

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

1
2010



JOVENE EDITORE

Diritto europeo e diritto interno nel sistema di tutela giurisdizionale delle controversie di diritto pubblico (intorno al principio di effettività)

Vincenzo Cerulli Irelli

SOMMARIO: 1. Premessa: diritto interno e diritto europeo. – 2. Il principio di effettività della tutela giurisdizionale e i principi connessi nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte CEDU. – 3. Applicazioni dei principi europei nel processo amministrativo italiano: sul regime della impugnabilità degli atti amministrativi. – 4. (Segue) Sulla tutela cautelare. – 5. Questioni in ordine al regime del giudicato. – 6. Intorno all'illecito dello Stato per violazione di obblighi comunitari. – 7. Su alcuni problemi di costituzionalità.

1. *Premessa: diritto interno e diritto europeo*

Anche nell'ambito del diritto amministrativo, come di altri importanti settori del nostro ordinamento positivo, la normazione di fonte europea si è estesa, sino a divenire in alcune articolazioni della nostra disciplina addirittura prevalente (come ad esempio, sul piano sostanziale, nel settore degli appalti pubblici o in quello delle telecomunicazioni o di altri servizi pubblici di rilevanza economica). E il principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno, affermato da una giurisprudenza ormai consolidata della Corte di giustizia e della Corte costituzionale (Corte giust. 5.2.1963, C-26/62, *Van Gend*; 15.7.1964, C-6/64, *Costa*; Corte cost., n. 183/73, n. 170/84) e adesso espressamente ribadito nella nostra Costituzione all'art. 117, 1° co., nel testo di cui alla l. cost. n. 3/01, produce l'effetto, com'è noto, che in presenza di normazione di fonte europea (ovvero di principi stabiliti dalla stessa Corte di giustizia) il diritto interno con essa non compatibile (anche se di rango costituzionale, con alcune limitazioni) non possa essere applicato.

Analogo fenomeno si verifica a fronte del diritto elaborato dalle istituzioni internazionali, che prevale sul diritto interno, anche qui secondo l'espressa affermazione di cui all'art. 117, 1° co. (che estende al diritto pattizio il vincolo già stabilito dall'art. 10, in ordine al diritto internazionale generale) con diverse modalità applicative tuttavia: ché mentre il diritto comunitario è direttamente applicabile e prevale senz'altro sul diritto interno, il diritto delle istituzioni in-

ternazionali vincola il diritto interno nel senso che le disposizioni di quest'ultimo con esso contrastanti sono affette da illegittimità costituzionale e soggette al sindacato della Corte costituzionale («il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, in particolare della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) si traduce in una violazione dell'art. 117, 1° co., Cost.», e laddove il giudice «non procede all'applicazione della norma della CEDU (allo stato, a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto) in luogo di quella interna contrastante e tantomeno fa applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU e pertanto con la Costituzione, deve sollevare la questione di costituzionalità»: da ult., Corte cost., n. 311/09). Per quanto ci riguarda, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo contiene, com'è noto, segnatamente agli artt. 6 e 13, principi che incidono sul diritto amministrativo nazionale anche sulla base di una cospicua elaborazione della Corte.

Anche la parte generale del diritto amministrativo (cioè quell'insieme di norme e di principi, solo in parte espressamente stabiliti da norme positive, e segnatamente dalla legge n. 241/90, e in gran parte elaborati dalla giurisprudenza secolare del Consiglio di Stato, che si applicano a tutti i rapporti di diritto pubblico, quelli cioè che si instaurano con le pubbliche amministrazioni in occasione dell'esercizio dei poteri amministrativi) è ormai pervasa dai principi elaborati in sede europea dalla Corte di giustizia; di per sé applicabili ai rapporti con le istituzioni europee ma estesi anche ai rapporti con le pubbliche amministrazioni nazionali in virtù dell'attrazione fattane dalla giurisprudenza e recentemente espressamente richiamati dalla citata l. n. 241/90 (nel testo dell'art. 1, 1° comma, come modif. dalla l. n. 15/05).

E un fenomeno analogo, anche se non ancora così evidente e consolidato, sta avvenendo nel settore della tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico (quelle cioè che insorgono nell'ambito dei rapporti di diritto pubblico). Dette controversie spesso insorgono nell'ambito di rapporti di diritto pubblico regolati dal diritto europeo, che le autorità nazionali sono chiamate ad applicare nei settori da quello regolati anche laddove agiscano come autorità nazionali, e più incisivamente laddove agiscono come autorità decentrate dell'amministrazione europea. In tali casi, il giudice ammi-

nistrativo, come il giudice civile (a seconda della rispettiva competenza), di fronte al quale dette controversie sono portate, è tenuto ad applicare norme e principi posti in sede europea, segnatamente attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia, nonché in via più generale, principi posti dalla giurisprudenza della Corte CEDU.

L'insieme di detti principi (dei quali qui di seguito si espongono alcune espressioni che appaiono più significative dando luogo ad alcune trasformazioni del nostro tradizionale sistema di tutela) è inteso ad assicurare ai cittadini forme di tutela più accentuate e una maggiore garanzia delle loro situazioni protette a fronte delle pubbliche amministrazioni; e perciò essi nel loro complesso, appaiono impostati nella medesima prospettiva cui tende il diritto nazionale nelle sue trasformazioni più recenti, in attuazione dei principi posti dalla nostra Costituzione agli artt. 24 e 111. Tuttavia, l'applicazione di detti principi, come anche di quelli posti sul piano sostanziale in ordine al regime degli atti amministrativi, può presentare dubbi di costituzionalità laddove essa non venga estesa a tutto il settore dei rapporti di diritto pubblico e delle relative controversie, a prescindere dalla fonte dalla quale emanano le rispettive normative.

2. *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale e i principi connessi nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte CEDU*

2.1. Nel nostro ordinamento, com'è noto, il sistema di tutela giurisdizionale nei confronti delle pubbliche amministrazioni (con oggetto le controversie di diritto pubblico) trova direttamente in Costituzione il suo fondamento e i suoi principi: a differenza di altri ordinamenti dell'area, nei quali pure vige un sistema di tutela giurisdizionale di tipo dualistico (cioè un sistema nel quale le controversie di diritto pubblico, pur diversamente definite, spettano alla competenza di un giudice speciale, il giudice amministrativo, appunto).

Questi principi costituzionali che espressamente riguardano il processo amministrativo (artt. 100, 111, 103, 113) devono essere correttamente letti alla luce del più generale principio di cui all'art. 24, intorno alla pienezza e all'effettività della tutela giurisdizionale assicurata ad ogni tipo di situazione soggettiva protetta dall'ordinamento, sia che venga ascritta al *genus* dei diritti (fondamentalmente,

rapporti di diritto privato o comunque paritari) come al *genus* degli interessi legittimi (fondamentalmente rapporti di diritto pubblico e relative controversie).

Ciò significa che: *a*) le situazioni protette dello stesso tipo devono poter usufruire della medesima tutela (stesso giudice, stesso procedimento, stessi strumenti di tutela, a cominciare dalle azioni esperibili); *b*) la tutela assicurata alle situazioni protette, secondo il loro tipo, deve essere la più ampia possibile, constare cioè di tutti gli strumenti conosciuti dall'ordinamento adatti al tipo, che siano necessari per concretizzarne, appunto, la pienezza.

Di tale principio è applicazione costituzionalmente corretta la recente legislazione, accompagnata da cospicua elaborazione giurisprudenziale, che ha ampliato la tutela giurisdizionale amministrativa alle azioni risarcitorie, all'esperibilità di misure cautelari ulteriori rispetto alla tradizionale sospensiva dell'atto impugnato, e ad altri significativi strumenti tutti intesi all'affermazione piena dell'effettività della tutela giurisdizionale (Cass. S.U., 22.7.1999 n. 500; Corte cost., 5.7.2004 n. 204; Cass. S.U. 13.6.2006 n. 13659; Cons. St., A.P. 30.7.2007 n. 9; Cass. S.U. 22.2.2007, n. 4109 e Corte cost., 12.3.2007 n. 77). Di tal che, si può affermare che il nostro sistema di tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive protette nei rapporti con le pubbliche amministrazioni, nelle loro varie manifestazioni, sia da ritenere in asse con detto principio (dell'effettività, appunto), sul quale la Corte di giustizia CE da tempo insiste con ripetute e sempre più incisive affermazioni giurisprudenziali (Corte giust., 14.12.1995, C-430/93 e C-431/93 *Jeroen van Schijndel*; 15.9.1998, C-231/96, *Edilizia Industriale Siderurgica*; 27.2.2003, C-327/00 *Santex*; 14.12.1005, C-312/93, *Peterbroeck*; 7.6.2007, C-222/05 e C225/05, *Van der Weerd*; 13.3.2007, C-432/05 *Unibet*; 15.4.2008, C-268/06, *Impact*; 29.10.2009, C-63/08, *Pontin*).

Il principio di effettività, come svolto in sede comunitaria, si articola a sua volta in diversi principi intesi fondamentalmente a conferire, in ambito processuale, ai soggetti le cui ragioni sono fondate una effettiva soddisfazione delle loro pretese sostanziali (per dirla con Chiovenda, «il processo deve dare per quanto è possibile ... a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha il diritto di conseguire (che avrebbe diritto di conseguire sul piano sostanziale)»).

Anzitutto le modalità di tutela adottate in ambito nazionale non *«devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario»*: ogniqualvolta si ponga la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile tale esercizio dei diritti, la questione deve essere esaminata, dice la Corte di giustizia, tenendo conto *«del ruolo della norma nell'insieme del procedimento ... dello svolgimento e delle peculiarità di quest'ultimo davanti ai giudici nazionali»* esaminando i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, *«quali la tutela del diritto alla difesa, il principio della certezza del diritto ed il regolare svolgimento del procedimento»* (C-222-225 /2005 cit.; da ult. v. Corte giust. 6.10.2009, C-40/08, *Asturcom*).

In secondo luogo, al principio di effettività è legato quello c.d. di equivalenza, secondo cui le modalità procedurali volte a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano i ricorsi di natura interna (Corte giust. C-432/05 cit.); tale principio esige *«che le condizioni imposte dal diritto nazionale per applicare una norma di diritto comunitario non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano l'applicazione delle norme di pari rango del diritto nazionale»* (da ult. Corte giust. C-40/08 cit. e 24.3.2009, C-445/06 *Danske*).

D'altra parte, la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha elaborato una cospicua giurisprudenza sugli artt. 6 e 13 della Convenzione, segnatamente sul punto della parità delle armi nel processo (del contraddittorio, come requisito fondamentale per assicurare l'efficacia della tutela giurisdizionale a tutte le parti coinvolte in un dato rapporto controverso; cfr. CEDU 9.4.2007, *Arnolin*: *«il principio dell'uguaglianza delle armi implica l'obbligo di offrire a ciascuna delle parti in causa la possibilità di presentare le sue ragioni in condizioni non svantaggiate rispetto a quelle di cui gode il suo avversario»*; nello stesso senso v. anche 21.9.2007 *Gov. Francia*; con rif. all'art. 13 v. CEDU 28.9.2000 *Messina*, secondo cui *«l'art. 13 garantisce l'esistenza in diritto interno di un ricorso che consenta di avvalersi dei diritti e libertà sanciti dalla convenzione»*); e sul punto della ragionevole durata del processo (v. CEDU 16.10.2007 *Capone*; 23.11.2006, *Jussila*; 29.7.2004 *Scordino*, laddove si afferma che *«sussiste violazione aggravata dell'art. 6, par. 1, della convenzione europea dei diritti del-*

l'uomo, riguardo ad un giudizio di determinazione dell'indennità di espropriazione, durato oltre otto anni»).

Quest'ultimo principio, come è noto costantemente violato in sede nazionale, ha avuto un esito nella legge italiana 24.3.2001 n. 89, c.d. l. *Pinto*, ampiamente applicata anche con riferimento al processo amministrativo, la quale dispone che «chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ... sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione, ha diritto ad una equa riparazione» (art. 2 l. n. 89/2001 cit.; cfr. in giurisprudenza CEDU 6.9.2001 *Brusco*: «la legge Pinto (l. n. 89/2001) ha lo scopo di rendere effettivo a livello interno il principio della “durata ragionevole” introdotto nella costituzione italiana dopo la riforma dell'art. 111 Cost.»).

Entrambi i principi, della parità delle armi o del contraddittorio, nonché quello della ragionevole durata del processo, trovano infatti espressa affermazione nella Costituzione all'art. 111, 2° co.: «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata» (norma introdotta, com'è noto, dalla l. cost. 23.11.1999 n. 2).

2.2. Il fenomeno sopra indicato circa l'influenza del diritto europeo sul diritto nazionale, per quanto riguarda il settore dei rapporti di diritto pubblico e le relative controversie, si svolge fondamentalmente su tre itinerari. Anzitutto, sul piano sostanziale, i principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in ordine all'esercizio dell'attività amministrativa di diritto pubblico (art. 1, 1° co., l. 241/90), del resto non dissimili da quelli propri della nostra esperienza e degli altri ordinamenti dell'area, vengono via via recepiti dalla nostra giurisprudenza in virtù di un fatto di assimilazione; e il recepimento di detti principi è ormai da considerare un dato positivo indiscutibile.

In secondo luogo, atti amministrativi nazionali possono risultare invalidi per violazione di norme europee (risultando viceversa conformi alla normativa nazionale). In tali casi essi possono essere soggetti a un regime dell'invalidità, con relativa applicazione in sede

processuale, differenziato rispetto al regime dell'invalidità degli atti amministrativi secondo il diritto nazionale (cioè, assunti in violazione di norme nazionali).

In terzo luogo, alcune (assai rilevanti) manifestazioni dell'azione amministrativa da parte di autorità nazionali, come accennato, avvengono in applicazione del diritto europeo direttamente applicabile, ovvero a sua volta applicato da normativa attuativa nazionale, statale o regionale. In tal caso, le autorità nazionali sono tenute ad operare secondo i principi del diritto europeo e le relative eventuali controversie (davanti al giudice nazionale, amministrativo o ordinario, secondo la competenza) debbono, appunto, poter usufruire di strumenti di tutela rispondenti ai menzionati principi di equivalenza e di effettività con riferimento alle situazioni protette direttamente (anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni nazionali) dal diritto europeo.

Per questa via, controversie di questo tipo (cioè insorte a fronte di azioni amministrative poste in essere in applicazione del diritto europeo) possono essere assoggettate a un regime processuale (e perciò usufruire di strumenti di tutela) differenziato (e per certi versi, più ricco e incisivo) di quello assicurato dal diritto nazionale alle controversie insorte in applicazione del diritto nazionale (pur di competenza del medesimo giudice); laddove ciò sia imposto nell'ambito degli ordinamenti nazionali dal diritto europeo (e segnatamente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia).

2.3. A fronte di questo quadro, di seguito meglio illustrato, si pongono, come accennato, due questioni di ordine costituzionale.

La prima riguarda il regime di invalidità degli atti amministrativi: stabilire cioè se sia consentito sul piano costituzionale, che atti, provenienti da autorità nazionali (si badi: non atti provenienti da autorità comunitarie pur se efficaci nei confronti dei soggetti dell'ordinamento italiano, ché in tal caso opera il principio ormai acquisito della duplicità degli ordinamenti e perciò in tali casi si applica senz'altro il diritto comunitario) siano sottoposti a regime differenziato in sede di tutela giurisdizionale, a seconda che risultino adottati in violazione di normative nazionali ovvero di normative comunitarie.

In tali casi, il problema circa il differente trattamento giuridico di codesti atti secondo la normativa violata, sta in ciò; che la diffe-

renziamento sarebbe data esclusivamente dal tipo di fonte violata (comunitaria in luogo di nazionale) a prescindere dal rilievo degli interessi tutelati. Mentre la differenziazione sarebbe senz'altro ammissibile e non darebbe luogo a problemi di costituzionalità (sarebbe addirittura ovvia) ove si trattasse di una graduazione circa la gravità della violazione cui corrisponda una graduazione circa il rilievo degli interessi tutelati: come avviene laddove gli atti amministrativi invalidi vengono rispettivamente assoggettati al regime della nullità ovvero dell'annullabilità (artt. 21-*septies*, 21-*octies*, l. proc. amm.).

La seconda questione, indubbiamente più delicata, attiene al regime della tutela giurisdizionale: se regimi di tutela differenziati siano consentiti nell'ambito di controversie di diritto pubblico con autorità amministrative italiane, a seconda che si tratti di controversie insorte nell'ambito di rapporti retti dal diritto nazionale o dal diritto europeo direttamente o indirettamente applicabile; dove si suppone che il regime di tutela giurisdizionale imposto nel secondo ordine dei casi, sia più efficace (più aderente al principio di effettività della tutela giurisdizionale) a garanzia delle situazioni protette. Il che comporta, appunto, che situazioni protette dalle fonti comunitarie (ma nell'ambito dell'amministrazione nazionale) godrebbero di una tutela diversa (e superiore) rispetto a quella la cui protezione deriva dalla fonte nazionale.

Il principio di equivalenza (nel trattamento processuale delle situazioni protette dal diritto europeo rispetto a quelle nazionali) sul quale, correttamente, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha tanto insistito nel corso della sua giurisprudenza, viene ad acquisire rilevanza all'inverso; e non può che acquisire detta rilevanza all'inverso, almeno tendenzialmente, come quello inteso ad assicurare equivalenza (appunto) nel trattamento processuale delle situazioni soggettive protette, a prescindere dalla fonte dalla quale la protezione dell'ordinamento proviene (da ult. cfr. C-63/08, *Pontin*. cit.; 6.10.2009, C-40/08, *Asturcom* cit.).

3. *Applicazioni dei principi europei nel processo amministrativo italiano: sul regime della impugnabilità degli atti amministrativi*

3.1. Nel nostro ordinamento, gli atti amministrativi posti in essere in violazione di norme giuridiche (quale che ne sia la fonte, pur-

ché vigente nel momento in cui l'atto viene adottato, in cui si perfeziona come fattispecie) sono affetti da annullabilità e non da nullità; con quel che ne segue in termini di disciplina applicabile, tanto sul versante sostanziale che su quello della tutela giurisdizionale: l'atto conserva pienamente la sua efficacia sinché non viene annullato, l'annullamento può essere chiesto al giudice solo da portatori di interessi qualificati; secondo lo schema del giudizio impugnatorio che si incardina attraverso un ricorso esperibile entro rigorosi termini di decadenza. Il giudice ne può pronunciare l'annullamento una volta accertata la fondatezza di uno dei motivi di impugnazione sollevati dal ricorrente senza possibilità di conoscerne d'ufficio, e l'atto diventa inoppugnabile una volta trascorsi i termini per l'impugnazione.

L'affermazione circa il regime generale dell'annullabilità degli atti amministrativi come forma tipica della invalidità amministrativa, poteva ritenersi assolutamente pacifica sino a qualche tempo fa, comparso solo sporadicamente in giurisprudenza la diversa configurazione dell'atto amministrativo invalido come affetto da nullità. Valga per tutti la citazione della notissima voce di PIRAS (*Invalidità (diritto amministrativo)*), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972) che affermava essere «l'annullamento riguardato come l'unica forma, come l'unica conseguenza dell'invalidità del provvedimento», ciò che consente di limitare l'indagine circa l'invalidità in diritto amministrativo «alla considerazione degli stati viziati che determinano l'annullabilità del provvedimento».

Successivamente, è penetrata in giurisprudenza la convinzione, supportata da alcuni testi positivi, che in determinati casi (cioè a fronte di determinate violazioni particolarmente gravi) l'invalidità amministrativa potesse configurarsi come nullità, con ciò che ne segue in termini di disciplina applicabile, all'inverso di quanto s'è appena detto: segnatamente, rilevabilità di ufficio del vizio da parte del giudice, sottrazione dell'atto invalido dallo «scudo» dell'inoppugnabilità. Ma, a ben vedere, questo schema è stato seguito dai nostri giudici solo a fronte di atti posti in essere in violazione o elusione del giudicato e in qualche caso di assunzioni senza concorso (Cons. St., Ad. Plen., 19.3.1984, n. 6).

Il legislatore, di recente, dopo aver sancito la nullità degli atti emanati da organi scaduti dopo il termine di *prorogatio* (art. 3, d.l. 16.5.1994 n. 293 conv. l. 15.7.1994 n. 444) è intervenuto in materia

con norma di portata generale (art. 21-*septies*, l. n. 241/90) e ha previsto la nullità degli atti amministrativi privi degli elementi essenziali nonché viziati per difetto assoluto di attribuzione, ovvero in violazione o elusione del giudicato, o nei casi espressamente previsti dalla legge (Cons. St., V, 4.3.2008 n. 890; T.a.r. Emilia Romagna, 12.1.2006 n. 9; Cons. St., VI, 20.10.2005, n. 5903; T.a.r. Perugia, 10.4.2007 n. 302; T.a.r. Puglia, Bari, III, 19.10.2006 n. 3740; anteriormente per le ipotesi di nullità per violazione o elusione del giudicato, cfr. *ex multis*, Cons. St., IV, 10.6.1999, n. 994; V, 6.10.1999, n. 1329; IV, 6.10.2003, n. 5820).

In questi casi, cioè una volta accertate violazioni di questo tipo, che emergano a fronte di atti rilevanti in una determinata controversia, ma non oggetto di diretta impugnazione da parte degli interessati, il giudice amministrativo (ove si tratti di controversie a tutela di interessi legittimi, ché altrimenti la controversia intorno agli effetti dell'atto nullo è di competenza della giurisdizione ordinaria) ne può dichiarare d'ufficio la nullità al fine di risolvere la controversia al suo esame.

Come si vede, si tratta di un modello di tutela assai diverso e alternativo rispetto all'altro; tuttavia, almeno allo stato, si tratta di un modello di tutela del tutto marginale nel nostro contenzioso amministrativo (ma le potenzialità interpretative dell'art. 21-*septies*, segnatamente sul punto della carenza di elementi essenziali, in prospettiva non possono essere trascurati).

3.2. Viceversa, la nostra giurisprudenza esclude l'applicabilità dell'istituto della disapplicazione degli atti invalidi nel processo amministrativo, se non nelle controversie di giurisdizione esclusiva ovvero a fronte di atti regolamentari (cfr. rispettivamente Cons. St., VI, 29.5.2008 n. 2552; 21.9.2007 n. 4890; e 3.10.2007 n. 5098); ciò con riferimento all'esigenza considerata fondamentale nel nostro processo, della previa diretta impugnazione dei provvedimenti lesivi da parte degli interessati sulla base di specifici motivi di impugnazione sui quali il giudice viene chiamato a pronunciarsi: «ammettendo il sindacato incidentale su (provvedimenti amministrativi non impugnati privi di natura normativa) si finirebbe per sovvertire le regole del giudizio amministrativo, per snaturarne i criteri essenziali, ed in definitiva, per consentire l'elusione del termine di decadenza stabi-

lito al fine di ottenere dal giudice amministrativo l'eliminazione di atti lesivi di interessi legittimi» (Cons. St., V, 10.1.2003, n. 35; Cons. St., Ad. Plen., ord. 4.12.1998, n. 1: «costituisce espressione di uno dei principi cardine della giustizia amministrativa, ... quello per cui in sede di impugnazione di un provvedimento non sono più contestabili i vizi di un atto presupposto, ove questo fosse impugnabile *ex se*, ma non sia stato utilmente impugnato. Ed è proprio in virtù di tale principio che l'azione amministrativa si svolge con relativa certezza di diritto, risultando divisa in una serie di fasi, ciascuna delle quali si conclude con un atto suscettibile di diventare inoppugnabile, se non utilmente impugnato entro breve termine, e costituire, quindi, la base di ulteriori provvedimenti»; più di recente, Cons. St., Ad. Plen., 29.1.2003 n. 1)

Peraltro, il sistema di tutela previsto in sede europea a fronte di atti amministrativi (europei) invalidi, non contempla l'istituto della disapplicazione (Corte giust. 14.9.1999 C-310/97; 23.2.2006, C-346 e 529/03).

Si avverta che il modello della disapplicazione, a fronte del modello di tutela appena ricordato che ruota intorno alla nullità degli atti amministrativi (accomunati entrambi dalla rilevabilità d'ufficio, prescindendo perciò dalle domande di parte circa i motivi di impugnazione e perciò volti a coprire ogni violazione invalidante) si caratterizza per il fatto di produrre effetti limitatamente al caso di specie, come peraltro la nostra antica norma espressamente disponeva (artt. 4 e 5, legge 2248/1865, all. E)).

A fronte di questa impostazione del nostro sistema di tutela (nell'ambito del processo amministrativo) si pone il problema, cui s'è accennato, se diverse modalità di tutela sussistano laddove la controversia abbia ad oggetto atti amministrativi posti in essere (da parte di autorità nazionali ovviamente) in violazione di norme comunitarie direttamente applicabili, ovvero di norme nazionali attuative di norme comunitarie; violazione cioè di norme cogenti (e perciò sicuramente causa di invalidità dei relativi atti) caratterizzate, come si è avvertito, dalla loro fonte (europea anziché nazionale).

Sul punto, mi sembra anzitutto da escludere, in via generale, nonostante qualche presa di posizione in contrario, che in tali casi possa parlarsi in senso tecnico, di nullità degli atti amministrativi. La violazione delle norme di fonte europea dovrebbe essere compresa,

al fine di stabilire il regime dell'invalidità, nella nozione di violazione di legge di cui all'art. 21-*octies* della legge sul procedimento amministrativo. Questa è la posizione ormai stabile, a quanto sembra, della giurisprudenza, che è da condividere in via di principio (cfr. Cons. St., IV, 21.2.2005, n. 579: «la violazione di una disposizione comunitaria implica un vizio di illegittimità-annullabilità dell'atto amministrativo con essa contrastante mentre la nullità (o l'inesistenza) è configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere) incompatibile con il diritto comunitario (e, quindi, disapplicabile); pertanto, al di fuori di quest'ultimo caso, l'inosservanza di una disposizione comunitaria direttamente applicabile comporta l'annullabilità del provvedimento viziato e, sul piano processuale, l'onere della sua impugnazione dinanzi al giudice amministrativo entro il prescritto termine di decadenza, pena la sua inoppugnabilità»; si v. anche V, 10.1.2003 n. 35).

Non può essere trascurato invero, il rilievo (accennato nella decisione ult. cit.) che la violazione delle norme comunitarie potrebbe dare luogo in certi casi, più incisivamente di quanto attiene alle violazioni di norme nazionali, a violazioni previste dall'art. 21-*septies*, e perciò produrre la nullità dei relativi atti amministrativi.

Al di là dell'ipotesi, abbastanza improbabile, del «difetto assoluto di attribuzione» (dato che la norma comunitaria non è in genere attributiva del potere), potrebbe emergere il caso di violazione di norme comunitarie così gravi, caratterizzanti un determinato modello procedimentale, da incidere sugli «elementi essenziali» della fattispecie, la cui mancanza è causa di nullità. Ciò potrebbe verificarsi ad esempio, nelle gare pubbliche per l'aggiudicazione di contratti d'appalto (materia quasi interamente coperta da normativa comunitaria) laddove si verifici la violazione di regole essenziali poste a tutela della concorrenza dal diritto comunitario, che potrebbero appunto rappresentarsi come elementi essenziali della fattispecie di gara (v. ad esempio, in diritto francese, la norma sul c.d. *referé pré-contractuel*: art. L551-1, cod. just. adm., laddove si prevede una forma più incisiva di tutela cautelare in caso di violazione «aux obligations de publicité e de mise en concurrence»). Insomma, la notevole ampiezza (e imprecisione) del riferimento normativo agli elementi essenziali del provvedimento la cui mancanza ne produce la nullità,

potrebbe in prospettiva tradursi nell'affermazione della nullità di atti amministrativi posti in essere in violazione di regole poste dal diritto europeo, che, in riferimento a determinate fattispecie (come appunto le regole poste a presidio della concorrenza nelle gare pubbliche) possono dare luogo nella loro applicazione in concreto, ad «elementi» che possano rivelarsi «essenziali» ai fini dell'identificazione stessa della fattispecie.

3.3. Altro problema è quello della disapplicazione. Su questo punto, si tratta di stabilire se la posizione della nostra giurisprudenza cui s'è accennato, che nega, in virtù dei principi propri della tutela giurisdizionale nel processo amministrativo, l'utilizzo di detto istituto a fronte di atti amministrativi puntuali, valga anche laddove l'atto risulti affetto da illegittimità comunitaria (ciò viene negato dal nostro giudice amministrativo: Cons. St., V, 10.1.2003 n. 35; 17.10.2005 n. 5826).

La giurisprudenza della Corte, che pure non ritiene, in principio, contrastante con il diritto comunitario un sistema di tutela fondato sull'impugnazione degli atti amministrativi lesivi davanti al giudice amministrativo entro un ragionevole termine di decadenza (e tale è riconosciuto quello da noi in vigore), e perciò non ritiene contrastante in principio con il diritto comunitario, il regime stesso dell'inoppugnabilità degli atti amministrativi, anche se trattasi di illegittimità comunitaria (Corte giust. 7.6.2007, C-222 e 225/05, *Van der Weerd*; 14.12.1995, C-430 e 431/93 *Jeeroen va Schijndel*; 14.12.1995, C-312/93 *Peterbroeck*), non esclude però che in determinati casi, il giudice possa d'ufficio procedere alla disapplicazione dell'atto affetto da tale illegittimità.

La Corte pare seguire, sul punto, un atteggiamento elastico, inteso a valutare le situazioni di tutela nella loro diversità e particolarità ciò che in determinati casi imporrebbe di derogare ai principi rigidi della tutela impugnatoria.

Nella notissima sentenza *Ciola*, in una controversia avente ad oggetto l'applicazione di una sanzione per violazione di una disposizione di una autorità amministrativa adottata in palese violazione di una norma fondamentale del diritto comunitario (l'art. 51 del Trattato CE, in materia di libera circolazione dei servizi) ha stabilito che il giudice nazionale (nella specie, austriaco) avrebbe dovuto disappli-

care codesta disposizione (contenuta in un atto amministrativo e non in un atto normativo, atto divenuto inoppugnabile) annullando in conseguenza la sanzione inflitta (Corte giust., 29.4.1999, C-224/97). Mentre nella più recente sentenza *Santex*, a fronte di un bando di gara (direttamente lesivo e non impugnato, ciò che secondo la nostra giurisprudenza lo farebbe diventare inoppugnabile), contenente cause di esclusione di determinate ditte, clausole ritenute contrarie al diritto comunitario, ha stabilito che il giudice nazionale (nella specie, italiano) disapplicasse queste disposizioni del bando, in ragione del fatto (determinante nella specie) che l'amministrazione aggiudicatrice con il suo comportamento ambiguo in sede di gara (chiarimenti circa l'interpretazione delle clausole del bando, successivamente contraddette) ha indotto in errore l'interessato in capo al quale si era formato un legittimo affidamento circa una diversa possibile interpretazione delle clausole del bando (Corte giust., 27.2.2003, C-327/00).

Qui, insomma, alla violazione evidente della normativa comunitaria contenuta nel bando di gara, tuttavia non impugnato, si aggiunge l'elemento *in fatto*, dato dal comportamento dell'amministrazione; e si inserisce nella valutazione del giudice il profilo del rispetto del legittimo affidamento prodotto in capo all'interessato da codesto comportamento.

Si citano questi casi, peraltro notissimi, solo per mostrare come nella logica del giudice comunitario l'onere dell'impugnazione dell'atto lesivo, non rappresenti un vincolo insuperabile; ma viceversa possa essere derogato con riferimento alla particolarità delle diverse fattispecie contenziose di cui si tratta; in una prospettiva sempre intesa ad assicurare la piena effettività della tutela giurisdizionale. E così ad esempio, in un caso come quello della sentenza *Santex*, nella nostra impostazione indubbiamente il bando avrebbe dovuto essere impugnato perché il giudice avesse potuto accertarne l'illegittimità, contenendo clausole di esclusione; ciò a prescindere dai successivi incerti e ambigui «chiarimenti» dell'amministrazione.

Mentre il giudice comunitario, che pure, si ripete, non disconosce la legittimità dal punto di vista comunitario, del modello di tutela impugnatorio, nel caso di specie dà importanza decisiva al comportamento dell'Amministrazione; senza affermare tuttavia, ciò che probabilmente il giudice italiano rimettente si sarebbe aspettato, il prin-

cipio che gli atti amministrativi adottati in violazione del diritto comunitario vadano disapplicati perché tali (ciò che in qualche modo si poteva dedurre dalla sentenza *Ciola*).

Il problema resta invero aperto; ma su questo punto, essenziale nel sistema di tutela, si sta aprendo la strada per un doppio regime di tutela a fronte di atti amministrativi invalidi a seconda che si tratti di invalidità «nazionale» ovvero di invalidità «comunitaria», regime rigido nel primo caso, elastico nel secondo, con evidenti problemi di disparità di trattamento tra situazioni omogenee che si vengono a creare.

Interessante una sentenza del T.a.r. Sardegna (I, 27.3.2007 n. 549, tuttavia successivamente annullata dal Cons. St., V, 8.9.2008 n. 4263) la quale, ha respinto un ricorso disapplicando un precedente atto dell'Amministrazione (non impugnato) la cui applicazione nella specie, avrebbe comportato l'accoglimento del ricorso, perché il predetto atto risultava in palese contrasto col diritto comunitario (c.d. eccezione disapplicatoria). Nota il Tar, che l'atto «sul quale il ricorrente fonda la propria pretesa può esplicitare i propri effetti «solo laddove sia conforme al diritto comunitario, non potendo, in caso contrario, costituire fonte di legittima aspettativa del privato».

Invero, si pone in via di principio la questione se il giudice nazionale di fronte a una controversia portata al suo esame (ad esempio intorno alla contestata legittimità di un atto amministrativo) la cui soluzione dipenda dall'efficacia esplicita nella specie da un atto amministrativo che non è stato oggetto di specifica impugnazione e che risulti (palesamente) illegittimo sul piano comunitario, possa decidere senz'altro la controversia sulla base di codesto atto (il bando di gara le cui clausole illegittime producono l'esclusione di una certa impresa, il divieto di cedere posti barca ai non residenti, per stare agli esempi citati) ovvero non abbia l'obbligo di disapplicarlo e risolvere la controversia applicando correttamente il diritto comunitario.

Non si può trascurare sul punto, che in casi del genere il giudice avrebbe l'obbligo di disapplicare la disposizione controversa, una volta accertatone il carattere anticomunitario, se essa fosse posta con atto legislativo (che potrebbe anche avere contenuto puntuale, e non generale e astratto). E allora, pur tenendo conto del differente regime di impugnazione proprio degli atti amministrativi, non risulta facilmente comprensibile che, laddove la disposizione, come nei casi

sopra citati sia posta da atto amministrativo, il giudice dovrebbe senz'altro applicarla e risolvere la controversia in spregio al diritto comunitario

4. *(Segue) Sulla tutela cautelare*

Sulla tutela cautelare, si è aperto un altro luogo di confronto tra diritto comunitario e diritto interno, che appare invero assai meno problematico del primo, in termini di tenuta del sistema di tutela assicurato dal nostro ordinamento degli interessi protetti dal diritto comunitario (a fronte di atti amministrativi di autorità nazionali).

Che la tutela cautelare debba essere assicurata nella sua pienezza a tutte le situazioni protette, può essere considerata affermazione pacifica e ormai consolidata. Ciò significa: *a*) che essa debba essere fornita in tempi rapidi e comunque sufficienti a far sì che non venga compromessa in fatto la tutela del diritto controverso, a prescindere perciò all'accertamento nel merito della fondatezza della relativa azione (ricorso in sede amministrativa); *b*) che essa debba poter usufruire di tutte le misure rese necessarie dalle esigenze di tutela proprie della situazione di cui si tratta; e perciò debba essere atipica e, per quanto riguarda il processo amministrativo, non possa essere limitata all'adozione della misura sospensiva dell'efficacia, o dell'esecuzione, dell'atto impugnato (misura satisfattiva, com'è noto, solo nel caso, e non sempre, di interessi oppositivi).

Su questi punti, sui quali si riscontra un deciso orientamento della giurisprudenza comunitaria (Corte giust., 9.11.1995, C-465/93; 24.10.2001, C-186/01, *Dory*; 5.12.2000, C-477/98, *Eurostock Meat Marketing Ltd.*) il nostro ordinamento sembra essere del tutto allineato, particolarmente a seguito della fondamentale riforma legislativa del 2000: l'introduzione del mezzo di tutela cautelare provvisorio rappresentato dal decreto presidenziale risolve il problema della celerità della tutela, il ventaglio possibile di misure espressamente previste dall'art. 21, l. T.a.r. («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») ma già largamente vissuto in giurisprudenza, consente di far fronte a tutte le differenziate esigenze di tutela poste dalle situazioni concrete.

Tuttavia è emersa, nella giurisprudenza comunitaria, l'esigenza di prevedere, al fine della piena effettività della tutela cautelare, una forma di tutela cautelare c.d. *ante causam*, tale cioè che possa essere attivata a prescindere dalla proposizione del ricorso di merito (Corte giust., 19.9.1996, C-236/95, *Repubblica ellenica*; 15.5.2003, C-214/00, *Regno di Spagna*; 29.4.2004, C-202/03).

Guardando con attenzione al funzionamento concreto del nostro sistema di tutela giurisdizionale nel suo complesso, la tutela cautelare c.d. *ante causam* sembra fundamentalmente inutile; incapace di assicurare risultati più rapidi e soddisfacenti di quanto non sia già ottenibile con gli strumenti previsti (segnatamente attraverso il decreto presidenziale di cui all'art. 21, 9° co., l. T.a.r.): come la Corte costituzionale esattamente ha affermato (Corte cost., ord. n. 179/02: «nel processo amministrativo la tempestività e la effettività della tutela anche cautelare sono ormai completamente assicurate ... dal complesso delle disposizioni processuali... l'anzidetto completo sistema di tutela, anche di urgenza e cautelare, che riguarda tutte le posizioni azionabili davanti al giudice amministrativo, senza distinzione tra interessi legittimi o diritti soggettivi tutelabili, esclude l'applicabilità di altri istituti propri del processo civile e, quindi, che si possa configurare una esigenza (rilevante sul piano costituzionale) di intervento additivo sulle norme relative ai procedimenti di urgenza della procedura civile».

Ciò non di meno, la tutela *ante causam* nelle materie «comunitarizzate», è stata ritenuta necessaria dalla Corte di giustizia nelle citate sentenze; e segnatamente, con specifico riferimento alla Repubblica italiana, la Corte ha affermato, com'è noto, che la direttiva comunitaria sulle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici «deve essere interpretata nel senso che gli Stati membri sono tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere di ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente alla 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» (Corte giust., 29.4.2004, C-202/03, *Dac spa*). Nei precedenti assai noti, la Corte più puntualmente ha affermato che una normativa (come quella spagnola) la quale pure prevede misure cautelari soddisfacenti, «tuttavia non può essere considerata come un sistema di tu-

tela giurisdizionale provvisorio adeguato al fine di porre rimedio in modo efficace alle violazioni eventualmente commesse dalle amministrazioni aggiudicatrici, in quanto essa impone, come regola generale, la previa proposizione di un ricorso di merito quale condizione per adottare un provvedimento provvisorio contro una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice» (Corte giust. 15.5.2003, C-214/00, *Regno di Spagna*).

Si tratta invero, più dell'enunciazione di una tesi che del risultato di argomentazioni soddisfacenti in ordine all'effettiva capacità di tutela di un determinato sistema giurisdizionale. Tuttavia, su questo punto, la giurisprudenza della Corte sembra consolidata.

E il nostro legislatore si è adeguato, per ora limitatamente al settore degli appalti pubblici; prevedendo che «in caso di eccezionale gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la previa notifica del ricorso e la richiesta di misure cautelari provvisorie» (ordinariamente previste), il soggetto legittimato al ricorso possa «proporre istanza per l'adozione delle misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare» (art. 245, 3° co., *Cod. appalti*). L'istanza deve essere ritualmente notificata (come il ricorso) e depositata presso il T.a.r. competente. Il presidente o altro giudice da lui delegato, provvede sull'istanza, sentite ove possibile le parti. Il rigetto dell'istanza non è impugnabile ma l'istanza può essere riproposta. Anche il provvedimento di accoglimento non è impugnabile ma può essere revocato o modificato «senza formalità» dal presidente, d'ufficio o su istanza, nonché dal collegio, ovviamente, «dopo l'inizio del giudizio di merito». Il provvedimento, afferma la norma, perde «comunque» efficacia, decorsi 60 giorni dalla sua emanazione. La norma è confermata dalla recente legge delega in materia, in corso di attuazione (art. 44, l. n. 88/09).

Come si vede, si tratta di uno strumento, da una parte del tutto assimilabile al procedimento cautelare abbreviato di cui all'art. 21, 9° co., cit., davanti al giudice monocratico (occorre un atto, che qui non si chiama ricorso, ma non se ne vede la differenza; l'atto deve essere notificato e depositato; su di esso provvede il presidente o altro giudice monocratico: sembra identico al procedimento previsto dalla norma generale). Ma, invero, si tratta di uno strumento molto pericoloso e di dubbia costituzionalità, laddove consente (attraverso il

«comunque»!) che la misura concessa possa durare 60 giorni senza essere portata all'esame collegiale (come viceversa è previsto per il decreto presidenziale di cui al cit. art. 21, comma 9, l. T.a.r.). Una misura che potrebbe dunque prestarsi ad usi distorti ed elusivi; solo ridotti, e in fatto probabilmente annullati, dalla saggezza dei nostri presidenti del T.a.r. (ma il problema, in diritto, resta evidente).

Comunque, per quanto qui interessa, occorre affermare che la misura, se ritenuta necessaria (come ritiene la Corte di giustizia) deve essere introdotta come misura di carattere generale nel processo amministrativo (con una modifica alla legge T.a.r., e nelle more, dalla giurisprudenza, interpretando l'art. 245, Cod. appalti, come norma espressione di un principio e applicabile per analogia). Non può avere alcuna base costituzionale limitare una misura di tutela che la Corte di giustizia ritiene necessaria (evidentemente, valutandone la necessità in punto di effettività della tutela giurisdizionale) ad alcune soltanto delle situazioni soggettive di rilievo comunitario (neppure a tutte esse) ed escluderla per altre che possono avere un maggiore rilievo dal punto di vista della protezione dell'ordinamento (si pensi ai diritti di libertà, al diritto alla salute, al diritto all'ambiente, etc., alcuni di essi peraltro anche di rilievo comunitario).

5. *Questioni in ordine al regime del giudicato*

5.1. Recentemente, è emersa all'attenzione della Corte di giustizia, un'altra questione che attiene alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi garantiti dal diritto comunitario, in sede nazionale; una questione assai delicata e perplessa, della quale non si vedono ancora i possibili sbocchi in termini positivi. Si tratta della questione dei limiti che possono derivare, nell'ambito degli ordinamenti degli Stati membri, all'applicazione in concreto del diritto comunitario, per effetto di sentenze di giudici nazionali, passate in giudicato, che abbiano statuito, appunto, in modo difforme da quanto il diritto comunitario (come interpretato dalla Corte di giustizia) avrebbe imposto (Corte giust., 16.3.2006, C-234/04, *Kapferer*; 31.1.2004, C-453/00 *Khune und Hitz*; 8.7.2007, C-119/05, *Lucchini*; 3.9.2009, C-2/08, *Olimpiclub*).

La delicatezza della questione è data da ciò, che si tratta di discutere dell'operatività di un istituto che costituisce (e non solo da

noi, ovviamente) la principale applicazione (assai più rilevante dell'altro che abbiamo visto circa l'impugnabilità degli atti amministrativi) del principio della certezza del diritto. Una volta definita una controversia in sede giurisdizionale (con atto definitivo, appunto, e non più contestabile in quella sede) ciò che risulta stabilito in ordine alla controversia stessa (chi ha ragione, chi ha torto, chi deve pagare e quanto e chi deve ricevere, il contratto o il provvedimento contestato è illegittimo o viene annullato, etc.) *fa stato*, come dice il nostro codice, tra le parti della controversia, i loro eredi e aventi causa. Ciò costituisce per essi la legge del caso concreto, che produce direttamente i suoi effetti sulla situazione controversa e che, ove ponga degli obblighi di *facere* deve essere senz'altro eseguita dai destinatari. Ovviamente, il fatto che la sentenza passata in giudicato risulti «sbagliata» (secondo determinate opinioni: tutto, o quasi tutto, è opinabile!) è del tutto irrilevante per l'ordinamento: quanto stabilito nella sentenza resta in ogni caso fermo (l'unica deroga al principio, com'è noto, in alcuni casi contemplati dal codice di procedura penale).

Nei confronti della pubblica amministrazione il giudicato in via di principio opera come nei confronti di ogni soggetto dell'ordinamento (si tratta di una delle manifestazioni della capacità di diritto comune delle amministrazioni pubbliche): l'amministrazione è obbligata a pagare le somme alle quali viene condannata; a riconoscere in capo a terzi i diritti accertati dal giudice, può pretendere l'adempimento delle obbligazioni che a suo favore vengono riconosciute; e così via.

Laddove si tratta di controversie che hanno ad oggetto l'esercizio di poteri amministrativi (intorno alla legittimità contestata di un provvedimento, intorno a un comportamento silenzioso o inerte, lesivo di aspettative protette (interessi pretensivi) di soggetti terzi) le cose non cambiano; salvo il necessario adattamento della teoria del giudicato al particolare fenomeno dell'esercizio del potere, fenomeno diverso, come è noto, da quello dell'esercizio del diritto soggettivo.

Il diritto soggettivo è incastonato in un rapporto (oggetto della controversia e perciò dell'accertamento giurisdizionale) e in esso si esaurisce, mentre il potere è una capacità speciale attribuita dalla legge ad un determinato soggetto o organo amministrativo ed è inesauribile, come suol dirsi, cioè chiamato ad esercitarsi ogni qualvolta

ciò sia richiesto dalle esigenze di cura del relativo interesse, con riferimento alle diverse situazioni concrete.

Ciò non di meno, il concreto esercizio del potere, di cui si tratta in una determinata controversia, resta definito da una sentenza del giudice passata in giudicato. L'atto nel quale il potere si è concretizzato, accertato come illegittimo viene annullato e scompare dal mondo giuridico travolgendo gli effetti prodotti. L'atto stesso non può essere ripetuto dall'amministrazione con il medesimo contenuto e con i medesimi destinatari (salvo trattarsi di una situazione nuova e diversa), nell'ambito di procedimenti di secondo grado.

Orbene, può accadere che in virtù di una sentenza passata in giudicato la pubblica amministrazione nazionale debba compiere una operazione (ad esempio, pagare somme di denaro a titolo di sovvenzione) ovvero non possa riesaminare propri precedenti atti, laddove il giudice abbia stabilito, nel primo caso un obbligo di pagamento a carico dell'Amministrazione e a favore di un soggetto terzo, nel secondo caso che un atto è illegittimo in termini sostanziali e perciò non possa essere ripetuto. Il problema si pone laddove si tratti (nel primo caso) di una operazione contrastante con regole poste in sede comunitaria (ad esempio il divieto agli aiuti di Stato confermato da una decisione della Commissione), e nell'altro caso, di atti da riesaminare proprio perché risultanti in contrasto col diritto comunitario (ad esempio, in virtù di sopravvenute sentenze della Corte di giustizia su casi analoghi a quello di cui si tratta). Segnatamente, il problema si è posto nell'ambito di fattispecie nelle quali una sentenza della Corte di giustizia aveva chiarito quale fosse la posizione del diritto comunitario sul punto; da ciò dunque risultando evidente il contrasto dell'interpretazione seguita dal giudice nazionale nella sentenza passata in giudicato.

5.2. La Corte, in precedenti casi, aveva escluso che il diritto comunitario imponesse al giudice nazionale la disapplicazione della normativa sul giudicato al fine di assicurare l'attuazione del diritto comunitario (Corte giust., 1.6.1999, C-126/97, *Ecoswiss*, con riferimento ad un lodo arbitrale avente natura di decisione definitiva e che acquisisce perciò «autorità di cosa giudicata e non può più essere rimesso in discussione»; v. anche Corte giust., C-234/04, *Kapferer*, cit. nella quale la Corte, riaffermata l'importanza «che il princi-

pio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali... al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia», ha escluso che il diritto comunitario imponga «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 sul diritto comunitario da parte di tale decisione»). Mentre nel caso *Larsy* (Corte giust., 28.6.01, C-118/00) era stata affacciata dalla Corte una posizione tale da mettere in dubbio l'autorità della cosa giudicata, considerato che, secondo la Corte «è incompatibile con le esigenze insite nella natura stessa del diritto comunitario, qualsiasi disposizione facente parte dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi ... giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della completa 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, anche solo temporaneamente, alla piena efficacia delle norme comunitarie».

Di recente questa posizione sembra confermata e specificata da altre sentenze. Anzitutto nel noto caso *Lucchini*, cit.

Una sentenza civile passata in giudicato aveva stabilito il diritto dell'impresa al pagamento da parte dello Stato italiano di somme a titolo di contributi concessi in violazione del diritto comunitario, intorno alla disciplina, che trova la sua fonte direttamente nel Trattato (artt. 87 ss.) circa il divieto di aiuti di Stato. Il Governo italiano su richiesta della Commissione revocava la concessione degli aiuti. L'impresa impugnava davanti al giudice amministrativo il provvedimento di revoca. Il Consiglio di Stato sollevava davanti alla Corte la questione pregiudiziale derivante nella specie dalla sentenza passata in giudicato che aveva affermato il diritto dell'impresa al pagamento del contributo, ciò che avrebbe comportato la nullità del provvedimento di revoca. Segnatamente, il giudice amministrativo italiano poneva il problema se fosse «giuridicamente possibile e doveroso il recupero dell'aiuto da parte dell'amministrazione interna nei confronti di un privato destinatario, nonostante la formazione di un giudicato civile affermativo dell'obbligo incondizionato di pagamento dell'aiuto medesimo».

La Corte, valutato che in ordine alla compatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune sussiste una competenza esclusiva della Commissione, la quale nel caso di specie si era pronunciata (con decisione non impugnata), e che i giudici nazionali non erano competenti a pronunciarsi nella materia (cioè circa la compatibilità degli aiuti richiesti dalla Lucchini con il mercato comune), eccedendo perciò dai limiti della loro competenza, ha stabilito che dovesse essere disapplicata nella specie la norma nazionale sul giudicato (l'art. 2909 c.c.) «nei limiti in cui l'applicazione di detta disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto col diritto comunitario, e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva».

Insomma, a fronte di un contrasto tra una sentenza nazionale passata in giudicato (e perciò definitiva secondo il diritto nazionale e vincolante l'amministrazione nazionale) e una decisione della Commissione a sua volta definitiva perché non impugnata (in sede comunitaria), la Corte dispone che prevalga senz'altro la decisione della Commissione e il giudicato formatosi sia in concreto considerato *tamquam non esset*; disapplicando da parte del giudice nazionale, la norma nazionale sul giudicato la quale viceversa imporrebbe al secondo giudice (amministrativo) di considerare vincolante e intangibile quanto stabilito dal primo giudice, il giudice civile, nell'accertare il diritto dell'impresa ad ottenere il pagamento da parte dello Stato della somma corrispondente all'aiuto concesso.

In questo caso, non si tratta della disapplicazione di una qualsiasi norma di settore vigente in ambito nazionale e contrastante con norme comunitarie direttamente applicabili; ma qui si tratta di disporre l'applicazione di un principio fondamentale dell'ordinamento civile, quello dell'intangibilità del giudicato, il quale, secondo la stessa giurisprudenza della Corte, come si è appena visto, costituisce una delle principali manifestazioni del principio della certezza del diritto.

Seguendo il ragionamento della Corte sul caso *Lucchini*, si potrebbe dire, andando al sistema dei nostri principi, che nella dialettica tra giurisdizione e amministrazione, qui prevalga l'amministrazione; e procedendo oltre, si potrebbe dire che ciò debba sempre avvenire laddove si tratta di funzioni amministrative riservate in via esclusiva all'autorità comunitaria (v. le conclusioni dell'Avvocato ge-

nerale: «*la coesistenza degli ordinamenti giuridici comunitario e nazionale comporta che il giudice nazionale dovrà di volta in volta accertare se, in sede di applicazione del suo diritto nazionale, siano soddisfatte nella fattispecie le condizioni imposte dal diritto comunitario, e se l'applicazione del diritto nazionale non implichi una violazione delle facoltà della Commissione per garantire il rispetto della normativa di concessione degli aiuti, che costituisce uno dei pilastri dell'ordinamento giuridico comunitario*»).

Nel caso *Kubne* (da considerare il capostipite della tematica in oggetto: Corte giust., 31.1.2004, C-453/00, *Khune und Hietz*) e più recentemente nel caso *Kempter* (Corte giust. 12.2.2008, C-206), la Corte ha affrontato il problema del riesame da parte di un organo amministrativo di una precedente decisione, divenuta definitiva in forza di sentenza passata in giudicato, risultata in contrasto col diritto comunitario a seguito di sentenza della Corte stessa.

Nel caso *Kempter* in particolare, si è posto il problema se fosse necessario al fine di detto riesame, l'invocazione espressa da parte dell'istante, della violazione del diritto comunitario perpetrata con la precedente decisione, nell'ambito del giudizio conclusosi con la sentenza passata in giudicato che aveva «cristallizzato» (secondo il diritto nazionale) la decisione stessa.

In questi casi, viene affrontato l'altro aspetto, sopra accennato, della problematica del giudicato nei rapporti amministrativi, in ordine all'effetto di vincolo che una sentenza passata in giudicato produce sul successivo esercizio del potere. Un determinato atto amministrativo di diniego (rigetto di un'istanza di rimborso) è stato confermato con sentenza passata in giudicato; successivamente in virtù di una sentenza della Corte di giustizia emerge che il rimborso era dovuto (e perciò aveva errato il giudice nazionale a confermarne il diniego) e l'interessato si rivolge all'amministrazione nazionale perché riesamini il suo precedente atto. Nell'altro caso, un atto amministrativo (con il quale è stato imposto a una impresa il rimborso di somme che le erano state corrisposte) è stato ritenuto legittimo in sede giurisdizionale con sentenza divenuta definitiva. Successivamente, dalla giurisprudenza della Corte emerge una interpretazione del diritto comunitario diversa da quella seguita dal giudice nazionale (tale da rendere illegittimo l'atto impositivo del rimborso divenuto viceversa definitivo a seguito della sentenza passata in giudi-

cato); per cui l'impresa si rivolge all'autorità amministrativa per chiedere il riesame del precedente atto.

La questione posta alla Corte, consiste in ciò, se detto riesame sia possibile, anche laddove (caso *Kempter*), l'impresa non ha sollevato davanti al giudice la cui sentenza è divenuta definitiva la violazione del diritto comunitario perpetrata dall'autorità amministrativa con il provvedimento impugnato. La Corte risponde che l'autorità amministrativa in tali casi, ove disponga in via generale del potere di riesaminare i propri atti, debba pronunciarsi sulla richiesta di riesame ove questa risulti fondata su una interpretazione del diritto comunitario stabilita dalla Corte della quale non si era tenuto conto nella formazione dell'atto amministrativo di cui si richiede il riesame, né nel procedimento giurisdizionale che tale atto amministrativo aveva confermato; ciò anche a prescindere dal fatto che in detto procedimento giurisdizionale la violazione del diritto comunitario fosse stata o meno sollevata.

Nelle cospicue conclusioni dell'Avvocato generale sul caso *Kubne* si esplicita come manifestazione significativa del principio del primato del diritto comunitario l'affermazione che l'amministrazione nazionale non possa rifiutarsi di prendere in considerazione «una domanda di un singolo fondata sul diritto comunitario per il fatto che tale domanda sarebbe volta a rimettere in discussione una decisione amministrativa precedente che non sarebbe stata censurata da una decisione giurisdizionale, a prescindere dal fatto che essa sia dotata dell'autorità di cosa «giudicata». Secondo l'Avvocato generale, questa impostazione non metterebbe in discussione il principio dell'autonomia processuale degli Stati membri, pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte. Infatti, questo principio assicurerebbe al diritto nazionale la disciplina del processo nei suoi aspetti procedurali, anche quando si tratta della tutela di situazioni protette dal diritto comunitario, ma lo stesso principio dell'autonomia processuale non sarebbe «idoneo a entrare in gioco nel contesto... riguardante l'esistenza stessa del diritto». Ciò infatti equivarrebbe, secondo l'Avvocato generale, «a subordinare l'esistenza dei diritti derivanti dal diritto comunitario allo stato delle disposizioni interne dei diversi Stati membri», ciò che sarebbe «difficilmente compatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto comunitario, riguardanti in particolare i principi di prevalenza e di applicazione uniforme».

Ma invero, è proprio sul piano sostanziale, cioè in ordine alla definizione dei rapporti sostanziali oggetto della controversia, che rivela la dottrina del giudicato.

5.3. Dai casi menzionati, emergono invero problematiche distinte riguardo alla questione del vincolo di giudicato sull'azione amministrativa; laddove si tratti di assicurare l'attuazione del diritto comunitario che possa risultare in contrasto con statuizioni di sentenze passate in giudicato.

Infatti, nel caso *Lucchini* si tratta di stabilire la forza del vincolo posto da un giudicato civile (che ha accertato il diritto al pagamento di somme di denaro da parte dell'impresa verso lo Stato) al successivo provvedimento dell'autorità amministrativa che in sede di autotutela abbia revocato il precedente provvedimento di concessione del contributo, in tal modo intendendo impedire il pagamento della somma di denaro viceversa dovuta in virtù del giudicato stesso; perché ritenuto dall'autorità amministrativa, in conformità di una decisione della Commissione, quel pagamento contrastante col diritto comunitario. Dunque: giudicato civile che accerta un diritto di credito nei confronti della pubblica amministrazione.

Negli altri casi, si tratta del vincolo posto dai giudicati amministrativi di rigetto (dai quali risulta accertata la legittimità di precedenti atti amministrativi di rifiuto di rimborsi o impositivi di obblighi di rimborso di somme di denaro) sulla successiva azione amministrativa. Si pone insomma il problema degli effetti del giudicato amministrativo di rigetto, se esso copra ogni questione che possa successivamente insorgere a proposito dell'atto amministrativo confermato in sede giurisdizionale (*il dedotto e il deducibile*) ovvero se esso copra soltanto le questioni dedotte in sede giurisdizionale (e oggetto del giudizio); e perciò la questione della illegittimità dell'atto stesso possa successivamente essere ripresa in esame dall'amministrazione in sede di autotutela su richiesta dell'interessato sulla base di fatti o argomenti nuovi (come sicuramente è, nei casi di specie, l'emergere di una corretta interpretazione del diritto comunitario a seguito di sentenze della Corte di giustizia, diversa da quella precedentemente seguita).

La Corte stabilisce alcune condizioni, ovviamente, perché questo riesame possa avvenire: che, secondo il diritto nazionale, il potere

di riesame sia previsto in capo all'autorità amministrativa, che la decisione giurisdizionale divenuta definitiva risulti palesemente fondata su una errata interpretazione del diritto comunitario alla luce di una successiva giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale nel caso di specie non era stata adita in via pregiudiziale, a prescindere dal fatto che la questione della violazione comunitaria fosse stata sollevata nel giudizio (*Kubne, Kempter*).

Ma resta il dato (innovativo rispetto alla nostra esperienza) che laddove il *fatto nuovo* sia costituito, appunto, dall'emergere di una diversa interpretazione del diritto comunitario tale da far apparire siccome errata l'interpretazione seguita dalla sentenza passata in giudicato, l'amministrazione sia tenuta a riesaminare il suo precedente atto. Per questa parte il giudicato amministrativo di rigetto non copre il deducibile, se così possiamo dire: la questione su questo punto può, e deve, essere riesaminata. Lo stesso sembra possa essere affermato a fronte di giudicati di annullamento, anche se non vi sono casi nella giurisprudenza comunitaria; giudicati che tuttavia anche nella nostra esperienza hanno un diverso e più tenue effetto di vincolo, in conseguenza del carattere inesauribile del potere amministrativo, sempre chiamato a ritornare sulle proprie posizioni laddove si presentino fatti e interessi nuovi che necessitino di interventi della pubblica amministrazione. La preclusione circa il riesame di atti impugnati e confermati nella loro legittimità in sede giurisdizionale è data, nel nostro sistema positivo, dalla disciplina particolarmente rigida dell'onere di impugnazione degli atti amministrativi nel termine di decadenza, scaduto il quale ogni ulteriore motivo di illegittimità non può essere sollevato (ne è preclusa la successiva deduzione).

Si tratta di una tematica in qualche modo connessa a quella precedentemente esaminata circa il carattere meno rigido che la disciplina dell'onere di impugnazione viene ad assumere laddove si tratta della deduzione di invalidità comunitaria.

In questi casi, comunque, nuovi principi che emergono dalla giurisprudenza comunitaria impattano su un assetto della dottrina del giudicato (come quello che incide sull'esercizio successivo del potere amministrativo) già di per sé elastico, anche nella nostra esperienza, restando sempre come si accennava, in capo all'Amministrazione, il compito di far fronte ad esigenze di cura degli interessi pubblici quali via via si presentano.

5.4. Mentre nel caso *Lucchini* (ove l'impostazione seguita dalla Corte si consolidi nella giurisprudenza) abbiamo un vero e proprio stravolgimento di principi consolidati: ch  si tratta di un giudicato civile che accerta un diritto al pagamento di una somma di denaro, derivante s  dall'esercizio di un potere amministrativo (la concessione del contributo) ma successivamente consolidatosi in rapporto civilistico (di diritto ed obbligo) e perci  non pi  disponibile nell'ambito dell'esercizio del potere. La giurisprudenza della Corte impone viceversa, in un caso del genere, a fronte di una accertata violazione del diritto comunitario (da parte del giudice civile) in materia riservata alla competenza esclusiva della Commissione, la riapertura del caso e un nuovo esercizio del potere in violazione del giudicato formatosi. L'atto amministrativo, che in un caso del genere sarebbe nullo secondo il diritto nazionale per violazione del giudicato (art. 21-*septies*, l. proc. amm.) diventa legittimo (anzi, dovuto) secondo il diritto comunitario: qui ci troviamo di fronte all'emersione massima, ritengo, del conflitto tra i due ordinamenti in un sistema ancora fondato sulla separazione-integrazione.

Nella recentissima decisione del 3.9.2009 n. C-2/08 *Olimpiclub*, la Corte ridimensiona la portata della precedente sentenza *Lucchini* nel senso che il diritto comunitario non impone di per s , ad un giudice nazionale «di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorit  di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ci  permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione» (sul punto v. sentenza Corte giust. 16.3.2006, C-234/04, *Kapferer*). E sottolinea che il caso *Lucchini* riguarda «una situazione del tutto particolare in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e la comunit  in materia di aiuti di stato» (materia in cui come   noto la Commissione dispone di una competenza esclusiva). Ma d'altra parte, dispone che non sussiste per il giudice nazionale il vincolo al rispetto dell'autorit  della cosa giudicata, pur in circostanze diverse da quelle emerse nel caso *Lucchini*, ogni qual volta tale giudice si trovi a giudicare su una controversia tra le medesime parti ed avente ad oggetto i medesimi comportamenti violativi della normativa comunitaria, sui quali gi  esiste il giudicato (c.d. giudicato esterno: da ult. Cass. S.U. 16.6.2006 n. 13916 in *Fo.it.* 2007, I, 493 con nota di *Caponi* che osserva come «l'accertamento

giudiziale su un elemento fondamentale di un rapporto proietta il proprio vincolo, a situazione normativa e fattuale immutata, anche in successivi giudizi relativi a diversi rapporti, ma legati da un nesso di identità contenutistica e funzionale con quello accertato e destinati a sorgere tra le stesse parti sulla base di fatti costitutivi che si ripetono nel corso del tempo»). Nella specie, si tratta dell'applicazione delle norme in materia di IVA e delle pratiche abusive legate all'applicazione di tale imposta. In una controversia con l'autorità fiscale si era formato un giudicato relativamente agli obblighi fiscali di un'impresa relativi a precedenti esercizi, accertati come correttamente adempiti, ciò che in virtù del principio del giudicato esterno avrebbe dovuto condizionare l'accertamento siccome conforme delle medesime pratiche poste in essere dalla medesima impresa negli esercizi successivi, pratiche risultate come abusive sulla base della normativa comunitaria in materia di IVA.

Secondo la Corte di giustizia, il principio del giudicato esterno non può valere laddove la sua applicazione possa comportare che pratiche risultate difformi dalla corretta applicazione del diritto comunitario in fattispecie e casi successivi a quelli già oggetto di accertamento giurisdizionale passato in giudicato possano verificarsi essendo coperti da giudicato precedentemente formatosi tra le stesse parti.

Anche al di là della materia fiscale, laddove si tratti della violazione di norme comunitarie, sembra di poter affermare, se questa tendenza giurisprudenziale si consolida, che non possa valere il principio del giudicato esterno. Resta fermo il giudicato nella fattispecie direttamente oggetto dell'accertamento giurisdizionale, ma resta precluso il vincolo da esso posto in virtù sulle vicende successive (ciò che comporterebbe il ripetersi di pratiche contrastanti con il diritto comunitario).

6. *Intorno all'illecito dello Stato per violazione di obblighi comunitari*

6.1. Una problematica connessa a quella appena esaminata si è posta in ordine all'illecito dello Stato per violazione di obblighi imposti dall'ordinamento comunitario, laddove questa violazione avvenga per effetto di decisioni dell'autorità giurisdizionale emanate da giudici di ultima istanza (e perciò idonee a passare in giudicato) in

violazione del diritto comunitario; qui non si tratta di porre in discussione gli effetti della sentenza, quelli coperti dal giudicato, ma di stabilire se una errata interpretazione del diritto comunitario concretizzata attraverso tale sentenza, in ragione della quale si è prodotto un danno in capo a determinati soggetti, possa dare luogo a un obbligo risarcitorio in favore di questi, da parte dello Stato; con riferimento alla nota giurisprudenza che ha stabilito, in generale, un obbligo risarcitorio da parte degli Stati membri in favore di soggetti danneggiati in virtù di violazioni del diritto comunitario (da qualsiasi organo dello Stato perpetrate) (Corte giust. 19.11.1991, C-6/90 e 9/90, *Francovich*; 5.3.1996, C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA e Factortame*).

Da questa giurisprudenza emerge la nozione di *violazione manifesta* del diritto comunitario (nozione del tutto simile a quella emersa nella casistica sopra commentata) come quella che in quanto imputabile a sentenze pronunciate da giudici di ultima istanza, darebbe luogo a responsabilità dello Stato nei confronti dei soggetti danneggiati (Corte giust., 30.9.2003, C-24/01 *Kobler*; 13.6.2006, C-173/03 *Traghetti del mediterraneo*).

In tali casi non valgono le limitazioni di responsabilità dei magistrati, quali poste ad esempio dalla legge italiana (13.4.1988 n. 117), secondo la Corte di giustizia. In tali casi a rispondere è lo Stato per il fatto obiettivo della violazione comunitaria a prescindere da una valutazione dell'elemento soggettivo della fattispecie (altra questione è quella della ripetibilità da parte dello Stato nei confronti del giudice delle somme versate, per la quale conserva la sua validità, a quanto sembra, la limitazione posta dalla legge italiana).

In dottrina, viene segnalato che in tali casi non sarebbe il giudicato ad essere messo in discussione, ché l'illecito dello Stato per violazione del diritto comunitario presupporrebbe proprio l'operatività (diciamo così) del giudicato (secondo il diritto interno) nel quale appunto la violazione (secondo il diritto comunitario) si sarebbe realizzata: «intanto viene qualificata come illecita sul piano comunitario la condotta dello Stato in quanto l'atto è riconosciuto come valido dal punto di vista del diritto interno», osserva limpidamente *Scoditti*.

E la stessa Corte, nella sentenza *Kobler*, osserva 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» trattandosi di un procedimento (quello inteso a far dichiarare la responsabilità dello Stato) che «non ha lo stesso oggetto e non implica necessariamente le stesse parti del procedimento che ha dato luogo alla decisione che ha acquisito l'autorità della cosa definitivamente giudicata». Colui che agisce con una azione di responsabilità contro lo Stato, intende ottenere la condanna dello Stato stesso a risarcire il danno ma non necessariamente, osserva la Corte, «che sia rimessa in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata della decisione giurisdizionale che ha causato il danno». Il principio della responsabilità dello Stato che deriva dai vincoli che a ogni Stato membro sono posti nell'ambito del sistema comunitario, richiede, secondo la Corte, «un tale risarcimento, ma non la revisione della decisione giurisdizionale che ha causato il danno».

Invero, al di là di una impostazione formalistica che guarda alla due vicende contenziose come separate (la controversia originaria nella quale il soggetto è rimasto soccombente e la successiva controversia a carattere risarcitorio che egli instaura nei confronti dello Stato supponendo che nella prima controversia sia stato vittima di una violazione del diritto comunitario), da questa giurisprudenza della Corte emerge un principio del tutto corrispondente a quello che emerge dalla giurisprudenza appena esaminata che investe direttamente il principio del giudicato. Il principio, ancora una volta è quello di consentire la riapertura di una controversia, conclusa in sede nazionale con sentenza definitiva e inattaccabile secondo il diritto nazionale (*la quale appunto fa stato*), laddove sia riscontrabile nel contenuto dispositivo della decisione (Tizio non ha diritto a determinate indennità per non avere raggiunto la richiesta anzianità di servizio; l'impresa ha diritto al pagamento di determinate somme a titolo di contributi pubblici, e così via) una violazione del diritto comunitario, ovviamente a carattere evidente e palese, come ad esempio risultante da una chiara giurisprudenza in contrario della Corte di giustizia. Il soggetto che si ritiene sacrificato da detta violazione, può agire per ottenere in sede risarcitoria il bene (per equivalente) che gli è stato negato con la sentenza passata in giudicato.

Dalla sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, dopo che la giurisdizione nazionale conclusasi la controversia con sentenza di Cassa-

zione, aveva negato all'impresa il diritto al risarcimento per il pregiudizio che essa avrebbe subito negli anni a causa della politica di prezzi bassi praticata da altre imprese (in violazione del diritto comunitario), consegue il diritto della stessa impresa ad ottenere (attraverso un nuovo giudizio) dallo Stato il risarcimento per il sacrificio ad essa prodotto dalla violazione del diritto comunitario che si sarebbe realizzata con la sentenza passata in giudicato; per non avere questa riconosciuto alla società un diritto (a sua volta a carattere risarcitorio) che viceversa, secondo la Corte doveva essere riconosciuto. Mentre, nella commentata sentenza *Lucchini* viene stabilito che lo Stato debba revocare la concessione di un aiuto (erogato in palese violazione del diritto comunitario) in ordine al quale la giurisdizione nazionale (con sentenza passata in giudicato) aveva riconosciuto il diritto dell'impresa.

6.2. Le due casistiche delle quali questi ultimi sono i casi più emblematici, sono rapportabili a due diversi filoni giurisprudenziali: la prima alla giurisprudenza sulla responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, della quale la sentenza *Traghetti del Mediterraneo* costituisce insieme con la sentenza *Kobler* una più estesa manifestazione, una compiuta «presa sul serio» (della giurisprudenza *Francovich*, come è stato detto); la seconda, attinente propriamente alla disapplicazione da parte dei giudici nazionali, in determinate circostanze, della normativa sul vincolo di giudicato, giurisprudenza inaugurata con la sentenza *Kuhne*. Ma in entrambi i casi, si verificano sul piano del diritto (e del processo) nazionale, le medesime conseguenze, che si esprimono nell'applicazione del principio sopra indicato: quanto accertato con sentenza passata in giudicato in ordine alla sussistenza (o alla non sussistenza) di un diritto o di un obbligo in capo a determinati soggetti, diventa irrilevante, a certe condizioni, ove codesto accertamento risulti in palese contrasto col diritto comunitario.

Il nuovo filone giurisprudenziale che apre la fattispecie della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario ai casi di violazione del diritto comunitario da parte di decisioni giurisdizionali (e segnatamente di sentenze passate in giudicato) presenta, a mio giudizio, aspetti innovativi rispetto al precedente filone inaugurato con la giurisprudenza *Francovich*. La «presa sul serio» di questa giurisprudenza, sembra invero essere andata un po' troppo oltre.

La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del legislatore (fattispecie dalla Corte identificata, com'è noto, laddove il diritto comunitario attribuisca ai singoli determinate situazioni di vantaggio, si verifichi da parte del legislatore nazionale una violazione grave e manifesta del diritto comunitario, sussista un nesso di causalità tra l'omissione o la commissione del legislatore e il danno prodottosi nella sfera del singolo) può essere inquadrata con i dovuti adattamenti nella medesima fattispecie di illecito configurabile in capo alle pubbliche amministrazioni nella nostra tradizionale esperienza: al momento in cui si afferma e si consolida il principio, fondamentale nella configurazione stessa dello Stato di diritto, che i poteri pubblici (a qualsiasi livello essi operino) nel loro concreto agire sono soggetti alla legge, e la violazione della legge mediante atti od omissioni, in quanto produca danni in capo a soggetti terzi (cui la stessa legge avesse attribuito situazioni protette di vantaggio), dà luogo ad una obbligazione risarcitoria circa il danno prodotto secondo le regole del diritto comune. Da noi il principio, limitatamente alla tutela dei diritti soggettivi, risulta chiaramente affermato sin dalla legge del 20.3.1865, all. E).

Allo stesso modo, il principio può operare nella nuova versione che il modello dello Stato di diritto ha assunto nell'esperienza più recente per effetto dell'introduzione di Costituzioni rigide (che legano l'azione del legislatore negli strumenti da adottare e negli obiettivi da perseguire); e ancor più incisivamente, nell'ambito dell'Unione Europea, per effetto del trasferimento ad organi non statuali di poteri legislativi che legano la legislazione statale quanto a strumenti e obiettivi in molteplici materie, costituendo direttamente in capo ai singoli (cittadini dell'Unione) situazioni protette.

Diverso è il caso della giurisdizione: laddove lo Stato opera attraverso gli organi della giurisdizione che stabiliscono nel concreto delle controversie sottoposte al loro esame, il diritto applicabile, mediante un'operazione interpretativa non sindacabile se non attraverso i meccanismi impugnatori previsti dallo stesso ordinamento processuale. Non perché i giudici non possono sbagliare nell'interpretazione del diritto, né perché essi siano liberi in tali operazioni (ché essi sono più di ogni altro pubblico potere si direbbe, soggetti alla legge). Gli errori e le contraddizioni che si riscontrano nell'attività giurisdizionale sono diffusi e le critiche ricorrenti. Ma la diversità tra

i due casi, tra le due fattispecie (quella dello Stato legislatore e quella dello Stato giudice, nella violazione del diritto comunitario) sta in ciò, che esiste un principio, altrettanto fondativo del sistema dello Stato di diritto, quello che rende imm modificabili le decisioni rese nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, non rivedibili neppure dagli stessi giudici che le hanno emesse o su richiesta delle parti interessate (se non nei casi, specificamente previsti, di revisione e di revocazione), a differenza di ogni altra decisione assunta a qualsiasi livello dai pubblici poteri (legislativa, di programmazione, di pianificazione, di amministrazione puntuale, etc.); e dalla decisione, quale che sia, una volta resa definitiva, si ricava la regola (insuperabile) del caso concreto, che fa stato appunto, tra le parti.

Questa è la distinzione fondamentale tra i casi impostati (da ritenere correttamente) dalla giurisprudenza comunitaria a partire da *Francovich* e la nuova giurisprudenza che investe il principio del giudicato, sia laddove dichiara senz'altro disapplicabile la normativa nazionale sull'intangibilità del giudicato, sia laddove in modo si direbbe surrettizio, pur confermando il valore formale del giudicato nei suoi effetti sostanziali, in realtà li stravolge, consentendo di ottenere con ulteriore e diversa azione giurisdizionale il risultato medesimo, almeno per equivalente, rispetto a quello che la giurisdizione originariamente adita, con sentenza passata in giudicato, aveva negato.

7. *Su alcuni problemi di costituzionalità*

Dai diversi filoni giurisprudenziali che abbiamo esaminato, emerge un sistema di tutela delle situazioni soggettive protette dal diritto comunitario (in ambito giuridico nazionale, da parte della giurisdizione nazionale) che si avvia a differenziarsi su alcuni aspetti non marginali, dal sistema di tutela delle situazioni soggettive protette dal diritto nazionale.

L'atto amministrativo che risulta palesemente viziato sotto il profilo comunitario, può essere in determinate circostanze disapplicato dal giudice amministrativo pur se non impugnato nei termini dal soggetto interessato e divenuto tecnicamente inoppugnabile (al di là dell'ipotesi, da noi conosciuta, dell'errore scusabile): ciò, in analogia a quanto previsto (non dalla normativa ma da una giurisprudenza ormai consolidata) per gli atti normativi che si rivelano un

contrasto con norme comunitarie, ma in palese deroga al regime dell'impugnazione degli atti amministrativi lesivi di situazioni soggettive protette secondo il diritto nazionale.

La tutela cautelare (momento fondamentale in ogni processo e segnatamente nel processo amministrativo) nelle materie comunitarizzate (cioè, ancora, laddove sono in gioco situazioni soggettive protette da norme comunitarie) diviene più incisiva, laddove può essere accordata, in particolari circostanze, *ante causam* (come si usa dire) cioè anteriormente alla (e si direbbe stando alla norma qui criticata di cui all'art. 245 cod. appalti, a prescindere dalla) rituale proposizione di un ricordo di merito.

Il giudicato sia civile che amministrativo, non lega la successiva azione dell'amministrazione pubblica, laddove questa è resa necessaria dall'esecuzione di obblighi imposti dalla autorità comunitarie (in settori di loro competenza, ovviamente) ovvero in attuazione di norme comunitarie come fissate nel loro significato dalla Corte di giustizia, a fronte delle quali la sentenza passata in giudicato appaia in palese violazione. Né è preclusa in tali casi l'azione di responsabilità verso lo Stato (per violazione del diritto comunitario secondo la giurisprudenza *Francovich*) laddove il danno risulti prodotto per effetto di codesta sentenza. Ciò in palese deroga rispetto alla rigida (e sino ad oggi considerata insuperabile, disciplina degli effetti del giudicato), e per questa seconda casistica in palese deroga rispetto alla legge italiana sulla responsabilità civile dei magistrati, la quale preclude detta responsabilità per errori commessi nell'interpretazione di norme giuridiche. E perciò preclude al soggetto che si assume danneggiato da una sentenza adottata in palese violazione del diritto nazionale ogni forma di responsabilità da parte del magistrato e ovviamente dello Stato. A differenza di quanto in virtù della menzionata giurisprudenza è consentito al soggetto che si presume danneggiato da sentenza adottata in palese violazione del diritto comunitario.

Di questo quadro, allo stato, non resta all'interprete che prendere atto, notando tuttavia che si tratta di filoni giurisprudenziali ancora in formazione, che presentano aspetti di incertezza e cautele varie di applicazione (come s'è visto). Si tratta di tendenze, che non è certo si consolidino.

D'altra parte, l'interprete che ha salutato con soddisfazione gli importanti passi avanti che il nostro sistema di tutela giurisdizionale,

sul versante delle controversie con le pubbliche Amministrazioni, ha compiuto negli ultimi dieci anni (d.l.vo n. 80/98, Cass. n. 500/99, l. n. 205/00) in una prospettiva di piena attuazione dei principi costituzionali (art. 24, art. 111) non può che salutare con altrettanta soddisfazione gli ulteriori passi avanti che la giurisprudenza della Corte di giustizia cerca di imporre alle giurisdizioni nazionali in una prospettiva di piena effettività del sistema di tutela.

Tuttavia, come accennato all'inizio, si pongono intorno al sistema di tutela che si va delineando, problemi (non marginali) in punto di costituzionalità; e al di là di questi, problemi, direi, di tenuta complessiva del sistema stesso (nazionale, nell'ambito della giurisdizione nazionale), nella sua unità.

Mi limito, sul punto (che merita ben altri approfondimenti), facendo seguito a quanto già rilevato, alle seguenti osservazioni, da ritenere del tutto provvisorie e da sottoporre a verifica alla luce degli sviluppi dell'ordinamento.

Quanto al trattamento processuale degli atti amministrativi invalidi (per invalidità comunitaria), laddove questa invalidità risulti palese, si può ritenere che nulla osti ad un orientamento giurisprudenziale che ne consenta, da parte del giudice amministrativo, la disapplicazione: istituto del tutto conosciuto nel nostro ordinamento, anche nell'ambito del processo amministrativo, solo ritenuto allo stato non utilizzabile in tale processo a proposito degli atti amministrativi a contenuto non normativo. In analogia al trattamento degli atti normativi «invalidi» (cioè contrastanti con norme comunitarie direttamente applicabili) i quali devono essere disapplicati dal giudice laddove il contrasto risulti palese (dovendo viceversa rimettere la questione alla Corte in caso di dubbia interpretativa); mentre la norma invalida perché in violazione di norme costituzionali interne deve essere ciò non di meno applicata salvo rinvio alla Corte costituzionale (anche in caso di palese violazione). Su questo punto, si delineerebbe perciò un diverso regime di invalidità degli atti amministrativi a seconda della violazione amministrativa di cui risultino affetti: se di norma comunitaria (violazione palese) possono essere disapplicati (dal giudice amministrativo come peraltro tradizionalmente previsto in sede giurisdizionale ordinaria per ogni violazione normativa) laddove dalla loro applicazione deriva la risoluzione della controversia (come nei casi che si sono esaminati).

In sostanza, si avrebbe qui un'ulteriore estensione applicativa del principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno (ovviamente nelle materie di competenza dell'autorità comunitaria) del tutto ragionevole; ch  non avrebbe senso risolvere una questione controversa conformemente senz'altro al diritto comunitario disapplicando la norma interna che tale soluzione impedisca, e agire all'inverso quando la disposizione interna producente nell'ambito della controversia il medesimo effetto sia contenuta in un atto formalmente amministrativo.

Quanto alla tutela cautelare *ante causam*, essa   da ritenere ormai penetrata nel nostro sistema positivo di tutela giurisdizionale nei confronti di atti amministrativi invalidi in conseguenza della giurisprudenza della Corte. Credo, sul punto, sia senz'altro da escludere che tale forma di tutela possa essere riservata soltanto a determinate controversie; quelle nelle quali si tratta della tutela di situazioni protette dal diritto comunitario, e a maggior ragione, tra esse quelle sole che afferiscono alla materia degli appalti (come avverrebbe se la disciplina prevista dal codice degli appalti non venisse estesa per applicazione analogica a tutto il contenzioso amministrativo). A parte alcune perplessit , cui s'accennava, ormai questa forma di tutela   da ritenere acquisita, anche sul versante amministrativo, al nostro sistema processuale. Nei limiti in cui essa, su questo versante, venga considerata come uno strumento ulteriormente utile a fini della piena effettivit  della tutela giurisdizionale, l'introduzione di questa misura costituisce un fatto da valutare positivamente nell'ambito del sistema di tutela nazionale, prodotto dall'influenza su di esso della giurisprudenza comunitaria.

Quanto al filone giurisprudenziale sul giudicato, nelle manifestazioni casistiche che si sono esaminate, esso suscita invero forti perplessit . L'istituto del giudicato   manifestazione primaria del principio della certezza del diritto, che impone di chiudere a un certo momento formalizzato dalla legge processuale, ogni controversia, in modo definitivo e insuperabile (restando irrilevante il fatto che quanto deciso possa essere in se stesso condivisibile o giusto). E non   ipotizzabile un superamento dell'istituto come tale; a cui peraltro certamente non guarda la giurisprudenza della Corte. N  (si direbbe ovviamente)   ipotizzabile un superamento (una «non applicazione» dell'istituto, come pure espressamente affermato nella sentenza *Luc-*

chini) per le sole controversie vertenti in materie comunitarizzate: in tal caso, la violazione dell'art. 24 sarebbe palese, visto che la norma non consente tutele differenziate, rispettivamente dei diritti e degli interessi legittimi, a chiunque spettanti, da parte della giurisdizione nazionale nelle sue diverse articolazioni (chiamate a tutelare anche le situazioni protette dal diritto comunitario). Ed è superfluo ricordare che la violazione di questa norma considerata tra le fondamentali di tutto l'ordinamento costituzionale e il cui rispetto resta affidato, secondo la dottrina dei «controlimiti» alla giurisdizione della Corte costituzionale (Corte cost., n. 232/89), sarebbe intollerabile in punto di compatibilità tra ordinamento interno e ordinamento europeo.

Nota bibliografica

- PIRAS A., *Invalidità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1972.
- BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966; e ripubbl. in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1981.
- CHITI M.P., *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984.
- CARTABIA M., *Nuovi sviluppi nelle «competenze comunitarie» della corte costituzionale. Nota a Corte cost., 21 aprile 1989, n. 232*, in *Giur. cost.*, 1989, I, 1012.
- SCOCA F.G., *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1989.
- BARONE A. e PARDOLESI R., *Il fatto illecito del legislatore. Nota a Corte giust. Comunità europee, 19 novembre 1991, n. 6/90, 9/90, Francovich c. Gov. Italia*, in *Foro it.*, 1992, IV, 146.
- PONZANELLI G., *L'Europa e la responsabilità civile. Nota a Corte giust. Comunità europee, 19 novembre 1991, n. 6/90, 9/90, Francovich c. Gov. Italia*, in *Foro it.*, 1992, IV, 150.
- CATALANO G., *Responsabilità dello stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo. Nota a Corte giust. Comunità europee, 26 marzo 1996, n. 392/93, British Telecommunication plc. e Corte giust. Comunità europee, 5 marzo 1996, n. 46/93 e 48/93, Soc. Factortame ltd.*, in *Foro it.*, 1996, IV, 321.
- MORBIDELLI G., *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001.
- LEONE C., *Disapplicabilità dell'atto amministrativo in contrasto con la disciplina comunitaria? Finalmente una parola chiara da parte della Corte di giustizia, nota a Corte giust. 27.2.2003, C-327/00*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 898.

- CHITI M.P., *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: uno sviluppo davvero ineluttabile?* Nota a T.a.r. Lombardia, sez. Brescia, ord. 26 aprile 2003, n. 76, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 897.
- CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione amministrativa e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2004, 3050.
- DE PRETIS D., «*Illegittimità comunitaria*» dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame. Nota a Corte giust. Comunità europee, 13 gennaio 2004, n. 453/00, Kühne & Heitz, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 723.
- SCODITTI E., *Francovich presa sul serio: la responsabilità dello stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*. Nota a Corte giust. Comunità europee, 30 settembre 2003, n. 224/01, Köbler c. Gov. Austria, in *Foro it.*, 2004, IV, 4.
- GIOVANNETTI T., *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa* (Nota a Corte giust. Comunità europee, 13 giugno 2006, n. 173/03, Soc. traghetti del Mediterraneo c. Gov. Italia), in *Foro it.*, 2006, IV, 423.
- GRECO G., *Metamorfosi e declino della giurisdizione esclusiva: dalla tutela dei diritti per materia a quella per connessione?*, in *Dir. proc. amm.*, 2006.
- PAJNO A., *Per una lettura «unificante» delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *www.astrid-online/rassegna*, n. 26/2006.
- PALMIERI A., *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*. Nota a Corte giust. Comunità europee, 13 giugno 2006, n. 173/03, Soc. traghetti del Mediterraneo c. Gov. Italia, in *Foro it.*, 2006, IV, 420.
- RESCIGNO G. U., *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana*, in *Dir. pubbl.*, 2006.
- SCODITTI E., *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello stato e non del giudice*. Nota a Corte giust. Comunità europee, 13 giugno 2006, n. 173/03, Soc. traghetti del Mediterraneo c. Gov. Italia, in *Foro it.*, 2006, IV, 418.
- FALCON G., *La tutela giurisdizionale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti e G. Greco, Parte generale, tomo II, 697, Milano, 2007.
- CARANTA R., *La tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti e G. Greco, Parte generale, tomo II, 1031, Milano, 2007.
- PAJNO A., *I principi in Diritto processuale amministrativo*, a cura di A. Sandulli, Milano, 2007.
- CERULLI IRELLI V., *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in *www.astrid-online.it/rassegna*, 2009.
- SANDULLI M.A., *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, in *www.federalismi.it*, 2009.