude a la temeridad o mala fe del condenado. La utilización prevalente de este último criterio no transforma, sin embargo, el instituto de la condena en costas en una figura sancionatoria, sino que simplemente limita, en atención a criterios subjetivos, la responsabilidad del vencido respecto al pago de los gastos del proceso. Desde otro punto de vista, tampoco puede admitirse que en el presente caso existan siquiera indicios de violación del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24.1 de la C.E. Es cierto que este derecho fundamental puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución; e incluso debe afirmarse que, en abstracto, también puede constituir una violación del citado derecho fundamental la imposición de requisitos o consecuencias no ya impeditivas u obstaculizadoras, sino ... meramente limitativas o disuasorias del ejercicio de las acciones y recursos legalmente habilitados para la defensa jurisdiccional de derechos e intereses legítimos; pero, con mayor razón, tal violación constitucional sólo es pensable si los requisitos o consecuencias legales del ejercicio de la acción o recurso fueran irrazonables o desproporcionados o el resultado limitativo o disuasorio que de ellos deriva supusiera un impedimento real a dicho ejercicio»*.

munitaria della rigorosa applicazione del principio di soccombenza, senza che sia consentito al giudice di calibrare in concreto la pronuncia sul rimborso delle spese di lite in modo tale da evitare che il rischio di soccombenza costituisca una remora eccessiva all'esercizio giurisdizionale dei propri diritti; (ii) l'ampia latitudine che il sintagma indeterminato delle «*gravi ed eccezionali ragioni*» (ora, in effetti, meno lato degli originari «*giusti motivi*») assegna all'interpretazione valutativa del giudice deve ispirarsi ai principi di ragionevolezza e di proporzionalità, e deve opportunamente valorizzare la specificità del processo amministrativo, ove è più direttamente coinvolto l'interesse pubblico e più stretto è il nesso con l'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE di diritto sostanziale, così com'è reso evidente dalla sentenza *Van Gend & Loos*⁶¹ (la vigilanza dei singoli quale strumento di controllo sulla legalità dell'azione dei pubblici poteri); (iii) sono da escludere, in quanto, soprattutto, in contrasto con i canoni *Reine*⁶² a conformazione dell'autonomia processuale degli Stati membri, interpretazioni del concetto giuridico indeterminato delle «*gravi ed eccezionali ragioni*» che inducano ad assegnare al principio di soccombenza un'impropria funzione deflattiva del contenzioso amministrativo; (iv) l'obbligo di analitica (e non stereotipata) motivazione della scelta di compensare le spese di lite, in deroga al generale principio di soccombenza, bene potrebbe essere assolto nel richiamo ai casi specifici (ma, invero, di generale applicazione all'interno del processo amministrativo) elaborati dalla giurisprudenza inglese dei *Protective Costs Orders* (importanza pubblica della questione, interesse pubblico alla decisione, l'esercizio dell'azione a tutela di un interesse diffuso, la situazione di vantaggio economico del convenuto).

A questo ultimo proposito, si potrebbe, anzi, giungere a una soluzione che, nel rispetto del canone costituzionale dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali (e di ogni loro statuizione), abbia a semplificare l'onere motivazionale del giudice amministrativo.

Si potrebbe, invero, sostenere che, essendo quelle situazioni (eccezionali per il processo civile, ma) normalmente ricorrenti all'interno del contenzioso che si discute dinanzi alla giurisdizione amministrativa, la compensazione delle spese di lite debba costituire la regola ordinariamente applicata all'interno del processo amministrativo, dovendosi semmai motivare la condanna della parte soccombente all'integrale rifusione delle spese di lite.

Ciò che (all'esito di un approccio superficiale) potrebbe sembrare in antinomia con la disciplina processuale codificata, dove la regola è segnata al principio di soccombenza (art. 91 c.p.c.) e l'eccezione è la compensazione (art. 92 c.p.c.), ma che, invece, è la piana applicazione dell'obbligo di interpretazione conforme ex art. 4 TUE a protezione dei principi *Reine* di equivalenza e di effettività⁶³, quali parametri insuperabili (e non ignorabili) di ogni corretta esegesi normativa che coinvolga

⁶¹ Corte di giustizia, 5/2/1963, causa 26/62.

⁶² Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76.

⁶³ Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76.

anche situazioni giuridiche soggettive definite dalla norma UE, rispetto alla cui tutela giurisdizionale l'autonomia processuale degli Stati membri si declina in una assai meno lata competenza processuale funzionalizzata⁶⁴.

Bisogna, invero, evitare che le porte del tribunale, anziché aperte a tutti come quelle dell'Hotel Ritz, siano invece accessibili solo agli intrepidi⁶⁵, come i campi di battaglia delle epopee greche: a chi non abbia timore di mettere a repentaglio con la sua iniziativa processuale l'intera propria esistenza, o, perlomeno, una parte significativa del proprio personale patrimonio, per di più, magari, a tutela di un interesse concreto che non gli appartiene, se non come anelito ideale di giustizia.

⁶⁴ D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale*, cit.

⁶⁵ J. E. BONINE, *Best Practices*, cit., il quale spiega che «*It applies in one form or another throughout much of Lat-in America, Europe, Asia, and Africa (although not in the United States, with one exception)*», e al proposito riferisce di una vicenda processuale paradigmatica: «*In the United Kingdom the policy is in theory available to citizens who win a lawsuit, but in reality it is sometimes applied against citizens with little mercy, leading them to be afraid even to start litigation. For example, in a case in U.K. challenging a governmental decision that would be destructive of farmland, in order to provide an access road to a college, the lawyers for the college informed the individuals challenging the decision that by the time the case had reached the High Court they had already incurred costs of £127,000. The individuals were at risk of losing their houses if they continued. They did continue, and they ultimately won the case, but others are not likely to be so brave. Colleagues have characterized this policy as "the major barrier" in U.K.*».

Bibliografia

- ANGELONE M., PALMIERI G., *Il regolamento delle spese processuali dopo le recenti riforme del codice di procedura civile*, in Giust. civ., 2013
- BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966
- FOÀ S., *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale*, Napoli, 2011
- BONINE J. E., *Best Practices - Access to Justice (Agenda for Public Interest Law Reform)*, in <https://accessinitiative.org>, 2008
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1932
- CHIOVENDA G., *La condanna nelle spese giudiziali*, Roma, 1935
- M. P. CHITI, *Il mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2000
- KROMMENDIJK J., *Is there light on the horizon? The distinction between "Reve effectiveness" and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after Orizzonte*, in CMLR, 2016
- GALETTA D.U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009
- GIAVAZZI M., *Il difetto funzionale della causa e la (ir)risolubilità degli accordi amministrativi*, in Dir. econ., 2011
- GOTANDA J. Y., *Awarding Costs and Attorneys' Fees*, in *International Commercial Arbitrations*, in MJIL, 1999
- GUICCIARDI E., *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in Arch. dir. pubbl., 1937
- LUPANO M., *Responsabilità per le spese e condotta delle parti*, Torino, 2013
- METAFORA R., *Le ipotesi di compensazione delle spese di lite*, in Riv. it. dir. lav., 2019
- PASQUINELLI C., *Le leggi dannose: Percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato*, Torino, 2013
- RANELLETTI O., *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato (1892)*, ora anche in *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, 1992
- SPAVENTA S., *Discorso preparato per la inaugurazione della Quarta sezione del Consiglio di Stato*, in Riv. dir. pubbl., 1909
- ZANOBINI G., *Corso di Diritto Amministrativo*, 1958

Giurisprudenza comunitaria

- Corte di giustizia, 5/2/1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*
- Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76, *Reve*
- Corte di giustizia, 27/2/1985, causa 112/83, *Produits de Maïs*
- Corte di giustizia, 15/4/2008, causa C-268/06, *Impact*
- Corte di giustizia, 22/21/2010, causa C-279/09, *DEB*

Corte di giustizia, 21/4/2013, causa C-260/11, *Edwards*

Corte di giustizia, 30/6/2016, causa C-205/15, *Toma*

Corte di giustizia, 6/10/2015, causa C-61/14, *Orizzonte Salute*

CAPITOLO OTTAVO

LA NOMOFILACHIA

SOMMARIO: 8.1. La nomofilachia nel dialogo interno tra le Corti. – 8.2. Lo *stare decisis*. – 8.3. L'inammissibilità di un filtro nomofilattico (anche solo fattuale) sui rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia. – 8.4. L'interpretazione conforme.

8.1. La nomofilachia nel dialogo interno tra le Corti

La nomofilachia è definita dall'art. 65 r.d. 30/1/1941, n. 12, sull'ordinamento giudiziario: la Corte di cassazione «*assicura l'esatta e uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale*».

Essa si pone in diretto rapporto con la certezza del diritto e, dunque, idealmente in un continuo con il giudicato, e, quindi, per ciò che qui direttamente ci coinvolge, anche in relazione all'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE e ai limiti che ne discendono con riguardo alla (autonomia processuale conformata dai principi *Rene* in una meno lata) competenza processuale funzionalizzata.

E ciò in due diversi, ma tra loro concorrenti, ambiti: nel dialogo interno tra i giudici nazionali e in quello che coinvolge questi ultimi nel rapporto con la Corte di giustizia¹.

Con riguardo al primo dei due cennati aspetti (il dialogo interno tra le Corti), com'è noto, l'art. 111 della Costituzione statuisce che «*Contro le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge [mentre] Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*».

Nel giudizio amministrativo, secondo il disegno costituzionale, la funzione nomofilattica è, dunque, assegnata all'Adunanza plenaria, in coerenza con quanto statuito dall'art. 110 c.p.a., a mente del quale «*Il ricorso per cassazione è ammesso contro le sentenze del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*» e di quanto, per coerenza di sistema, previsto dall'art. 362 c.p.c., secondo cui «*Possono essere impugnate con ricorso per cassazione ... le decisioni in grado di appello o in unico grado di un giudice speciale, per motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso*».

Invero, la piana lettura del dettato costituzionale indurrebbe a ritenere che i motivi d'impugnazione di una sentenza del Consiglio di Stato dinanzi alle Sezioni unite riguardino solo le ipotesi in cui si prospetti l'esorbitanza della statuizione giurisdizionale dall'ambito della giurisdizione – per essersi il giudice pronunciato nella

¹ G. TROPEA, *Diritto alla sicurezza giuridica nel dialogo 'interno' ed 'esterno' tra corti*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1244 ss.

sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, oppure, al contrario perché il giudice abbia rifiutato di provvedere sull'erroneo presupposto che la domanda non possa formare oggetto in modo assoluto di statuizione giurisdizionale (cosiddetto rifiuto di giurisdizione) – o l'essersi il giudice amministrativo pronunciato su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure l'aver negato la propria giurisdizione nell'erroneo convincimento che appartenga ad altro giudice (cosiddetto diniego di giurisdizione), o anche per avere travalicato i limiti che derivano dalla c.d. articolazione della giurisdizione amministrativa in giurisdizione generale di legittimità, esclusiva e di merito.

A giustificazione della scelta, Mortati, nell'Assemblea costituente, sostenne che «se la ragion d'essere delle giurisdizioni speciali sta nel presupposto che ci sia un giudice più idoneo di quello ordinario ad interpretare la legge regolativa di certi rapporti, l'esigenza del rispetto di questo presupposto porta ad escludere per tutte le giurisdizioni speciali – e non solo per alcune – il sindacato da parte della Cassazione ... Quindi, se questa è la ragione della creazione di giurisdizioni speciali, a me pare che non possa essere ammesso il sindacato sull'interpretazione delle leggi data da tali giurisdizioni da parte della Cassazione, che è un organo della giurisdizione ordinaria. Insomma, mi pare che creare una giurisdizione speciale e nello stesso tempo sottoporre le decisioni di questa giurisdizione speciale al controllo di un giudice che fa parte dell'ordine giudiziario ordinario, sia pure in grado supremo, sia una contraddizione; e che, pertanto, occorra porre nella Costituzione un'affermazione esplicita che escluda tale eventualità»².

Sennonché, negli ultimi anni, la Corte di Cassazione, nella dilatazione del sintagma «motivi attinenti alla giurisdizione»³, ricomprendo in esso anche il concetto di difetto di giurisdizione inteso quale diniego di tutela giurisdizionale in un'interpretazione «dinamica» e «funzionale» della Carta costituzionale⁴ ⁵, si è fatta sempre più invasiva del ruolo nomofilattico dell'Adunanza plenaria, pretendendo di assumere il ruolo di giudice di ultima istanza anche rispetto agli eventuali *errores in iudicando* e *in procedendo* del giudice amministrativo⁶.

Con riguardo specifico al processo che coinvolge situazioni giuridiche soggettive comunitarie, l'orientamento della Corte di cassazione era, in origine, incerto.

² Così riportato in A. SANDULLI, *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2018, 1169 ss.

³ G. CAIA, *Eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo (configurabilità e confini in base all'art. 111 Cost.)*, in www.spisa.unibo.it, 2017, 6, nel richiamo all'art 48 del r.d. n. 2014/1954, a mente del quale le sentenze del Consiglio di Stato sono impugnabili con ricorso per cassazione «soltanto per assoluto difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato», ha invece suggerito di interpretare in quel limitato significato la locuzione, ai «soli motivi inerenti alla giurisdizione», di cui all'art. 111, comma 8, Cost.

⁴ Corte di Cassazione, Sez. un., 4/2/2014, n. 2403.

⁵ A. TRAVI, *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in Corr. giur., 2006, 1041 ss., sostiene, di contro, che «la nozione di motivi inerenti alla giurisdizione, su cui si fonda il ricorso alla Cassazione nei confronti delle decisioni del Consiglio di Stato, non può essere considerata in termini elastici, in relazione alla concreta condivisibilità o meno delle soluzioni interpretative accolte dal giudice speciale. Si tratta, invece, di una nozione fondante i rapporti tra le giurisdizioni, e per questo motivo sancita da una norma costituzionale. Come per tutte le nozioni fondanti che hanno un riconoscimento costituzionale, svolge una funzione di garanzia e l'interpretazione deve seguire criteri particolari di rigore e di aderenza alle ragioni testuali».

⁶ R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai "cavalieri dell'apocalisse"?*, in Riv. dir. proc., 2017, 106 ss.

Da un lato, infatti, si affermava che «Certo, può accadere che la decisione del giudice amministrativo di ultima istanza contenga una violazione del diritto comunitario in pregiudizio di situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto dell'Unione. Ma il principio di effettività della tutela in presenza di danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario imputabili al giudice amministrativo di ultima istanza non impone né di riaprire quella controversia ormai definitivamente giudicata negli aspetti di merito né di attribuire alla parte soccombente un nuovo grado di impugnazione dinanzi al giudice regolatore della giurisdizione al fine di rimediare ad un errore che, pur "sufficientemente caratterizzato", non si traduca in uno sconfinamento dai limiti della giurisdizione devoluta al giudice amministrativo. L'ordinamento conosce infatti, là dove la violazione del diritto comunitario sia grave e manifesta, altri strumenti di tutela, secondo una logica di compensazione solidaristica»⁷.

Dall'altro, le Sezioni unite affermavano che «Non costituiscono diniego di giurisdizione, da parte del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti), gli errori in procedendo o in indicando, ancorché riguardanti il diritto dell'Unione europea, salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tale da ridondare in denegata giustizia, e in particolare il caso, tra questi, di errore in procedendo costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia»⁸.

Sicché, l'estensione della funzione nomofilattica della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato si giustificava, caso per caso, in ragione dell'impalpabile distinguo tra «violazione grave e manifesta» e «radicale stravolgimento» di una norma UE.

La questione dovrebbe, però, ritenersi risolta, alla luce di quanto affermato, in modo tranciante, dalla Corte costituzionale nella sentenza 18/1/2018, n. 6.

Vi si legge: «La tesi che il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, previsto dall'ottavo comma dell'art. 111 Cost. avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, comprenda anche il sindacato su errores in procedendo o in indicando non può qualificarsi come una interpretazione evolutiva, poiché non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale ... L'intervento delle sezioni unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU [perché] ancora una volta, viene ricondotto al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata), motivo sulla cui estraneità all'istituto in esame non è il caso di tornare. Rimane il fatto che, specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, il problema indubbiamente esiste, ma deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 cod. proc. civ., come auspicato da questa Corte con riferimento alle sentenze della Corte EDU ... Il concetto di controllo di giurisdizione, così delineato nei termini puntuali che ad esso sono propri, non ammette soluzioni intermedie, come quella pure proposta nell'ordinanza di rimessione, secondo cui la lettura estensiva dovrebbe essere limitata ai casi in cui si sia in presenza di sen-

⁷ Corte di Cassazione, Sez. un., 4/2/2014, n. 2403.

⁸ Corte di Cassazione, Sez. un., 29/12/2017, n. 31226.

tenze “abnormi” o “anomale” ovvero di uno “stravolgimento”, a volte definito radicale, delle “norme di riferimento” ... Attribuire rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio è, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive».

Si è scritto al proposito che la «pronuncia rappresenta una esortazione, in tema di giurisdizione amministrativa, a tornare alla Costituzione»⁹.

Ma la questione è ancora aperta, giacché anche in seguito al pronunciamento della Consulta, la Corte di cassazione, con la sentenza delle Sezioni unite n. 16957/2018, ha ribadito la sua precedente giurisprudenza¹⁰.

Sicché, a oggi esiste un radicale contrasto, non ancora risolto nel dialogo interno tra le Corti e che è inimmaginabile possa essere risolto nel dialogo esterno con la Corte di giustizia, alla quale compete soltanto di sorvegliare il limite esterno della giurisdizione definito dal principio delle competenze di attribuzione ex art. 5 TFUE, senza potere interferire (pena la violazione del principio di autonomia procedurale) sul riparto interno della funzione giurisdizionale tra i vari organi giurisdizionali, quantunque operanti come giudici decentrati dell’Unione europea e, dunque, vincolati ad assicurare l’effetto utile dell’effetto diretto delle norme comunitarie.

8.2. Lo stare decisis

Il nostro legislatore, con la novella dell’art. 374, comma 3, c.p.c. del 2006 ha inteso rafforzare il ruolo nomofilattico della Corte di cassazione, prevedendo che «Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

Analogamente è stato previsto per l’Adunanza plenaria dall’art. 99 c.p.a., il quale prescrive che «Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall’Adunanza plenaria, rimette a quest’ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

Al proposito, il Consiglio di Stato ha affermato che «L’evoluzione del sistema ha determinato, anche nei paesi di civil law, la necessità di rendere più efficace la funzione nomofilattica delle magistrature speciali. Con riferimento all’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato tale funzione è stata rafforzata dalle norme contenute nell’art. 99 c.p.a., in particolare nei commi terzo e quinto, che si pongono in continuità con le disposizioni degli artt. 363 e 374 c.p.c. Tali disposizioni hanno certamente modificato il peso del precedente costituito dalla pronuncia dell’Adunanza plenaria la quale, da particolarmente autorevole in quanto proveniente dal mas-

⁹ A. SANDULLI, *Giudicato amministrativo nazionale*, cit., il quale sostiene altresì che «vi è da chiedersi se la pronuncia della Corte, invero inappagante sotto il profilo dell’effettività della tutela giurisdizionale, sia in grado di mettere la parola fine, almeno sul versante del contrasto con le sentenze della Corte EDU e della Corte di giustizia europea, alla giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione sull’eccesso di potere giurisdizionale (rectius, più latamente sui motivi inerenti alla giurisdizione), in particolare per ciò che attiene al “radicale stravolgimento” della disciplina europea».

¹⁰ Corte di cassazione, Sez. un., 27/6/2018, n. 16957.

simo consesso della giustizia amministrativa, è divenuta in qualche modo vincolante per le sezioni semplici del Consiglio di Stato»¹¹.

È, invece, escluso che il principio di diritto declinato dall'Adunanza plenaria ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a. acquisisca «l'autorità della cosa giudicata in senso endo-procedimentale»¹² e del pari che esso operi in senso verticale¹³, in modo tale, cioè, da vincolare anche i giudici amministrativi di primo grado (oltre alle sezioni del Consiglio di Stato, come la lettera della norma prevede).

Si ritiene che con l'art. 99 c.p.a. si sia voluto garantire la certezza del diritto, attraverso l'uniformità degli indirizzi giurisprudenziali¹⁴; ma in questo modo si è innescato un contrasto con la funzione nomofilattica della Corte di giustizia sull'interpretazione della norma UE.

8.3. L'inammissibilità di un filtro nomofilattico (anche solo fattuale) sui rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia

La Corte di giustizia nella sentenza *Puligienica*¹⁵, con riguardo alle controversie suscettibili di essere decise mediante l'applicazione del diritto UE, ha statuito che «l'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo giurisdizionale, è tenuta a rinviare la questione all'Adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale»¹⁶.

Si è sostenuto che questa sentenza rappresenterebbe «il punto di maggior frizione rispetto alla possibile erosione della sovranità processuale, perché si realizzerebbe per questa via l'erosione della funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria attendendo al principio della certezza del diritto»¹⁷.

¹¹ Consiglio di Stato, Sez. VI, 3/12/2018, n. 6858.

¹² Consiglio di Stato, Ad. plen., 23/2/2018 n. 2, ove, appunto, si legge che «l'enunciazione da parte dell'Adunanza plenaria di un principio di diritto nell'esercizio della propria funzione nomofilattica non integra l'applicazione alla vicenda per cui è causa della regola iuris enunciata e non assume quindi i connotati tipicamente decisori che caratterizzano le decisioni idonee a far stato fra le parti con l'autorità della cosa giudicata con gli effetti di cui all'articolo 2909 cod. civ. e di cui all'articolo 395, n. 5) c.p.c.».

¹³ E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1246, sottolinea che solo in riferimento alla giurisdizione contabile il vincolo opera in senso verticale, vale a dire anche nei confronti delle sezioni territoriali.

¹⁴ A. BARONE, *La vocazione «unitaria» delle giurisdizioni, in I principi vincolanti dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, a cura di E. FOLLIERI e A. BARONE, Padova, 2015, 23.

¹⁵ Corte di giustizia, 5/4/2016, causa C-689/13.

¹⁶ G. SIGISMONDI, *Ricorso incidentale escludente: l'ultimo orientamento della Corte di giustizia porta all'emersione di un contrasto più profondo*, in *Foro it.*, 2016, IV, 324 ss.

¹⁷ S. SPUNTARELLI, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 985 ss.

L'obiezione, tuttavia, non coglie nel segno, perché la Corte di giustizia non è, ovviamente, deputata a interpretare la norma nazionale; ma allo stesso tempo e nello stesso modo (come dire, per simmetria) non si può consentire all'Adunanza plenaria di estendere la sua funzione nomofilattica all'interpretazione della norma UE.

Come sostenuto dall'Avvocato Generale Poiares Maduro nella causa *Cartesio*¹⁸, «La possibilità, per un organo giurisdizionale di grado inferiore in ogni Stato membro, di interagire direttamente con la Corte di giustizia è essenziale ai fini dell'uniforme interpretazione e dell'effettiva applicazione del diritto comunitario. Essa è anche lo strumento che rende tutti i giudici nazionali giudici di diritto comunitario. Attraverso la domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice nazionale diventa parte di una discussione di diritto comunitario senza dipendere da altri poteri o da altre autorità giudiziarie nazionali. Il Trattato non ha voluto che tale dialogo dovesse essere filtrato da altri giudici nazionali, indipendentemente da quale possa essere la gerarchia giudiziaria in un determinato Stato».

I due giudici della nomofilachia operano in due ambiti di competenza differenti, quantunque concorrenti a definire la medesima fattispecie giuridica e a condizionare la soluzione giurisdizionale di una determinata controversia¹⁹.

Quindi, nel sistema delineato dai Trattati è, dunque, corretto che il giudice nazionale della nomofilachia amministrativa (l'Adunanza plenaria) non abbia l'ultima parola in ordine all'interpretazione della norma UE; senza che si possa da ciò trarre il convincimento che la Corte di giustizia voglia, per tale via, esercitare un sindacato sulle sentenze dell'Adunanza plenaria²⁰.

Altro è il discorso, con riguardo al rilievo che, nella sentenza *Puligienica*²¹, il giudice nazionale abbia inteso fare un «uso alternativo» del rinvio pregiudiziale, cercando di emanciparsi, per questa via, dall'interpretazione del diritto nazionale seguita dall'Adunanza plenaria in dissintonia da quanto statuito dalla Corte di giustizia «con un lessico che non sembra ammettere eccezioni»²² nella sentenza *Fastweb*²³ e quindi in violazione delle norme UE: volendo, dunque, il giudice nazionale, in quel caso, coinvolgere la Corte di giustizia sulla correttezza di quell'orientamento giurisprudenziale.

Quanto accade inevitabilmente «attraverso la sottoposizione alla Corte di giustizia di questioni che vertono formalmente sulla portata di un principio o di una disposizione del diritto dell'Unione, ma che in realtà consentono per questa via di mettere in causa una norma o una prassi interna di uno Stato membro, ritenute non conformi a quel diritto»²⁴.

¹⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiares Maduro nella causa C-210/06.

¹⁹ F. PATRONI GRIFFI, *Corti nazionali e corti europee: verso un diritto europeo dei giudici oltre la crisi del processo di integrazione?*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2017, 448 ss., sostiene, di contro, che «nell'ottica di un ordinamento integrato, e quindi soprattutto di quello dell'Unione, è inevitabile che le Corti a presidio di quell'ordinamento tendano ad assumere su di sé una funzione nomofilattica che è difficile riaccordare con le attribuzioni svolte in funzione nomofilattica dalle Corti superiori nazionali».

²⁰ In questo senso, S. SPUNTARELLI, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale*, cit., 2018, 985 ss.

²¹ Corte di giustizia, 5/4/2016, causa C-689/13.

²² Consiglio di Stato, Sez. III, 27/8/2016, n. 3708.

²³ Corte di giustizia, 4/7/2013, causa C-100/12.

²⁴ R. ADAM e A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, 351.

Ma non è certo imbrigliando il rinvio pregiudiziale nella cornice dello *stare decisis* (anche rispetto all'interpretazione della norma UE) che si può reagire a quell'uso alternativo (se si vuole distorto) del ruolo nomofilattico della Corte di giustizia.

Anche a prescindere dalla constatazione che in alcune vicende – com'è stato ad esempio per la tutela cautelare²⁵ – l'uso alternativo del rinvio pregiudiziale ha svolto un ruolo positivo nello svecchiamento delle nostre prassi giurisprudenziali (riuscendo a superare incrostazioni della giurisprudenza), vi è però che, pure a dissentire dall'utilità di un simile espediente processuale, il contrasto di questa prassi giurisprudenziale non può certo realizzarsi modellando la norma processuale comunitaria (art. 267 TFUE) attraverso norme processuali nazionali che abbiano a realizzare, di fatto, un filtro sul rinvio pregiudiziale.

Ciò che è assolutamente da escludere in coerenza con la costante giurisprudenza della Corte di giustizia sul funzionamento del meccanismo del rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE), uniformemente intesa a impedire alla norma processuale nazionale di frapporre ostacoli (ma anche soltanto filtri) al «*dialogue de juge à juge*», sul quale si innervano il principio di uniforme applicazione e il primato del diritto UE²⁶.

Quanto, invero, aveva indotto la Corte di giustizia, sin dai suoi primi arresti giurisprudenziali, ad affermare che, «*Se una norma di diritto interno vincola il giudice della rimessione al rispetto delle valutazioni giuridiche emananti dal tribunale di grado superiore, non viene meno per il giudice di grado inferiore la facoltà di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia delle Comunità europee, conferitagli dall'art. [267 TFUE]*», sicché «*il giudice che non si pronuncia in ultimo grado, qualora ritenga che il vincolo a rispettare le valutazioni contenute nella sentenza di rinvio del tribunale superiore possa risolversi in pratica in una sentenza incompatibile con il diritto comunitario, deve rimanere libero di interpellare la Corte di giustizia sui punti che gli paiono nebulosi*», diversamente infatti, «*Se il giudice che non si pronuncia in ultimo grado fosse vincolato e privo della facoltà di adire la Corte di giustizia, ne verrebbero pregiudicate la competenza di quest'ultima a pronunciarsi in via pregiudiziale e l'applicazione del diritto comunitario in ogni grado di giudizio dinanzi alle magistrature degli Stati membri*»²⁷.

Infatti, come chiarito dall'Avvocato Generale Warner, «*Il giudice di primo grado, in una situazione come quella di cui ci occupiamo, non cerca affatto di imporre il proprio punto di vista in spregio della pronunzia di cassazione, anzi si limita a sollecitare una pronunzia della Corte di giustizia su quella che egli ritiene una intricata questione di diritto comunitario, fondandosi sul principio, desumibile dall'art. [267 TFUE] che nessuna giurisdizione nazionale, per quanto alto sia il suo grado, può arrogarsi la competenza di dire l'ultima parola su una questione di tale natura [non potendosi] ammettere che ciascun Stato membro possa interpretare ad libitum l'art. [267 TFUE] filtrando a piacimento i rinvii pregiudiziali effettuati dalla propria magistra-*

²⁵ Corte di giustizia, 29/4/2004, causa C-202/03, DAC.

²⁶ Corte di giustizia, 5/12/2017, causa C-42/17, M.A.S. e M.B., ove, appunto, si legge che «*il procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE instaura un dialogo da giudice a giudice tra la Corte e i giudici degli Stati membri, il quale mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione nonché la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto*».

²⁷ Corte di giustizia, 16/1/1974, cause riunite 146/73 e 166/73, *Rheinmühlen*.

tura, cioè in altri termini, possa integrare l'art. [267 TFUE] con quelle clausole che esso ritenga opportune»²⁸.

Quanto, evidentemente, conseguirebbe dall'estensione dello *stare decisis* dell'Adunanza plenaria anche alle sentenze che abbiano ad applicare (e, dunque, anche a interpretare) le norme UE.

Come affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Elchinov*²⁹, «*il giudice nazionale, che abbia esercitato la facoltà ad esso attribuita dall'art. 267, secondo comma, TFUE, è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione delle disposizioni in questione fornita dalla Corte e deve eventualmente discostarsi dalle valutazioni dell'organo giurisdizionale di grado superiore qualora esso ritenga, in considerazione di detta interpretazione, che queste ultime non siano conformi al diritto dell'Unione*».

Donde, l'impossibilità di realizzare un vincolo interno al principio di diritto affermato dall'Adunanza plenaria, impedendo al giudice investito della decisione della causa di interloquire direttamente (attraverso il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE) con la Corte di giustizia sull'interpretazione del diritto UE applicato nella vicenda in contenzioso, discostandosi infine dall'interpretazione del giudice della nomofilachia nazionale per adeguarsi a quella della nomofilachia comunitaria.

8.4. L'interpretazione conforme

A impedire il contrasto con l'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE non è sufficiente il chiarimento giurisprudenziale del Consiglio di Stato nel senso che «*Le pronunce dell'Adunanza plenaria sono vincolanti per le Sezioni semplici del Consiglio di Stato, non avendo invece alcun effetto diretto, ai sensi dell'art 99 c.p.a., nei confronti dei Tribunali Amministrativi Regionali; questi, infatti, non sono obbligati a seguire i principi fissati dall'Adunanza plenaria, tuttavia rispetto agli stessi devono evitare difformità per incuriam»³⁰.*

Altro è che il codice di rito non preveda alcun rimedio con riguardo alla violazione dell'art. 99 c.p.a. (né paiono condivisibili i tentativi di recuperare questo *deficit* di sanzione, attraverso la riconduzione della ribellione allo *stare decisis* alla violazione di un limite esterno alla giurisdizione³¹); sicché, come affermato dallo stesso Consiglio di Stato, «*la previsione di un vincolo, peraltro solamente di segno negativo, cui non si accompagna un rimedio (si intende sempre sul piano processuale; altro discorso, che qui non rileva, potrebbe svolgersi sul piano disciplinare, nei casi in cui la "ribellione" fosse evidente e del tutto ingiustificata) in caso di violazione, rappresenta probabilmente un ragionevole punto di equilibrio*

²⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale J.P. Warner, nelle cause riunite 146/73 e 166/73.

²⁹ Corte di giustizia, 5/10/2010, causa C-173/09.

³⁰ Consiglio di Stato, Sez. VI, 3/12/2018, n. 6858.

³¹ S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica*, Padova, 2011, 87. Al proposito, G. TROPEA, *Diritto alla sicurezza giuridica*, cit., 1244 ss., sostiene che «*Si tratta di una tesi affascinante, e però non condivisibile nella misura in cui finisce per inserire questa fattispecie nel novero di una tendenza delle Sezioni unite, a sua volta molto discutibile, ad estendere la nozione di "motivi inerenti alla giurisdizione" che possono essere fatti valere con ricorso in Cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato*».

tra la ricerca di una maggiore uniformità interpretativa in funzione della certezza del diritto e la libertà e l'indipendenza, anche interna, del giudice»^{32 33}.

In questo modo, infatti, rendendo evanescente la norma processuale nazionale³⁴, se ne può forse anche evitare il contrasto con l'art. 267 TFUE.

Non pare invece, appagante, nella logica dell'effetto utile dell'effetto diretto dell'art. 267 TFUE, la soluzione «*di buon senso*» di realizzare il rinvio pregiudiziale attraverso il coinvolgimento, doveroso agli effetti dell'art. 99 c.p.a., dell'Adunanza plenaria³⁵, giacché si trascura, in questo modo, di considerare che il giudice del rinvio ha, comunque, un margine di discrezionalità, sia nel valutare la rilevanza della questione, sia nell'applicare, al caso concreto, il filtro del c.d. *acte clair*: e, quindi, non è soltanto un problema di dilatazione dei tempi del coinvolgimento della Corte di giustizia, ma anche di concentrazione del filtro di accesso al giudice comunitario all'interno di un unico plesso giurisdizionale nazionale, che diverrebbe, dunque, arbitro unico di quel filtro, detentore, vieppiù, del monopolio nella formulazione del quesito e dunque della possibilità di influenzare la statuizione del giudice comunitario.

³² Consiglio di Stato, Sez. III, 6/8/2014, n. 4185.

³³ Sull'assenza di sanzioni si veda anche A. MALTONI, *Il "vincolo" al precedente dell'Adunanza plenaria ex art. 99, comma 3 c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali*, in *Foro amm.*, 2015, 145.

³⁴ G. TROPEA, *Diritto alla sicurezza giuridica*, cit., 1244 ss., afferma al proposito che «*Il dialogo 'interno' che potremmo definire 'sovrastrutturale', o primario, relativo all'esegesi dell'art. 99 c.p.a., ha sinora portato ad un sistema di vincolo orizzontale soft, che si aggiunge all'inesistente vincolo 'verticale'*».

³⁵ G. PESCE, *La stabilità dei precedenti dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: gli argomenti favorevoli superano le perplessità*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017.

Bibliografia

- CAIA G., *Eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo (configurabilità e confini in base all'art. 111 Cost.)*, in www.spisa.unibo.it, 2017
- FOLLIERI E., *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012
- BARONE A., *La vocazione «unitaria» delle giurisdizioni*, in *I principi vincolanti dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, a cura di E. FOLLIERI e A. BARONE, Padova, 2015
- MALTONI A., *Il "vincolo" al precedente dell'Adunanza plenaria ex art. 99, comma 3 c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali*, in *Foro amm.*, 2015
- OGGIANU S., *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica*, Padova, 2011
- PATRONI GRIFFI F., *Corti nazionali e corti europee: verso un diritto europeo dei giudici oltre la crisi del processo di integrazione?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017
- PESCE G., *La stabilità dei precedenti dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: gli argomenti favorevoli superano le perplessità*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017
- SANDULLI A., *Giudicato amministrativo nazionale e sentenza sovranazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018
- SIGISMONDI G., *Ricorso incidentale escludente: l'ultimo orientamento della Corte di giustizia porta all'emersione di un contrasto più profondo*, in *Foro it.*, 2016
- SPUNTARELLI S., *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018
- TRAVI A., *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corr. giuridico*, 2006
- TROPEA G., *Diritto alla sicurezza giuridica nel dialogo 'interno' ed 'esterno' tra corti*, in *Dir. proc. amm.*, 2018
- VILLATA R., *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai "cavalieri dell'apocalisse"?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017

Giurisprudenza comunitaria

- Corte di giustizia, 16/1/1974, cause riunite 146/73 e 166/73, *Rheinmühlen*
- Corte di giustizia, 29/4/2004, causa C-202/03, *DAC*.
- Corte di giustizia, 5/10/2010, causa C-173/09, *Elchinov*
- Corte di giustizia, 4/7/2013, causa C-100/12, *Fastweb*
- Corte di giustizia, 5/4/2016, causa C-689/13, *Puligienica*
- Corte di giustizia, 5/12/2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*

LA SINTESI

A. La considerazione di carattere empirico

Si può forse partire da un rilievo di carattere empirico.

Quantunque esposto al suo effetto conformativo da oltre cinquant'anni¹, il processo amministrativo (per come lo conosciamo della sua istituzione nel 1869, come processo di parti, declinazione di una giurisdizione di tipo soggettivo, organizzata in un sistema dispositivo con metodo acquisitivo), non si è liquefatto nel rapporto con la giurisprudenza comunitaria, svanendo il suo codice genetico (i tratti caratteristici di cui si è dinanzi scritto) a causa di quella che è stata, da tanti, avvertita come un'indebita pressione (l'*effet utile* della norma UE) sull'autonomia processuale (se non addirittura una violazione delle competenze di attribuzione definite dai Trattati).

Se davvero, a un certo punto, quantomeno a partire dalla sentenza *Rewe*², la giurisprudenza comunitaria si fosse fatta sempre più minacciosa (e irrispettosa) dell'autonomia processuale degli Stati membri entrando in collisione con i principi fondanti del nostro diritto processuale amministrativo (primo tra tutti, la certezza del diritto, che si ritiene messa in discussione dalla particolare attitudine della giurisprudenza comunitaria rispetto a istituti processuali quali il giudicato, i termini di impugnazione, la disapplicazione dei provvedimenti amministrativi), quello scontro presagito da gran parte della dottrina, quantomeno a partire dalla fine del secolo scorso³, si sarebbe oramai verificato da tempo.

Eppure, nulla è accaduto di quanto previsto.

B. La garanzia del controlimito

La teoria dei controlimiti (la traduzione in termini giuridici di quella collisione tra inconciliabili principi) non è mai stata attivata dalla nostra Corte costituzionale.

Se si fa eccezione del problema risolto dalla Corte costituzionale nel 1989⁴, con l'affermazione che «*quel che è sommamente probabile è pur sempre possibile*» (rifiutando, con ciò di abdicare al proprio ruolo di garante dei principi fondamentali della nostra Carta costituzionale), non pare neppure sia stata seriamente posta (se non in

¹ Volendo individuare come momento di svolta Corte di giustizia, 15/7/1964, causa 6/64, *Costa/Enel*.

² Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76.

³ Volendo prendere come riferimento Corte di giustizia, 20/4/1999, causa C-224/97, *Ciola*, con la quale si sarebbe voluto (attraverso l'estensione della disapplicazione ai provvedimenti amministrativi) snaturare il tratto caratteristico del processo amministrativo di essere un processo d'impugnazione.

⁴ Corte costituzionale, 13/4/1989, n. 232.

dottrina) con riguardo ai plurimi interventi conformativi della Corte di giustizia sul processo nazionale⁵.

Si trattava, in quell'occasione, di valutare la conformità con quei principi irrinunciabili dell'estensione giurisprudenziale dell'art. 264 TFUE (riservato dalle processo d'impugnazione comunitario ex art. 263 TFUE) anche al ricorso incidentale ex art. 267 TFUE, con conseguente possibilità del giudice comunitario di graduare gli effetti nel tempo (negandole la naturale retroattività) anche di una sentenza interpretativa sul rinvio pregiudiziale di un giudice nazionale, in quel modo lasciando sguarnito di tutela giurisdizionale chi si fosse tempestivamente fatto promotore dell'azione giudiziaria dinanzi a una giurisdizione nazionale.

Quanto, in effetti, è quantomeno opinabile (in realtà, la nostra giurisprudenza amministrativa ha, poi, autonomamente seguito un uguale approccio, anche in difetto di una pressione comunitaria, graduando gli effetti nel tempo delle sue sentenze facendo sintesi dei principi immanenti nel nostro sistema, confermando così indirettamente la bontà di quella giurisprudenza comunitaria).

Eppure, la Corte costituzionale ha escluso (anche in quella particolare vicenda, ove obiettivamente si era davvero giunti a rasentare il contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale) che si fosse superato il limite di quanto era consentito alla Corte di giustizia di fare.

Questo dato empirico non può essere trascurato.

Soprattutto questa constatazione di fatto (se si vuole, anche banale) non può essere trascurata al termine dell'indagine che si è fatta e che ha dimostrato che, in realtà, non vi è contrasto tra logiche processuali (nazionale e comunitaria), bensì adesione a un minimo comune denominatore: l'effettività della tutela giurisdizionale e, attraverso di essa ma mai negando essa, l'effettività della norma UE.

C. L'inutilità del controlimite

È bene intenderci al proposito.

In astratto, non si può contrastare il fondamento teorico del controlimite; e la vicenda *Taricco*⁶ ne è la conferma.

⁵ Ben altro è accaduto con riguardo al processo penale; quanto è bene rappresentato da quella che (a ragione, probabilmente) è stata descritta come «*Saga Taricco*». Il conflitto tra le Corti (Corte costituzionale e Corte di giustizia) che si era aperto sull'affermazione (invero, poco meditata) della Corte di giustizia, secondo cui «*Qualora il giudice nazionale dovesse concludere che dall'applicazione delle disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione consegue, in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave, perché tali fatti risulteranno generalmente prescritti prima che la sanzione penale prevista dalla legge possa essere inflitta con decisione giudiziaria definitiva ... detto giudice sarebbe tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione disapplicando, all'occorrenza, tali disposizioni*» (Corte di giustizia, 8/9/2015, causa C-105/14, *Taricco*). Quanto ha costretto il giudice comunitario a un sostanziale *revirement* (Corte di giustizia, 5/12/2017, causa C-42/17, *M.A.S.*) dopo che la Corte costituzionale aveva sollevato il problema (tradottosi nel quesito di un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE) della violazione di uno dei controlimiti (Corte costituzionale, 26/1/2017, n. 24).

⁶ Corte costituzionale, 26/1/2017, n. 24, ha radicato il dubbio del contrasto tra il Trattato di Lisbona

In effetti, la Corte di giustizia ha risolto sbrigativamente la questione con l'affermazione: «*Ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, TUE, l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta, "che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati" ...*»⁷; ciò che rende improbabile un contrasto tra norme UE e il nucleo essenziale dei diritti garantiti dalla nostra Costituzione.

Tuttavia, «*quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile*»⁸.

E, difatti, in due Stati membri (sia pure marginali, se vogliamo, nella formazione della dogmatica giuridica europea) quella teoria si è tradotta in prassi concreta, avendo le supreme giurisdizioni di quei Paesi rifiutato di riconoscere il vincolo interpretativo discendente dalla giurisprudenza comunitaria⁹; per la valenza non solo nazionale della problematica coinvolta, è interessante la sentenza danese, ove si è messa in discussione la validità della sentenza *Mangold*¹⁰ sull'efficacia diretta anche orizzontale (nei rapporti tra privati) di una direttiva *self-executing*¹¹.

Da ultimo, provocando ben altra inquietudine in ordine alla tenuta dell'ordinamento comunitario, la Corte costituzionale polacca¹² ha, dapprima, dichiarato *ultra vires* un provvedimento interinale della Corte di giustizia in un procedimento di infrazione volto a tutelare l'indipendenza dei giudici nazionali operanti quali giudici comunitari di diritto comune¹³, per poi negare addirittura il principio del primato del diritto UE¹⁴, nella poco meditata reazione a una sentenza della

«*con i principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e con il rispetto dei diritti inalienabili della persona*», trasmettendo gli atti alla Corte di giustizia affinché si pronunciasse – nel rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE – sull'interpretazione dell'art. 325 TFUE sulle misure di contrasto alle attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, per questa via riproponendo al giudice europeo l'irrisolto (per essa) problema dei controlimiti, divenuto a suo avviso di stringente attualità con riguardo a una precedente sentenza della Corte di giustizia sull'interpretazione dell'art. 325 TFUE (Corte di giustizia, 8/9/2015, causa C-105/14, *Taricco*), che era suscettibile di essere interpretata nel senso di obbligare il giudice nazionale a disapplicare la norma nazionale in contrasto con quella europea, quantunque ciò comportasse di assoggettare il responsabile del reato a un regime sanzionatorio complessivamente più affittivo di quello in essere al momento della commissione dell'illecito, in tal modo violando il principio fondamentale (anche per l'Unione europea, in effetti) dell'irretroattività della norma penale di sfavore. Quanto ha costretto la Corte di giustizia, per evitare lo scontro frontale con la Corte costituzionale, a un'interpretazione adeguatrice della sua precedente sentenza (Corte di giustizia, 5/12/2017, causa C-42/17, *M.A.S.*)

⁷ Corte di giustizia, 26/3/2013, causa C-399/11, *Melloni*.

⁸ Corte costituzionale, 13/4/1989, n. 232.

⁹ Quanto è accaduto nella Repubblica Ceca (Corte costituzionale, 31/1/2012, n. 5/12) e in Danimarca (Corte Suprema, 6/12/2016, n. 15/2014).

¹⁰ Corte di giustizia, 22/11/2005, causa C-144/04.

¹¹ Corte Suprema, 6/12/2016, n. 15/2014.

¹² Corte costituzionale, 14/7/2021 n. 7/2020, ove si legge: «*Article 4(3), second sentence, of the Treaty on European Union (consolidated version: OJ C 202 7.6.2016, p.13) in conjunction with Article 279 of the Treaty on the Functioning of the European Union (consolidated version: OJ C 202 7.6.2016, p. 47) – insofar as the Court of Justice of the European Union ultra vires imposes obligations on the Republic of Poland as an EU Member State, by prescribing interim measures pertaining to the organizational structure and functioning of Polish courts and to the mode of proceedings before those courts – is inconsistent with Article 2, Article 7, Article 8(1) and Article 90(1) in conjunction with Article 4(1) of the Constitution of the Republic of Poland, and within this scope it is not covered by the principles of precedence and direct application set in Article 91(1)-(3) of the Constitution*».

¹³ Corte di giustizia, 14/7/2021, causa C-204/21, *Commissione c. Polonia*.

¹⁴ Corte costituzionale, 7/10/2021, n. k-3/21, ove si legge: «*Article 19(1), second subparagraph, and Article 2*

Corte di giustizia nella quale si è affermato l'ovvio principio che, affinché il giudice nazionale nelle materie disciplinate dal diritto comunitario «sia in grado di garantire la tutela giurisdizionale effettiva così richiesta in forza dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, la preservazione della sua indipendenza è fondamentale, come confermato dall'articolo 47, secondo comma, della Carta, che menziona l'accesso a un giudice "indipendente" tra i requisiti connessi al diritto fondamentale a un ricorso effettivo»¹⁵.

Quanto, per vero, costituisce un'eresia anche nella prospettiva della teoria dei controlimiti. Ciò che, piuttosto, pone la Polonia fuori dall'ordinamento comunitario. E, dunque, ci consente di non considerare quella deriva giurisprudenziale ai nostri fini (giacché la nostra indagine esplora il rapporto tra il diritto UE e le norme processuali nazionali, e non vi è dunque ragione di curarsi di ciò che, violando la grammatica istituzionale, è piuttosto la negazione dell'ordinamento comunitario).

A ogni buon conto, proprio la circostanza che, da quando il principio di effettività è stato modellato a canone conformativo dell'autonomia procedurale degli Stati membri (riducendola a mera «competenza processuale funzionalizzata»), la Corte di giustizia ha sottoposto il detto principio alla più ampia dilatazione concettuale andando sostanzialmente a verificare la conformità con esso di tutti gli aspetti fondamentali del processo amministrativo (indagandolo, è il caso di dire, in lungo e in largo) induce a escludere che possa emergere in futuro un contrasto tra l'*effet utile* della norma UE e la disciplina del nostro processo amministrativo che non possa essere (come è sempre stato sinora) risolto attraverso l'interpretazione conforme della norma nazionale agli obiettivi comunitari, che si rammenta costituisce per il «giudice comunitario di diritto comune» (non già una scelta interpretativa, bensì) adempimento dell'obbligo di leale cooperazione (art. 4 TUE).

Sicché, paradossalmente, proprio perché la Corte di giustizia è stata oltremodo attiva (alcuni direbbero importunamente invadente) sul fronte del rapporto tra il processo sull'esercizio dei pubblici poteri con l'*effet utile*, mettendolo alla prova sino nei suoi elementi più bisognevoli della protezione del controlimite (il giudicato nel suo diretto rapporto con la certezza del diritto¹⁶), senza mai oltrepassare un limite che costringesse il giudice nazionale a rifiutare il primato del diritto UE – come è stato fatto in altri Stati membri e come la nostra Corte costituzionale è arrivata si-

of the Treaty on European Union – insofar as, for the purpose of ensuring effective legal protection in the areas covered by EU law and ensuring the independence of judges – they grant domestic courts (common courts, administrative courts, military courts, and the Supreme Court) the competence to: a) review the legality of the procedure for appointing a judge, including the review of the legality of the act in which the President of the Republic appoints a judge – are inconsistent with Article 2, Article 8(1), Article 90(1) and Article 179 in conjunction with Article 144(3)(17) of the Constitution; b) review the legality of the National Council of the Judiciary's resolution to refer a request to the President of the Republic to appoint a judge – are inconsistent with Article 2, Article 8(1), Article 90(1) and Article 186(1) of the Constitution; c) determine the defectiveness of the process of appointing a judge and, as a result, to refuse to regard a person appointed to a judicial office in accordance with Article 179 of the Constitution as a judge – are inconsistent with Article 2, Article 8(1), Article 90(1) and Article 179 in conjunction with Article 144(3)(17) of the Constitution.

¹⁵ Corte di giustizia, 6/10/2021, causa C-487/19, *W. Z.*

¹⁶ Corte di giustizia, 18/7/2007, causa C-119/05, *Lucchini*.

no al punto di fare, con riguardo al processo penale¹⁷, costringendo la Corte di giustizia a un cambio di rotta, o, perlomeno, a un chiarimento conciliativo¹⁸ –, esclude che ciò possa accadere in futuro.

Quantomeno, quella remota possibilità è da escludere, a condizione che la Corte di giustizia si mantenga (come ha fatto sinora) coerente con il suo formante giurisprudenziale - gli astratti principi *Reve* di effettività e non discriminazione, declinati in concreto nella matrice concettuale del principio di ragionevolezza processuale della sentenza *Van Schijndel*¹⁹ – che richiede al giudice nazionale (organo decentrato della giurisdizione europea) di accettare limitazioni al pieno dispiegamento dell'efficacia della norma UE (e della tutela giurisdizionale soggettiva) solo se idonee, necessarie e adeguate al rispetto dei «*principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento*».

D. L'individuazione del limite

Sicché, a ben vedere, la Corte di giustizia pretende dal giudice nazionale («*giudice comunitario di diritto comune*») l'interpretazione conforme del diritto processuale nazionale (non tanto al diritto sostanziale UE, ma piuttosto) ai «*principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale*».

Con il che è dimostrato l'assoluto rispetto da parte della Corte di giustizia dell'autonomia processuale degli Stati membri (che sui quei principi fondano il loro sistema giurisdizionale nazionale).

Perciò, in definitiva, la Corte di giustizia altro non fa che sorvegliare il rispetto da parte degli «*organi decentrati della giurisdizione europea*» dell'obbligo di leale cooperazione (art. 4 TFUE) costringendoli a interpretare il loro diritto processuale (persino «*manipolandolo*», ma sempre nel rispetto dei «*principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale*») al fine di consentire l'*effet utile* della norma sostanziale UE, facendo emergere l'inadeguatezza di una prassi giurisprudenziale attraverso l'interpretazione (che rientra nella sua funzione nomofilattica) del diritto comunitario, all'esito di un rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE).

In altre parole, ciò che la Corte di giustizia esige dal giudice nazionale («*giudice comunitario di diritto comune*») e che egli interpreti la norma processuale conformemente alla Costituzione nazionale.

È, inverosimilmente, evidente che ogniquale volta è emerso un possibile contrasto tra la norma del nostro processo amministrativo e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive derivanti da una norma di diritto sostanziale UE (attraverso la quale si realizza, secondo la prospettiva della sentenza *Van Gend en Loos*²⁰, indirettamente

¹⁷ Corte costituzionale, 26/1/2017, n. 24.

¹⁸ Corte di giustizia, 5/12/2017, causa C-42/17, *M.A.S.*

¹⁹ Corte di giustizia, 14/12/1995, causa C-430/93.

²⁰ Corte di giustizia, 5/2/1963, causa 26/62.

anche la tutela della legalità obiettiva) non si è violata la norma comunitaria bensì il diritto alla tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della pubblica amministrazione, che la nostra Carta costituzionale elegge a principio fondante del nostro sistema giurisdizionale nazionale (artt. 24 e 113 Cost.).

Lo abbiamo visto: la relatività del termine (sentenza *Emmo*²¹) è agevolmente spiegabile con la rimessione in termini per errore scusabile; la disapplicazione del provvedimento amministrativo (sentenza *Ciola*²²) con quanto consente di fare l'art. 5 della legge n. 2248/1865, Allegato E; l'estensione del giudizio a motivi di censura non ritualmente allegati dal ricorrente (sentenza *Peterbroeck*²³) nel distinguo tra principio dispositivo sostanziale (*Dispositionsmaxime*) e principio dispositivo processuale (*Verhandlungsmaxime*) e nell'adesione alla tradizionale e più autorevole dogmatica nazionale; la doverosità della tutela giurisdizionale *ante causam* (ordinanza *DEC*²⁴), con l'estensione al processo amministrativo dell'art. 700 c.p.c., come aveva inutilmente cercato di fare un giudice amministrativo di primo grado nel contrasto con gli orientamenti prevalenti del giudice di grado superiore, configurandosi appunto in quel caso una chiara ipotesi di uso alternativo del rinvio pregiudiziale; la relatività del giudicato (sentenza *Lucchini*²⁵) con l'estensione a quella particolare vicenda della teoria della sentenza *inutiliter data*, avendo le parti coinvolte in quel giudizio voluto disporre di un rapporto giuridico che coinvolgeva anche terzi pretermessi (la Commissione UE); l'autotutela doverosa (sentenza *Kühne & Heitz*²⁶) con il particolare atteggiarsi dell'interesse pubblico (conformato al perseguimento dell'effettività della norma UE), a impedire che sia richiamato dalla P.A. a giustificare la conservazione dell'atto amministrativo illegale, piuttosto che a consentire l'annullamento in pregiudizio della legittima aspettativa di minore consistenza del privato, quanto l'interpretazione dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 consente di fare.

Nulla di eversivo, dunque.

²¹ Corte di giustizia, 25/7/1991, causa C-208/90.

²² Corte di giustizia, 20/4/1999, causa C-224/97.

²³ Corte di giustizia, 14/12/1995, causa C-312/93.

²⁴ Corte di giustizia, 9/4/2004, causa C-202/03.

²⁵ Corte di giustizia, 18/7/2007, causa C-119/05.

²⁶ Corte di giustizia, 13/1/2004, causa C-453/00

Collana *CERIDAP*

1. G. CARULLO, P. PROVENZANO (a cura di), *Le Regioni alla prova della pandemia da COVID-19*, 2020

Finito di stampare nel mese di ottobre 2021
presso la *Grafica Elettronica* - Napoli