

# IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Anno XII Fasc. 4 - 2007

Gianluca Contaldi

---

## ATTI AMMINISTRATIVI CONTRASTANTI CON IL DIRITTO COMUNITARIO

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

## Atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario

di GIANLUCA CONTALDI

---

SOMMARIO: I. Premessa: la disapplicazione degli atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee. Analisi dei caratteri della giurisdizione amministrativa e delle difficoltà discendenti dall'adozione di un regime generale di annullamento. — II. Le soluzioni individuate dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti ed il prevalente inquadramento della disapplicazione nell'ambito della categoria dell'annullabilità degli atti amministrativi. — III. La ricostruzione teorica della fattispecie alla luce della decisione della Corte di giustizia nel caso *Santex*. Costatazione della distinzione tra meccanismi di ricorso giurisdizionale e obblighi incumbenti, in forza del diritto comunitario, sulla pubblica amministrazione. — IV. (*Segue*): le conseguenze dell'impostazione teorica adottata sull'obbligo dell'amministrazione di riesaminare la situazione giuridica determinatasi a seguito dell'adozione di un atto contrastante con disposizioni comunitarie direttamente applicabili. — V. L'introduzione nell'ordinamento interno della categoria della nullità degli atti amministrativi: rilevazione della limitata incidenza di tale ipotesi normativa sul tema oggetto di indagine.

---

I. La questione dell'efficacia nell'ordinamento interno degli atti amministrativi contrastanti con disposizioni comunitarie direttamente applicabili appare ancora controversa. Nella ricostruzione teorica della Corte di giustizia, la forma che rivestono gli atti emanati dal legislatore ovvero dalle autorità comunque appartenenti all'apparato statale risulta del tutto indifferente: i caratteri tipici del diritto comunitario ed in particolare la prevalenza e l'effetto diretto delle proprie fonti non possono subire pregiudizio indipendentemente dalla natura degli atti nazionali aventi carattere precettivo. Conseguentemente, la circostanza che la regolamentazione giuridica di una determinata fattispecie sia contenuta in una fonte legislativa a carattere generale ed astratto ovvero in un regolamento amministrativo o, infine, in un atto individuale con il quale viene disciplinata una determinata situazione giuridica soltanto nei confronti di destinatari specificamente individuati non incide in alcun modo sull'efficacia delle norme comunitarie nell'ordinamento interno. Secondo la Corte, infatti, il principio della disapplicazione della norma interna contrastante con il diritto comunitario coinvolge non solo le

« norme generali ed astratte, ma anche (i) provvedimenti amministrativi individuali e concreti »<sup>1</sup>.

Discende da tale affermazione il corollario per cui non si può negare tutela al singolo che pretende di esercitare un determinato diritto discendente da norme comunitarie immediatamente applicabili<sup>2</sup> a causa della particolare natura delle disposizioni di diritto interno che ne ostacolano il godimento.

Sarebbe logico desumere da queste premesse la conseguenza per cui il carattere amministrativo di un determinato atto non pregiudica l'abituale efficacia delle norme comunitarie e non costituisce, conseguentemente, un ostacolo rispetto all'obbligo incombente sugli organi giurisdizionali di disapplicare le disposizioni nazionali contrastanti con previsioni comunitarie produttive di effetti diretti. Sulla linearità di detta conclusione sussistono tuttavia diversi motivi di dubbio; e ciò in ragione del fatto che il nostro sistema di diritto processuale amministrativo non conosce, se non in ipotesi estremamente circoscritte<sup>3</sup>, il fenomeno della disapplicazione degli atti

<sup>1</sup> Corte giust. 29 aprile 1999, *Erich Ciola c. Land Vorarlberg*, causa C-224/97, in *Racc.*, p. I-2517, spec. punti 31-33.

<sup>2</sup> Come è noto, in diritto comunitario, si distinguono normalmente due tipologie di disposizioni immediatamente applicabili. Il Trattato contempla, infatti, la possibilità per le fonti comunitarie di produrre effetti diretti solo nel caso dei regolamenti (art. 249, secondo comma, Trattato CE). Al riguardo appare certamente preferibile parlare di *applicabilità diretta* (G. GAJA, *Fonti comunitarie*, in *Dig., disc. pubbl.*, vol. VI, Torino, 1991, p. 432 ss., 439 ss.). Con tale locuzione si intende abitualmente la capacità delle norme comunitarie di « esplicare la pienezza dei loro effetti, in maniera uniforme in tutti gli Stati membri, a partire dalla loro entrata in vigore e per tutta la durata della loro validità » (Corte giust. 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, in *Racc.*, p. 629 ss.). L'applicabilità diretta è quindi un fenomeno previsto dal Trattato in relazione ad una sola fonte normativa e che concerne indistintamente tutte le norme create attraverso tale fonte. Per le fonti diverse da quelle propriamente regolamentari si può, al più, discorrere di effetti diretti: ovvero dell'idoneità delle disposizioni comunitarie che siano « chiare, precise ed incondizionate » di esplicare determinati effetti nell'ordinamento interno. Ai fini del presente scritto, dette situazioni — ontologicamente e strutturalmente diverse sul piano comunitario — possono tuttavia essere considerate unitariamente.

<sup>3</sup> Limitando l'indagine ai poteri del giudice amministrativo (su quelli del giudice ordinario, v. *infra*, nota 17), il fenomeno della disapplicazione concerne eminentemente i regolamenti amministrativi. Si tratta in sostanza di uno specifico rimedio esperibile nei confronti di atti amministrativi a portata generale e potenzialmente destinati a disciplinare una serie indeterminata di situazioni giuridiche. È peraltro opportuno segnalare come in materia si sia verificato un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale. Più dettagliatamente, il Consiglio di Stato, dopo un lungo periodo nel quale riteneva non esperibile la disapplicazione dei regolamenti amministrativi, ha mutato indirizzo con Cons. Stato, sez. V, 26 febbraio 1992, n. 154 (la decisione è riprodotta in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 56 ss., con nota di BACCARINI, *Il Consiglio di Stato folgorato sulla via della disapplicazione dei regolamenti*): in questa occasione è stata infatti disapplicata una norma contenuta in un regolamento, adottato in violazione di legge, ma non tempestivamente impugnato; nella specie, il ricorrente aveva impugnato un atto amministrativo, sul presupposto che questo si poneva in contrasto con una norma regolamentare; il Consiglio di Stato ha, tuttavia, respinto il ricorso attraverso la disapplicazione della disposizione gerarchicamente superiore. Questa giurisprudenza, come è evidente, introduce la possibilità della disapplicazione come strumento utilizzabile nei con-

amministrativi. I giudici competenti a risolvere le controversie tra la pubblica amministrazione e i privati dispongono, infatti, di un mero potere di annullamento: l'organo adito (il Tribunale amministrativo regionale territorialmente competente) può rimuovere l'atto amministrativo viziato, ma non può semplicemente disapplicarlo<sup>4</sup>; e dispone di tale potere a patto che il ricorso sia stato promosso nel termine di sessanta giorni dalla conoscenza che, di detto atto, ha il destinatario<sup>5</sup>.

Si ritiene correntemente che l'assetto appena descritto, che appunto si fonda sulla sola possibilità della rimozione in sede giudiziale degli atti tempestivamente impugnati, sia imprescindibile: esso mirerebbe a garantire la stabilità e la certezza dell'azione amministrativa; trascorso, infatti, il termine di sessanta giorni legislativamente stabilito per la sua impugnazione qualunque provvedimento amministrativo tende a « consolidarsi ». Il regime di semplice annullabilità degli atti amministrativi viziati costituisce un elemento tipico dell'esercizio del potere giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, dal momento che consente a quest'ultima, che è istituzionalmente deputata alla cura dell'interesse pubblico, di agire con margini di relativa sicurezza circa la correttezza del proprio operato<sup>6</sup>.

---

fronti degli atti amministrativi a portata generale. In dottrina v. L. CARLASSARE, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 604 ss., 634 s.; G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 661 ss., 680, secondo il quale la disapplicazione potrebbe costituire un rimedio utile nei confronti dei regolamenti amministrativi a portata generale, al fine di evitare di « lascia(re) in vita una norma generale ed astratta *contra legem*, come tale foriera di ulteriori illegittimità e dunque di instabilità »; F. CINTIOLI, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 43 ss.

<sup>4</sup> La circostanza è assolutamente pacifica; v., in via esemplificativa, A. SANDULLI (a cura di), *Diritto amministrativo applicato*, in *Corso di diritto amministrativo*, diretto da S. CASSESE, tomo 2, Milano, 2005, p. 197: « (n)on esiste, invece, la disapplicazione del provvedimento da parte del giudice amministrativo: questi può solo annullare il provvedimento illegittimo, a condizione che esso sia stato impugnato tempestivamente ».

<sup>5</sup> Cfr. art. 21, della l. n. 1034/1971, istitutiva dei tribunali amministrativi regionali. La centralità del rimedio diretto all'annullamento dell'atto viziato e la previsione di un termine breve per la proposizione del ricorso costituiscono tratti comuni dei diversi sistemi di diritto amministrativo (trenta giorni nel sistema tedesco; sessanta, in Spagna; tre mesi, nell'ordinamento inglese: v., in generale, D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 1 ss.). Le peculiarità che caratterizzano i diversi sistemi inducono tuttavia a focalizzare l'attenzione eminentemente sul sistema italiano.

<sup>6</sup> V. ad es. C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2001, p. 123: « La prefissione del termine per ricorrere corrisponde all'esigenza di attribuire stabilità ai rapporti e definitività alle situazioni giuridiche che non possono essere esposte a tempo indeterminato ad una contestazione in sede giudiziale che potrebbe alterarne profondamente la consistenza. È la stabilità dei rapporti giuridici che richiede, perciò, l'individuazione di un termine per ricorrere ».

In questo contesto, la dottrina si è a lungo interrogata su quale sia il regime processuale degli atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario: è infatti agevole osservare che la mera possibilità di un annullamento in via giudiziale non consente di dare un adeguato riscontro all'esigenza della disapplicazione delle disposizioni nazionali contrastanti con precetti comunitari direttamente applicabili. La piena efficacia delle previsioni di origine comunitaria finisce infatti per dipendere dalla mera iniziativa privata. Può, d'altro canto, accadere che nessuno dei soggetti potenzialmente lesi da un determinato provvedimento amministrativo ritenga opportuno promuovere il ricorso nel termine stabilito per la sua impugnazione, con la conseguenza che l'atto stesso risulta tendenzialmente irremovibile<sup>7</sup>. Decorso il termine utile per l'impugnazione dell'atto l'ordinamento assume, in definitiva, un certo assetto rispetto al quale l'originaria illegittimità del provvedimento presenta, dal punto di vista concreto, scarsa rilevanza<sup>8</sup>. Il regime processuale appena descritto risulta, pertanto, scarsamente efficace in presenza di disposizioni comunitarie produttive di effetti diretti: in tale ipotesi, non si può escludere che nell'ordinamento interno continuino a trovare applicazione disposizioni potenzialmente lesive di previsioni comunitarie immediatamente precettive.

II. Il problema dell'individuazione dei rimedi esperibili avverso atti amministrativi contrastanti con disposizioni comunitarie direttamente applicabili, come si può agevolmente percepire sulla base della descrizione contenuta nel paragrafo che precede, è particolarmente delicato. In relazione ad esso sono state peraltro prospettate

---

<sup>7</sup> Il carattere meramente impugnatorio del processo amministrativo potrebbe astrattamente implicare una ulteriore conseguenza; in particolare, si ritiene abitualmente che il giudice non possa esaminare altri motivi di ricorso oltre quelli espressamente invocati dalle parti. In questo contesto si potrebbe teoricamente ritenere che, in difetto di specifica deduzione, il giudice amministrativo non possa esaminare il vizio del contrasto con il diritto comunitario. Questa conseguenza sembra tuttavia ormai definitivamente scongiurata: nella specie, Corte giust. 14 dicembre 1995, causa C-312/03, *Peterbroeck*, in *Racc.*, p. I-4599, ha dichiarato non applicabili le disposizioni nazionali che impedivano al giudice di esaminare d'ufficio le violazioni del diritto comunitario. In dottrina v. E.M. BARBIERI, *Poteri del giudice amministrativo e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 692 ss.; A. RUSSO, *È sempre più « diffuso » il controllo di conformità al diritto comunitario ad opera del giudice nazionale*, ivi, p. 701 ss.; C. SCHEPISI, *Sull'applicabilità d'ufficio delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, in questa *Rivista*, 1997, p. 811 ss.

<sup>8</sup> È peraltro superfluo precisare che il decorso del termine non determina una vera e propria sanatoria dell'atto invalido. Il provvedimento non tempestivamente impugnato si trova infatti in una situazione di mera inoppugnabilità, dalla quale l'ordinamento fa discendere una tendenziale (benché non assoluta) irremovibilità del provvedimento amministrativo (v. E. CANNADA BARTOLI, *Annullamento d'ufficio e inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1964, II, p. 143 ss.).

due tesi radicalmente opposte, delle quali è necessario dare analiticamente conto.

Secondo la prima impostazione, il regime processuale degli atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario è, essenzialmente, regolato dal principio della disapplicazione degli atti nazionali contrastanti con previsioni comunitarie produttive di effetti diretti. A ragionare diversamente, infatti, si addiverrebbe ad attribuire una sorta di « particolare capacità di resistenza » agli atti amministrativi non conformi al diritto comunitario. Questo determinerebbe, secondo tale opinione, una vera e propria inversione nella gerarchia delle fonti, dal momento che mentre le disposizioni legislative potrebbero essere sempre disapplicate, gli atti amministrativi lo sarebbero solo nel caso in cui essi siano tempestivamente impugnati<sup>9</sup>. Una simile ricostruzione determinerebbe, conseguentemente, un vero e proprio capovolgimento nel sistema delle fonti, dal momento che invertirebbe il rapporto di subordinazione gerarchica, espressamente stabilito a livello costituzionale<sup>10</sup>, degli atti amministrativi rispetto alla legge ordinaria.

Secondo altra ricostruzione, invece, il regime generale della rilevabilità del vizio in esame sarebbe caratterizzato dalla mera annullabilità dei provvedimenti amministrativi. Questo assetto mira essenzialmente a garantire la stabilità dell'azione amministrativa. D'altro canto, la certezza giuridica costituisce un valore ampiamente riconosciuto nel diritto comunitario, dal momento che pure gli atti emanati dalle istituzioni sono soggetti ad un termine di decadenza per la loro impugnazione<sup>11</sup>. Discende da questa diversa impostazione la conseguenza per cui gli atti amministrativi contrastanti con

---

<sup>9</sup> M.P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, p. 796 ss.; *Id.*, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 687 ss.; *Id.*, *Diritto amministrativo europeo*, 2a ed., Milano, 2004, spec. p. 469 ss.; v. inoltre E.M. BARBIERI, *Diritto comunitario ed istituti generali del diritto amministrativo nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 3 ss.

<sup>10</sup> Cfr. art. 97, primo comma, della Costituzione italiana. Tale disposizione, come è noto, stabilisce che « (i) pubblici uffici sono organizzati secondo norme di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e la imparzialità dell'amministrazione ». Detta previsione viene considerata come una vera e propria riserva di legge della materia; il principio, della subordinazione gerarchica dei regolamenti rispetto alla legge è poi ulteriormente esplicitato dall'art. 4 delle disposizioni preliminari al codice civile. In dottrina v., anche per ulteriori riferimenti, S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale*, a cura di S. CASSESE, vol. I, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2003, p. 173 ss.; R. CARANTA, *Art. 97*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, vol. II, Torino, 2006, p. 1889 ss.

<sup>11</sup> Come è noto, anche nel sistema comunitario, tale termine è abitualmente di due mesi decorrenti dalla pubblicazione, dalla notificazione o, infine, dalla conoscenza che ne abbia il destinatario (cfr. art. 230 Trattato CE, ultimo comma).

il diritto comunitario, sul piano dei rimedi concretamente esperibili nell'ordinamento interno, risultano soltanto annullabili, ma non automaticamente invalidi; né, ovviamente, essi possono essere semplicemente disapplicati d'ufficio, se nessuno degli interessati propone il relativo ricorso <sup>12</sup>.

La giurisprudenza nazionale, dopo talune incertezze iniziali <sup>13</sup>, si è pronunciata chiaramente a favore di questa seconda ricostruzione. Più dettagliatamente, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 35/2003 <sup>14</sup>, ha espressamente qualificato come meramente annullabile l'atto amministrativo adottato in spregio di norme comunitarie <sup>15</sup>; e detta soluzione, nella prospettiva del Giudice amministrativo, si impone evidentemente anche nel caso in cui le previsioni siano produttive di effetti diretti. In sostanza, il Consiglio di Stato equipara la violazione delle disposizioni comunitarie alla semplice inosservanza delle previsioni di rango legislativo; con la conseguenza che — decorso infruttuosamente il termine per l'impugnazione — la situazione giuridica posta in essere attraverso un determinato atto amministrativo si stabilizza: i privati non possono più contestarla e la stessa pubblica amministrazione, prima di ritirarla agendo in autotutela, deve attentamente ponderare l'affidamento ingenerato nel destinatario dall'atto amministrativo invalido e valutare l'interesse pubblico al suo annullamento <sup>16</sup>.

La situazione che si determina, in effetti, presenta taluni profili paradossali: è singolare constatare come il legislatore non possa violare il diritto comunitario e il giudice nazionale sia tenuto a disapplicare (senza limiti di tempo) una norma nazionale contrastante con disposizioni comunitarie produttive di effetti diretti, mentre altrettanto non possa dirsi in relazione all'attività della pubblica amministrazione.

---

<sup>12</sup> G. GRECO, *Fonti comunitarie e atti amministrativi italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, p. 33 ss.; Id., *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI e G. GRECO, Milano, 1997, p. 555 ss.

<sup>13</sup> V., in particolare, TAR Piemonte, sez. II, 8 febbraio 1989, in *Foro it.*, 1990, III, c. 203 ss., con nota di L. TORCHIA e in *Giur. it.*, 1990, III, p. 148 ss., con nota di R. CARANTA, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norme nazionali contrastanti con il diritto comunitario?*: nella specie, il contrasto con il diritto comunitario è stato inquadrato nell'ambito della nullità dell'atto (su questo punto, v., *infra*, par. V); v. inoltre TAR Lombardia, sez. I, 10 febbraio 1993, n. 260, in *Trib. amm. reg.*, 1993, I, 2, p. 1747 ss.

<sup>14</sup> Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, in *Foro it.*, 2004, III, c. 413 ss.

<sup>15</sup> Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, cit., par. 6.2: « l'inosservanza di una disposizione comunitaria direttamente applicabile comporta, alla stregua degli ordinari canoni di valutazione della patologia dell'atto amministrativo, l'annullabilità del provvedimento viziato nonché, sul piano processuale, l'onere della sua impugnazione dinanzi al Giudice Amministrativo entro il prescritto termine di decadenza, pena la sua inoppugnabilità ».

<sup>16</sup> Sulla questione dell'autotutela, v., *infra*, par. IV.



Il risultato pratico di questa impostazione giurisprudenziale presenta invero taluni aspetti scarsamente convincenti. Sembra infatti evidente che, in questo modo, si determinano diverse modalità (se non addirittura differenti gradi) nel rispetto del diritto comunitario tra organi appartenenti al medesimo apparato statale. Se si segue tale orientamento, appare infatti evidente come il potere legislativo e quello giudiziario risultino maggiormente vincolati, rispetto al potere esecutivo, all'osservanza dei parametri comunitari; se non altro perché, per quest'ultimo, la violazione di tali parametri determina conseguenze di minore rilievo: non la necessità della disapplicazione, ma (apparentemente) una mera annullabilità, con eventuale possibilità di operare una apparente sanatoria per effetto della semplice decorrenza del termine per l'impugnazione<sup>17</sup>.

III. L'intrinseca contraddittorietà che caratterizza la ricostruzione seguita dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie induce a prospettare dubbi circa la compatibilità di detta impostazione teorica con i caratteri dell'ordinamento sovraordinato. Una spiegazione logica di questo stato di cose è stata, tuttavia, fornita dalla stessa Corte di giustizia. Nella decisione nel caso *Santex* i giudici di Lussemburgo hanno infatti riconosciuto come legittimo, dal punto di vista dell'ordinamento comunitario, il regime di impugnabilità degli atti amministrativi previsto nel nostro ordinamento. Secondo la Corte, « la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza risponde, in linea di principio, all'esigenza di effettività », dal momento che esso « risulta ragionevole sotto il profilo sia dell'obiettivo della direttiva 89/665 sia del principio della certezza del diritto »<sup>18</sup>.

Tale decisione ci consente invero di comprendere perché la previsione di un termine di decadenza per la proposizione del ricorso giurisdizionale risulti compatibile con i caratteri dell'ordinamento sovranazionale ed in particolare con quelli della prevalenza e

---

<sup>17</sup> Le incertezze di fondo circa la correttezza della ricostruzione riportata nel testo risultano ulteriormente aggravate in ragione del fatto che il giudice ordinario, diversamente dal giudice amministrativo, può disapplicare gli atti amministrativi illegittimi: v., in particolare, l'art. 5, della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, *Legge sul contenzioso amministrativo*.

<sup>18</sup> Corte giust. 27 febbraio 2003, in causa C-327/00, in *Racc.*, p. I-1877, spec. punto 52-54; e in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2003, p. 895 ss., con nota di C. LEONE, *Disapplicabilità dell'atto amministrativo in contrasto con la disciplina comunitaria? Finalmente una parola chiara da parte della Corte di giustizia*, ivi, p. 898 ss. La direttiva 89/65 richiamata nel paragrafo della decisione riportato nel testo è la c.d. "direttiva ricorsi", concernente il regime di impugnazione degli atti amministrativi (riguardanti i bandi di gara, i provvedimenti di esclusione, di aggiudicazione e le richieste di risarcimento dei danni) nelle procedure di appalti sopra soglia.



dell'effetto diretto delle fonti comunitarie: ciò si verifica perché lo stesso sistema sovraordinato, lungi dal prescrivere l'osservanza di un preciso termine di decadenza, si limita a stabilire taluni obiettivi di carattere generale ai quali si deve attenere il legislatore nella predisposizione degli strumenti processuali posti a tutela delle situazioni giuridiche soggettive sorte dall'ordinamento comunitario. Questa conclusione risulta d'altro canto confermata dalla sostanziale inesistenza di specifiche prescrizioni comunitarie in materia processuale. È infatti agevole osservare che, se si escludono le previsioni in tema di giurisdizione e di riconoscimento delle sentenze straniere<sup>19</sup> e se si prescinde da talune disposizioni particolari dirette a regolare le ipotesi di cooperazione transfrontaliera tra autorità giudiziarie appartenenti a Stati membri diversi<sup>20</sup>, non esistono, a livello comunitario, previsioni di effettiva armonizzazione degli ordinamenti nazionali in materia processuale. In altri termini, il diritto comunitario si limita ad introdurre determinate prescrizioni di armonizzazione nelle questioni a carattere transnazionale, ma normalmente non obbliga gli Stati membri ad adottare, al loro interno, specifiche modalità di tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche originate dall'ordinamento sovraordinato, né impone il rispetto di termini rigidi per la proposizione dei relativi ricorsi giurisdizionali<sup>21</sup>.

La sostanziale assenza di una reale armonizzazione della materia non esclude, tuttavia, la possibilità per la Corte di giustizia di controllare la rispondenza ai principi comunitari degli strumenti di tutela apprestati dal legislatore nazionale. Secondo la Corte tali principi sono identificabili nelle esigenze di effettiva applicazione delle disposizioni comunitarie, nell'equivalenza della tutela e nella

---

<sup>19</sup> V., in via esemplificativa, il regolamento CE n. 44/01 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (in *GUCE* L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1) e il regolamento CE n. 2201/03, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (in *GUUE* L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1).

<sup>20</sup> Si pensi, in particolare, ai seguenti regolamenti: 1348/00, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziari (in *GUCE* L 160, del 30 giugno 2000, p. 37); 1206/01, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile e commerciale (in *GUCE* L 174 del 27 giugno 2001, p. 1); 805/04, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati (in *GUUE* L 143 del 30 aprile 2004, p. 15); 1896/06, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento (*GUUE* L 399, p. 1).

<sup>21</sup> Si tratta del principio di autonomia procedurale degli Stati membri: « le modalità processuali applicabili rientrano nell'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro in forza del principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri » (v. Corte giust. 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Wells* in *Racc.*, p. I-723 ss., par. 67; in dottrina v. E. CANNIZZARO, *Autonomia processuale degli Stati membri e limiti derivanti dal diritto dell'Unione europea: la riforma della disciplina delle false comunicazioni sociali*, in *Il "falso in bilancio" tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, a cura di R. MASTROIANNI, Napoli, 2004, p. 37 ss.).

certezza delle situazioni giuridiche tutelate dal diritto comunitario<sup>22</sup>. Il principio di effettività presuppone che, all'interno dei sistemi giuridici nazionali, siano presenti mezzi idonei a garantire la concreta osservanza delle fonti europee e, conseguentemente, ad assicurare che i privati che si ritengono lesi nel godimento di diritti garantiti dall'ordinamento comunitario possano usufruire di adeguati strumenti di salvaguardia<sup>23</sup>. Per quanto concerne le modalità di tutela delle situazioni giuridiche create dal diritto comunitario discende, inoltre, dal principio di leale cooperazione (art. 10 Trattato CE) la necessità che il legislatore nazionale appresti dei rimedi processuali che siano almeno « equivalenti » rispetto a quelli stabiliti, nel medesimo ordinamento interno, in relazione a casi analoghi<sup>24</sup>.

La certezza del diritto si pone, invece, come un valore esterno e, in qualche modo, contrapposto rispetto ai principi di effettività e di equivalenza, dal momento che determina l'impossibilità per i singoli di discutere della legittimità delle situazioni giuridiche che hanno prodotto determinati effetti nella sfera giuridica dei destinatari e che risultano ormai consolidate per effetto dell'esaurimento dei rimedi giurisdizionali disponibili secondo l'ordinamento interno.

Il problema dell'efficacia degli atti amministrativi contrastanti con l'ordinamento comunitario si basa, in definitiva, sul *bilanciamento* tra i principi di effettività, equivalenza della tutela e certezza giuridica: si tratta peraltro di un equilibrio instabile e non suscettibile di determinazione in via aprioristica, dal momento che esso può anche dipendere dalle condizioni giuridiche delle diverse fattispecie.

Sulla base di questa evoluzione giurisprudenziale sembra invero problematico ricondurre, in maniera automatica ed incondizionata, il vizio del contrasto con il diritto comunitario nell'ambito della categoria della semplice annullabilità degli atti amministrativi; in altri termini, l'atto amministrativo contrastante con previsioni di

---

<sup>22</sup> V. in questi termini A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, IV, 1995, c. 13 ss., 19 s.

<sup>23</sup> È stato giustamente rilevato come il principio riportato nel testo (della "effettività" della tutela) miri, in realtà, a tutelare la concreta applicazione delle norme comunitarie di carattere materiale: v., in particolare, G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001, p. 49; E. CANNIZZARO, *Autonomia processuale*, cit., p. 42.

<sup>24</sup> V. Corte giust. 14 dicembre 1995, *Peterbroeck*, causa C-312/93, cit., punto 12; in dottrina v., anche per ulteriori riferimenti, E. PICOZZA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, 1997; A. ADINOLFI, *L'influenza del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, Contributi alla XXXIII Tavola rotonda di diritto comunitario, Milano, 24 novembre 2000, in questa *Rivista*, 2001, p. 41 ss., 45 s.; D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 694 ss.

origine comunitaria direttamente applicabili risulta sempre soggetto al fenomeno della disapplicazione<sup>25</sup>. Questione tuttavia diversa è quella concernente l'individuazione del rimedio processuale più confacevole a tale obiettivo, ma che risulti al contempo rispettoso delle esigenze di certezza del diritto. In questa prospettiva, il meccanismo della rimozione giudiziale degli atti amministrativi illegittimi previsto nel nostro ordinamento è certamente soddisfacente; a patto che esso non determini, nella sua applicazione pratica, una lesione delle esigenze di tutela degli amministrati. Il giudice adito deve, in altri termini, operare una valutazione caso per caso alla luce delle caratteristiche delle singole ipotesi: detto esame potrebbe infatti anche indurre a ritenere che determinati strumenti di tutela previsti nell'ambito degli ordinamenti interni, in considerazione di peculiari circostanze di fatto, risultino incompatibili con gli obiettivi della effettività della tutela e della certezza del diritto.

Alla luce di simili considerazioni, come è evidente, la soluzione alla quale è pervenuto il Consiglio di Stato nella decisione da ultimo richiamata (la citata sentenza n. 35/2003) appare parzialmente inesatta. La medesima Corte di giustizia ha, infatti, avuto modo di precisare come la rigida osservanza del termine di decadenza per la proposizione del ricorso giurisdizionale possa, alle volte, risolversi in una violazione del diritto comunitario, come appunto si verifica nell'ipotesi in cui la stessa amministrazione abbia indotto in errore i privati circa la propria volontà di osservare le prescrizioni comunitarie<sup>26</sup>: in un caso siffatto, il giudice nazionale è, appunto, tenuto ad intervenire disapplicando la norma processuale interna al fine di consentire comunque la proposizione del ricorso anche se il termine per l'impugnazione dell'atto è ormai decorso<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> *Contra v.*, peraltro, S. STICCHI DAMIANI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario. Contributo allo studio della nozione*, Torino, 2006, p. 46, secondo cui « (l)le due Corti, infatti, hanno concordemente ricondotto il contrasto tra atti amministrativi nazionali e disposizioni comunitarie direttamente applicabili... nella categoria dell'illegittimità/annullabilità per violazione di legge, "secondo gli ordinari canoni di valutazione della patologia dell'atto amministrativo" ».

<sup>26</sup> V. Corte giust. 27 febbraio 2003, causa C-327/00, *Santex*, cit., spec. punto 66.

<sup>27</sup> Per effetto della evoluzione giurisprudenziale riportata nel testo, potrebbero anche sorgere problemi di costituzionalità a causa del contrasto intercorrente tra situazioni giuridiche caratterizzate dall'incidenza del diritto comunitario e situazioni giuridiche puramente interne: solo nel primo caso, può eventualmente prospettarsi l'eventualità di un ricorso oltre i consueti termini di impugnazione. Una questione correlata, che tuttavia non può essere esaminata in questo scritto, è valutare in che misura determinate modifiche indotte dal diritto comunitario, debbano essere estese anche alle situazioni giuridiche disciplinate esclusivamente dal diritto interno; e ciò soprattutto al fine di evitare l'insorgenza di c.d. discriminazioni a rovescio o di violazioni del principio di eguaglianza (sul punto v. L. DANIELE, *L'effettività della giustizia amministrativa nell'applicazione del diritto comunitario europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 1385 ss.).

A questo punto possiamo tracciare talune conclusioni provvisorie. La disapplicazione degli atti normativi nazionali contrastanti con norme comunitarie direttamente applicabili rappresenta un principio generale. Ciò non esclude, peraltro, che l'effettiva applicazione delle fonti comunitarie sia subordinata alla concreta attivazione dei rimedi processuali previsti dall'ordinamento interno. In sostanza, è lo stesso diritto comunitario che, per un'esigenza di ordine superiore identificabile con il principio della certezza del diritto, accetta di ritrarsi per effetto della previsione di un termine di impugnazione stabilito dall'ordinamento nazionale; a patto che tale termine non sia sfavorevole (o anche semplicemente più breve) rispetto a quello previsto dal diritto interno in ipotesi analoghe; e la tutela che ne discende non risulti, per qualunque ragione, scarsamente efficace.

Come è evidente, questa sorta di arretramento del diritto comunitario attiene esclusivamente alle condizioni processuali della tutela, ma non all'obbligo, incombente sullo Stato membro e sulle autorità nazionali, di garantire la concreta applicazione delle fonti europee ovvero di interpretare, laddove possibile, le disposizioni interne in maniera conforme al diritto comunitario<sup>28</sup>. È, in definitiva, lo stesso principio di effettività che assiste le fonti normative comunitarie che determina conseguenze diverse a seconda dei destinatari delle norme. Sembra infatti evidente che la pubblica amministrazione, dal punto di vista strettamente comunitario, costituisca una componente fondamentale dell'apparato statale e che pertanto essa sia tenuta, al pari di qualunque organo o entità pubblica, al rispetto del diritto comunitario. D'altro canto è pacifico che l'amministrazione, in quanto emanazione del potere statale, debba operare nel senso di garantire l'effettiva applicazione delle previsioni di origine comunitaria<sup>29</sup>. Il diritto comunitario, infatti, si disinteressa della ripartizione di competenze all'interno dell'ordinamento nazionale: ciò che rileva è solo che lo Stato, nel suo complesso, sia in grado di garantire l'ottenimento di un determinato risultato<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> C.d. obbligo di interpretazione conforme: v., in questo senso, la decisione della Corte di giustizia nel caso *Marleasing* (sent. 13 novembre 1990, in causa 322/89, in *Racc.*, p. I-4135). In dottrina v., anche per ulteriori riferimenti, D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea*, cit., p. 697 ss.

<sup>29</sup> V., con riferimento alla disposizioni produttive di effetti diretti, Corte giust. 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo*, in *Racc.*, p. 1839 ss.; 12 giugno 1990, causa C-8/88, *Germania c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-2321, punto 13, secondo cui spetta « a tutte le autorità degli Stati membri garantire il rispetto delle norme di diritto comunitario nell'ambito delle loro competenze »

<sup>30</sup> Corte giust. 12 giugno 1990, causa C-8/88, *Germania c. Consiglio*, cit., punto 13:

Questa precisazione ci consente di ricavare un ulteriore corollario: mentre in relazione agli atti amministrativi contrastanti con disposizioni di rango legislativo il superamento del termine per la loro impugnazione determina un regime di tendenziale irremovibilità dell'atto invalido (almeno da parte dei privati destinatari del provvedimento), analoga conclusione non appare condivisibile in relazione agli atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario. In questo caso, infatti, il semplice decorso del termine non fa venire meno l'obbligo incombente sullo Stato. Le conseguenze concrete di detta diversità di fondo intercorrente tra una situazione giuridica puramente interna ed una disciplinata anche da norme comunitarie direttamente applicabili sembrano rilevanti.

Innanzitutto non viene meno la responsabilità dello Stato sul piano comunitario: la Commissione può infatti sempre promuovere un ricorso per infrazione ai sensi dell'art. 226 Trattato CE; naturalmente ciò si verificherà solo in ipotesi circoscritte, dal momento che le violazioni determinate da atti amministrativi risulteranno, nella maggior parte dei casi, sufficientemente circoscritte da sconsigliare alla Commissione di aggravare ulteriormente il ruolo della Corte per perseguire un illecito che, con la stessa emanazione del provvedimento, esaurisce normalmente i propri effetti; ciò, tuttavia, non esclude che in ipotesi di reiterate violazioni ovvero di situazioni caratterizzate dall'emanazione di atti a portata generale, la Commissione possa decidere concretamente di promuovere un'azione di inadempimento anche per evitare il ripetersi dell'illecito.

In secondo luogo, sul piano interno, non viene comunque meno l'obbligo dello Stato di risarcire il danno arrecato al privato attraverso l'atto illegittimo. Detta conclusione sembra d'altro canto ovvia ove si tenga presente l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in tema di risarcimento dei danni <sup>31</sup>. In una serie di pronunce, la

---

« non spetta alla Commissione pronunciarsi sulla ripartizione delle competenze mediante norme istituzionali di ciascuno Stato membro e sugli obblighi che possono incombere rispettivamente alle autorità della Repubblica federale e a quelle dei Land. Essa può solo controllare se il complesso delle misure di sorveglianza e di controllo istituito secondo le modalità dell'ordinamento giuridico nazionale sia sufficientemente efficace per consentire un'applicazione corretta delle norme comunitarie ».

<sup>31</sup> La tesi contraria è autorevolmente sostenuta da G. GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della pregiudizialità amministrativa)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, p. 513 ss., spec. 515. Secondo questo Autore, infatti, ove si accogliesse la tesi esposta nel testo, la pubblica amministrazione rischierebbe, tra l'altro, di essere investita da una pluralità di richieste risarcitorie. D'altro canto, anche il controinteressato, che venga privato successivamente di un diritto a lui spettante, potrebbe avanzare pretese risarcitorie fondate, evidentemente, sul presupposto del

Corte di giustizia ha affermato l'esistenza di un obbligo in capo allo Stato di risarcire il danno provocato ai singoli a causa del proprio inadempimento<sup>32</sup>. Tale risarcimento dei danni è stato recentemente riconosciuto anche nell'ipotesi in cui il danno imputabile allo Stato sia provocato dall'attività di organi giudiziari<sup>33</sup>. Detta affermazione costituisce, evidentemente, un corollario del principio — già richiamato in relazione ad altro profilo — in virtù del quale, dal punto di vista comunitario, lo Stato deve essere considerato in maniera unitaria, come comprensivo, cioè, di tutti gli organi e delle entità territoriali che lo compongono<sup>34</sup>. A questo punto sembra evidente che, anche nel caso in cui la violazione del diritto comunitario sia imputabile all'attività amministrativa, lo Stato nel suo complesso sia tenuto a tenere indenne il singolo del danno provocato con il proprio inadempimento<sup>35</sup>.

In sostanza, ove ricorrano i presupposti enunciati dai giudici

---

diniego di un diritto acquisito per effetto di un procedimento amministrativo ormai concluso. La conclusione sembra, per la verità, erronea, specie nel caso in cui l'azione amministrativa sia stata adottata per conformarsi a disposizioni direttamente applicabili. Non sembra infatti prospettabile una richiesta di risarcimento danni fondata su una situazione giuridica ormai rimossa.

<sup>32</sup> Detta giurisprudenza, come è noto, è stata inaugurata con la decisione nel caso *Francovich* (sent. 19 novembre 1991, cause riunite 6/90 e 9/90, in *Racc.*, p. I-5403) ed è stata poi confermata in diverse sentenze. In dottrina v., anche per ulteriori riferimenti, M. CLARICH, *Responsabilità*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., parte generale, p. 633 ss.; L. FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000; E. CALZOLAIO, *L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2004; Id., *L'illecito dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Lezioni di diritto privato europeo*, a cura di G. ALPA e G. CAPILLI, Padova, 2007, p. 597 ss.; L.A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Torino, 2005.

<sup>33</sup> Corte giust. 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, in *Racc.*, p. I-10239; 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo c. Repubblica italiana*, in *Racc.*, p. I-5177.

<sup>34</sup> In questo senso v. anche F. FERRARO, *Questioni aperte sul tema della responsabilità extracontrattuale*, in questa *Rivista*, 2007, p. 55, spec. 58, nota 7.

<sup>35</sup> Questo assetto invero non impedisce che, in concreto, detto obbligo venga posto direttamente a carico dell'amministrazione che ha emanato l'atto viziato. V. in particolare Corte giust. 4 luglio 2000, causa C-424/97, *Salomone Haim*, in *Racc.*, p. I-5123, secondo la quale « negli Stati membri nei quali talune funzioni legislative e amministrative sono assunte in maniera decentrata da enti locali dotati di una certa autonomia o da qualsiasi altro ente di diritto pubblico giuridicamente diverso dallo Stato, il risarcimento dei danni, causati da un ente di diritto pubblico, può essere garantito direttamente da quest'ultimo ». Questo sembra, d'altro canto, l'assetto desumibile dall'ordinamento italiano: l'art. 7, primo comma, della legge 205/2000, ha infatti stabilito l'obbligo generale della pubblica amministrazione di risarcire i danni arrecati ai privati: sembra logico interpretare tale disposizione nel senso che il risarcimento dei danni sia posto a carico proprio dell'autorità che ha emanato l'atto illegittimo. Se l'interpretazione dell'art. 7 è corretta, si può certamente ritenere che analogo principio si estenda anche alle ipotesi caratterizzate dall'incidenza di norme comunitarie direttamente applicabili (in dottrina v. E. PICOZZA, *L'effettività del diritto comunitario attraverso il processo amministrativo*, in E. PICOZZA (a cura di), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, 2a ed., Padova, 2004, p. 69 ss., 75 s.).



comunitari<sup>36</sup>, il privato che si ritenga leso da un atto amministrativo adottato in spregio di norme comunitarie, può certamente agire per ottenere il risarcimento dei danni, senza dovere necessariamente domandare la previa rimozione di detto atto davanti agli organi di giustizia amministrativa<sup>37</sup>.

IV. Dal momento che la violazione delle norme comunitarie determina taluni effetti che travalicano la mera proponibilità del ricorso giurisdizionale, occorre chiedersi come l'amministrazione possa evitare siffatte conseguenze.

Evidentemente, l'unico strumento del quale dispone la pubblica amministrazione, al fine di evitare di incorrere in richieste risarcitorie ed escludere l'eventuale responsabilità per inadempimento dello Stato membro, consiste nella rimozione dell'atto viziato attraverso un'azione in autotutela.

---

<sup>36</sup> Secondo Corte giust. 19 novembre 1991, cause riunite 6/90 e 9/90, *Francovich*, cit., devono sussistere tre condizioni: « La prima di queste condizioni è che il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli. La seconda condizione è che il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva. Infine la terza condizione è l'esistenza di un nesso di causalità tra violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi ». Corte giust. 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame III*, in *Racc.*, p. I-1029 ss., ha inoltre precisato che la violazione deve essere « grave e manifesta ».

<sup>37</sup> Opportuno precisare che, ove si condivida l'impostazione recentemente sostenuta dalla Corte di Cassazione, la situazione determinata dalla violazione di norme comunitarie non risulterebbe empiricamente diversa da quella determinata dalla violazione di disposizioni di legge ordinaria. La Corte di Cassazione ha infatti affermato che non sussiste alcuna relazione tra il rimedio diretto ad ottenere l'annullamento degli atti amministrativi e il diritto di chiedere il risarcimento dei danni provocati dall'amministrazione nell'espletamento dei propri compiti. In tema di risarcimento dei danni non esisterebbe quindi il presupposto del previo esaurimento dell'apposito rimedio processuale davanti agli organi giudiziari funzionalmente competenti (c.d. pregiudiziale amministrativa). In definitiva il singolo può direttamente agire al fine di ottenere una sentenza di condanna della pubblica amministrazione a risarcire i danni provocati con la propria condotta illegittima. V. Cass. civ., S.U. ord. 13 giugno 2006, n. 13659, in *Dir. proc. ammin.*, 2006, p. 1007, spec. punto 20 ss.; la soluzione opposta, a favore della pregiudizialità del ricorso per annullamento rispetto al ricorso per risarcimento dei danni, era stata in precedenza sostenuta da Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 26 marzo 2003, n. 4, in *Foro it.*, 2003, III, 433. L'ordinanza della Cassazione risulta importante anche dal punto di vista della ripartizione della giurisdizione: secondo la Corte, infatti, in presenza di interessi legittimi la tutela risarcitoria è compito dell'autorità giurisdizionale amministrativa, mentre a fronte di diritti soggettivi essa spetta al giudice ordinario (v., tuttavia Cass. civ., S.U., 19 febbraio 2007, n. 3724). Tale impostazione è peraltro oggetto di critiche (che ci sembrano condivisibili) da parte della dottrina amministrativistica: non può pertanto escludersi l'eventualità di un ripensamento della Corte. In dottrina, v. M. ALLENA, *La pregiudizialità amministrativa fra annullamento e tutela risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 105 ss.; G. GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, p. 513 ss.; M.A. SANDULLI, *Finalmente « definitiva » certezza sul riparto di giurisdizioni in tema di « comportamenti » e sulla c.d. « pregiudiziale » amministrativa? Tra i due litiganti vince la « garanzia di piena tutela »*, reperibile sul sito [www.giutamm.it](http://www.giutamm.it); V. CERULLI IRELLI, *Prime osservazioni sul riparto delle giurisdizioni dopo la pronuncia delle Sezioni Unite*, ivi.



In realtà, non è chiaro se l'amministrazione che si trovi nella situazione appena descritta debba agire in autotutela o, più semplicemente, si possa limitare a riesaminare la situazione concreta insorta a seguito dell'adozione dell'atto viziato o, infine, disponga al riguardo di una facoltà assoluta che le consenta di scegliere se intraprendere o meno un procedimento di verifica.

L'incertezza discende dal fatto che, in diritto interno, l'amministrazione gode, invero, di un mero potere di agire in autotutela: l'amministrazione può infatti intervenire revocando o annullando atti viziati, ma non è certamente tenuta ad agire in tal senso. Questo assetto, che ora risulta espressamente codificato dal legislatore<sup>38</sup>, discende da una precisa configurazione storica dell'istituto. Si ritiene infatti che l'amministrazione sia tenuta ad effettuare una duplice comparazione, valutando da un lato la gravità della violazione ed il relativo interesse dell'ordinamento alla sua eliminazione e, dall'altra, gli affidamenti ingenerati nei privati e l'interesse pubblico sotteso alla conservazione dell'atto<sup>39</sup>. In altri termini, la pubblica amministrazione deve « verificare se la conservazione dell'atto, benché illegittimo, non sia proprio la soluzione che meglio consente di soddisfare quell'interesse pubblico che essa è sempre tenuta a perseguire »<sup>40</sup>. La ragione della sussunzione dell'autotutela nel novero delle situazioni giuridiche caratterizzate dal mero esercizio di un potere è, pertanto, indetificabile nella volontà del legislatore di consentire all'amministrazione di effettuare una nuova valutazione<sup>41</sup> alla luce della situazione giuridica determinatasi a seguito dell'impatto normativo suscitato dall'atto amministrativo illegittimo<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, della l. n. 241/90, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, come modificata dalla l. n. 15/2005.

<sup>39</sup> V. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, spec. p. 88 ss.

<sup>40</sup> V. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, p. 1150.

<sup>41</sup> Tanto è vero che si ritiene correntemente che il secondo procedimento (quello con il quale l'amministrazione esercita il proprio potere di autotutela) sia funzionalmente e strutturalmente distinto da quello che ha condotto all'emanazione del provvedimento viziato: in dottrina v., anche per ulteriori riferimenti, E. CANNADA BARTOLI, *Sulla discrezionalità dell'annullamento d'ufficio*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, p. 562; F. MERUSI, *L'affidamento*, cit., p. 101 s.; P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano, 1987, p. 131; V. FICARI, *Autotutela e riesame nell'accertamento tributario*, Milano, 1999, p. 40 ss.

<sup>42</sup> È peraltro opportuno evidenziare come la configurazione dell'autotutela come una situazione giuridica di mero potere sia stata, specie in passato, motivo di profonde perplessità. Si riteneva infatti che l'amministrazione, una volta accertata l'invalidità dell'atto, avesse un vero e proprio dovere di agire per ripristinare l'osservanza della norma e si riteneva che questa conclusione fosse una diretta conseguenza del principio di legalità che, ai sensi dell'art. 97, primo comma, della Costituzione deve contraddistinguere l'intera azione amministrativa. Questa ricostruzione, per quanto tuttora seguita in altri ordinamenti (v., con riferimento al sistema tedesco, E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 10. Aufl., München, 1973, p.

Stante l'assetto appena descritto, diversi dubbi circondano l'esercizio dell'autotutela allorché il vizio che determina il potere di annullamento risulti identificabile nel contrasto con il diritto comunitario <sup>43</sup>.

La giurisprudenza maggioritaria non sembra in realtà propensa a distinguere la situazione caratterizzata dal contrasto con norme comunitarie dall'ipotesi tradizionale. Secondo il Consiglio di Stato l'amministrazione disporrebbe comunque di un mero potere di annullare l'atto illegittimo: detta conclusione discenderebbe, tra l'altro, anche dal disposto dell'art. 21-*nonies* il quale non distingue in alcun modo l'autotutela ordinaria da quella determinata dall'impatto della normativa comunitaria <sup>44</sup>.

A ben vedere, però, è la stessa configurazione dell'autotutela in termini di mero potere che appare scarsamente convincente nell'ipo-

260; nell'ordinamento francese, viceversa, particolari cautele caratterizzano solo l'annullamento degli atti favorevoli al cittadino: G. BRAIBANT, *Le droit administratif français*, Paris, 1984, p. 256), non risulta attualmente rispondente al disposto degli artt 21-*quinquies* e 21-*nonies* della legge 241/90. Il problema può pertanto oggi anche essere semplificato nel senso che, comunque, espresse previsioni di legge consentono all'amministrazione, nell'ambito dei c.d. procedimenti di secondo grado, di non agire per rimuovere la situazione giuridica illegittima: almeno dal punto di vista formale, questo assetto consente pertanto di ritenere salvo il principio di legalità. D'altro canto, benché le norme che caratterizzano l'azione amministrativa siano ritenute imperative, la sanzione che l'ordinamento attribuisce per la loro violazione è la mera annullabilità: si tratta quindi di una sanzione meno rilevante di quella della nullità che, viceversa, caratterizza gli atti privati adottati in violazione di disposizioni imperative. Ciò, come si è già evidenziato *supra* nel testo, consente di conferire certezza e rapidità all'azione amministrativa. Non può inoltre neppure escludersi che provvedimenti illegittimi consentano di perseguire l'interesse pubblico tutelato dalla norma primaria (si pensi, per fare un esempio, alla realizzazione di opere pubbliche effettuate su terreni espropriati senza seguire il procedimento corretto). In questo contesto, è la stessa esigenza di buona amministrazione, parimenti prevista dall'art. 97 della Costituzione, che ha determinato la configurazione dell'istituto dell'autotutela in termini di mero potere. A questo deve poi aggiungersi la necessità di agire con particolare cautela nell'ipotesi in cui l'azione amministrativa ha determinato l'insorgenza di situazioni di affidamento nei privati. In dottrina v. V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 256 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Sulla discrezionalità dell'annullamento d'ufficio*, loc. cit.; Id., *Annulabilità e annullamento*. b) *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 484 ss., 487 ss.; F. BENVENUTI, *Autotela (dir. amm.)*, ivi, vol. IV, Milano, 1959, p. 537 ss., spec. 544; F. MERUSI, *L'affidamento*, cit., p. 95 ss., 145 s.; G. GHETTI, *Autotutela della pubblica amministrazione*, in *Dig., disc. pubbl.*, vol. II, Torino, 1987, p. 80 ss., 82; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, vol. III, Padova, 1993, p. 356 s.; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, t. I, Milano, 2003, p. 943 ss.

<sup>43</sup> Sul punto sono state infatti sostenute diverse tesi, tra di loro scarsamente compatibili: sia quella della mera facoltatività dell'autotutela, sia quella della doverosità, sia, infine, quella della sussistenza di un mero obbligo di riesame. V. in generale M. RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa. Principi operativi e ambiti applicativi*, Milano, 2006, p. 286 ss.; A. LIBERATI, *L'autotutela amministrativa*, Milano, 2006, cap. 6.

<sup>44</sup> V., in particolare, Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2006, n. 1023, *Soc. LNG c. Provincia Brindisi*, in *Giur. amm.*, 2006, I, p. 352 ss.: «l'esercizio dei poteri di autotutela non può essere configurato in termini di doverosità»; in dottrina v. M. RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa*, cit., spec. p. 302.

tesi in esame. La soluzione seguita dalla giurisprudenza si fonda, infatti, sul presupposto che la mancata tempestiva impugnazione dell'atto determini il consolidamento del provvedimento viziato: si è invece rilevato come tale consolidamento operi solo sul piano processuale e non faccia venire meno la vincolatività del diritto comunitario per lo Stato. Se questa considerazione è esatta è evidente che l'amministrazione che ha emanato l'atto viziato abbia un vero e proprio *obbligo* giuridico di procedere al riesame della situazione giuridica determinata dall'atto viziato<sup>45</sup>. L'esattezza di questa deduzione appare, d'altro canto, confermata, dalla stessa Corte di giustizia. Nel caso *Kühne & Heitz*, infatti, la Corte ha affermato che « il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE impone ad un organo amministrativo, investito (di) una richiesta... di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tenere conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora: disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione; la decisione in questione sia diventata definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita a titolo pregiudiziale alle condizioni previste e all'art. 234, n. 3, CE, e l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza »<sup>46</sup>.

La decisione, come è evidente, concerne l'incidenza sugli atti amministrativi nazionali di interpretazioni comunitarie successive: quindi, in buona sostanza, di obblighi comunitari sopravvenuti rispetto all'operato della pubblica amministrazione; nonostante questa limitazione, la pronuncia appare comunque estensibile all'ipotesi in esame, concernente atti amministrativi assunti in violazione di norme comunitarie esistenti al momento dell'adozione del provvedimento viziato. Secondo la Corte, pure a seguito di un giudicato nazionale<sup>47</sup>, l'autorità amministrativa ha l'obbligo di riesaminare le

---

<sup>45</sup> Così, seppure in termini dubitativi, D. DE PRETIS, « *Illegittimità comunitaria* » dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 725 ss.; S. VALGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 1245 ss.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, p. 560 s.

<sup>46</sup> Corte giust. 13 gennaio 2004, causa C-453/00, in *Racc.*, p. I-837.

<sup>47</sup> Corte giust. 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, in *Rass. Trib.*, 2007, p. 1579 spec. punti 59 ss., ha infatti precisato che l'esistenza di un giudicato nazionale non esclude l'obbligo dello Stato di dare attuazione alle norme comunitarie immediatamente precettive.

proprie decisioni e di compiere una nuova valutazione della medesima questione alla luce dell'interpretazione, eventualmente difforme, fornita dalla Corte di giustizia. Tale obbligo, secondo la Corte, discende direttamente dal principio di cooperazione. A questo punto, trattandosi di un obbligo che, per effetto dell'art. 10, incombe sullo Stato, risulta evidente che esso non possa essere condizionato all'esistenza di una richiesta del privato coinvolto dal provvedimento amministrativo, la quale assume eminentemente una rilevanza dal punto di vista procedurale, al fine di determinare il momento a partire dal quale l'amministrazione è tenuta ad agire. Il soggetto obbligato a porre in essere un determinato comportamento, dal punto di vista del sistema comunitario, è pur sempre lo Stato, perché solo questo è destinatario dell'obbligo di cooperazione posto dall'art. 10: sul piano interno tale soggetto è, quindi, identificabile con l'amministrazione che ha emanato l'atto viziato, dal momento che soltanto questa ha il potere di annullare, revocare o rinnovare il proprio provvedimento <sup>48</sup>.

D'altro canto, la circostanza che un simile obbligo discenda direttamente dall'art. 10, contribuisce a chiarire quale ne sia l'effettiva portata: è evidente, infatti, che questa disposizione stabilisca un mero obbligo di mezzi e non di risultato. La stessa formulazione della disposizione suggerisce questa conclusione, dal momento che stabilisce che gli Stati membri « adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi discendenti dal presente trattato ». In altri termini, gli Stati membri devono solo adoperarsi al fine di cercare di creare i presupposti per

---

Non si può peraltro escludere che il principio sia circoscritto all'ipotesi specifica (recupero di aiuti illegittimi).

<sup>48</sup> In termini piuttosto singolari, la dottrina e la giurisprudenza dominanti tendono a leggere in maniera opposta Corte giust. 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*, cit. Secondo l'opinione maggioritaria, infatti, con tale decisione la Corte di giustizia avrebbe confermato che l'amministrazione non è obbligata ad agire in autotutela (v. ad es. F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., p. 1151; nonché le conclusioni dell'Avvocato generale Y. Bot, nella causa C-2/06, *Kempter c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, inedite, punto 47). Questa lettura si fonda essenzialmente sul paragrafo 24 della decisione, secondo il quale: « (i)l carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza e da ciò deriva che il diritto comunitario *non esige* che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquistato tale carattere definitivo » (corsivo aggiunto). Il paragrafo 24 va, però, letto nel contesto dell'intera decisione. Come si è visto nella parte riportata nel testo, la Corte desume l'esistenza di un vero e proprio obbligo in capo all'amministrazione di annullare o revocare i propri atti contrastanti con il diritto comunitario dall'art. 10 Trattato CE; detta disposizione deve essere considerata congiuntamente con la previsione, espressamente stabilita dal diritto interno, in virtù della quale l'amministrazione ha la possibilità di tornare sulle proprie decisioni. Non è quindi un caso se, nel caso di specie, la Corte conclude a favore della sussistenza di un vero e proprio obbligo di annullare il provvedimento invalido.

la concreta applicazione delle disposizioni comunitarie, ma non devono necessariamente garantire tale risultato <sup>49</sup>.

Sulla base di siffatte considerazioni sembra logico ritenere che le disposizioni legislative interne, nella misura in cui riconoscono un mero potere di agire all'amministrazione siano contrastanti con il diritto comunitario ed in particolare con il principio di leale cooperazione previsto dal Trattato. Naturalmente si potrebbe obiettare che l'art. 10 è disposizione priva di effetti diretti <sup>50</sup>; e la semplice disapplicazione delle previsioni di diritto interno che attribuiscono all'amministrazione il potere di agire in autotutela non determina l'automatica trasformazione di tale situazione giuridica attiva in una passiva, caratterizzata, per l'appunto, dall'esistenza di un obbligo. In realtà il ragionamento, se impostato in questi termini, appare verosimilmente errato: non è, infatti, solo un problema di applicazione di una disposizione comunitaria in luogo di una nazionale. Si tratta, piuttosto, di desumere l'obbligo dell'amministrazione di riesaminare

---

<sup>49</sup> In termini parzialmente divergenti v. Corte giust. 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04 e C-442/04, *i-21 Germany GmbH c. Germania* e *Arcor AG c. Germania*, in *Racc.*, p. I-8559 punti 55 ss., spec. 63: « (n)e discende che, se le norme nazionali di ricorso obbligano a ritirare l'atto amministrativo illegittimo per contrarietà al diritto interno, pur se ormai atto definitivo, allorché il suo mantenimento è "semplicemente insopportabile", identico obbligo deve sussistere a parità di condizioni in presenza di un atto amministrativo non conforme al diritto comunitario ». In sostanza, con questa decisione, la Corte ricollega la necessità dell'autotutela all'assetto giuridico che tale istituto presenta in diritto interno: è come se il principio di equivalenza che caratterizza gli strumenti propriamente processuali (e che discende dalla generale intangibilità degli ordinamenti nazionali in tale materia: v. nota 21 e testo corrispondente) venisse esteso anche ai meccanismi procedurali che governano l'operato della pubblica amministrazione. Detta decisione appare tuttavia criticabile, dal momento che fa dipendere l'efficacia del diritto comunitario dalle regole procedurali presenti nei sistemi giuridici nazionali; tuttavia l'obbligo della pubblica amministrazione di rispettare il diritto comunitario non può dipendere dalle specifiche modalità stabilite dall'ordinamento interno, poiché altrimenti verrebbe pregiudicata l'uniforme applicazione delle fonti comunitarie in tutti gli Stati membri. In dottrina v. Z. PEERBUX-BEAUGENDRE, *Une administration ne peut invoquer le principe de la force de chose définitivement jugée pur refuser de réexaminer une décision dont une interprétation préjudicielle ultérieure a révélé la contrariété avec le droit communautaire*, in *Rev. droit Union europ.*, 2004, p. 566 ss.; GRÜNER, *L'annullamento di ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi della certezza del diritto e dell'autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 240 ss.

<sup>50</sup> L'efficacia diretta dell'art. 10 Trattato CE (ex art. 5) è generalmente esclusa dalla dottrina dominante, sull'assunto che la disposizione è strutturalmente diretta agli Stati membri e li vincola quanto al risultato da raggiungere: v., in generale, A. BLECKMANN, *Artikel 5*, in *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Band 1, Baden-Baden, 1983, p. 108 ss., 112; M.A. DAUSES, *Quelques réflexions sur la signification et la portée de l'article 5 du Traité CEE*, in *The Dynamics of Ec Law*, Baden-Baden, 1987, p. 229 ss., 234; M. BLANQUET, *L'article 5 du Traité CEE. Recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*, Paris, 1994, p. 265 ss.; C. NIZZO, *L'art. 5 del Trattato CE e la clausola generale di buona fede nell'integrazione europea*, in questa *Rivista*, 1997, p. 381 ss., 406 ss.; L.S. ROSSI, *Art. 10*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 218 ss.; F.G. PIZZETTI, *Il principio di leale cooperazione nell'ordinamento europeo*, in *L'ordinamento europeo*, a cura di S. MANGIAMELLI, Milano, 2006, I, p. 331 ss.

le proprie determinazioni — che la Corte ha formalmente ricollegato all'art. 10 — dal sistema comunitario nel suo complesso; ed in particolare dal carattere di supremazia che ne contraddistingue le fonti normative.

Opportuno poi rilevare che la discrezionalità della quale gode la pubblica amministrazione nella conduzione del procedimento di riesame appare notevolmente limitata. I fattori da prendere in considerazione, nell'ipotesi di atti viziati per contrasto con disposizioni comunitarie, sono infatti molteplici. In questo caso l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto viziato diviene più stringente, dal momento che esso non può ravvisarsi solo nell'interesse dell'ordinamento nazionale all'annullamento degli atti illegittimi, ma appare riconducibile ad un ambito più vasto, quale è quello dell'intera Comunità. In tale valutazione entrano infatti in gioco ulteriori elementi, quali, ad esempio, l'esigenza di uniformità nell'applicazione delle previsioni di origine comunitarie in tutto il territorio europeo, il buon funzionamento del mercato comune e, infine, l'opportunità di evitare la proposizione di un ricorso per infrazione nei confronti dello Stato. L'interesse pubblico sotteso all'eventuale provvedimento di annullamento dell'atto viziato diviene, in sostanza, talmente esteso, nel caso in cui sia determinato dalla violazione di norme comunitarie, che la stessa sfera di discrezionalità della quale l'amministrazione abitualmente gode nei procedimenti di autotutela risulta notevolmente circoscritta. A ben vedere, l'unico limite che potrebbe indurre l'amministrazione a non annullare l'atto illegittimo per contrasto con norme comunitarie è ravvisabile nella creazione di situazioni giuridiche ormai definite nei rispettivi elementi giuridici e fattuali. In questo caso, infatti, la stessa amministrazione si troverebbe di fronte l'ostacolo determinato dal consolidamento di diritti soggettivi in capo ai singoli: e tale consolidamento, in linea di principio, si pone, per la medesima esigenza di certezza del diritto stabilita all'interno dello stesso ordinamento comunitario, come circostanza che impedisce la revoca dell'atto amministrativo viziato.

V. Pur con le precisazioni contenute nei paragrafi precedenti, si può tuttavia accettare che il regime processuale generale degli atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario, sul piano dell'ordinamento interno, sia essenzialmente caratterizzato dall'annullabilità dei provvedimenti. Solo che tale regime discende da esigenze di ordine processuale determinate eminentemente dal rispetto del principio della certezza del diritto: ciò consente di spiegare perché esso venga meno o comunque subisca talune modifiche



nel caso in cui esso non consenta di salvaguardare in maniera efficace i caratteri tipici delle fonti comunitarie.

Da questi dati non può pertanto desumersi l'assoluta impossibilità di invocare mezzi di tutela giurisdizionale ulteriori a fronte di atti amministrativi viziati per contrasto con il diritto comunitario: occorre, infatti, svolgere una valutazione caso per caso al fine di verificare se questo assetto sia di volta in volta adatto ad assicurare l'effettiva vigenza delle prescrizioni comunitarie e se esso risponda alle esigenze di equivalenza della tutela e di certezza del diritto.

Tali conclusioni rimangono in linea di principio valide; occorre tuttavia verificare se esse conservino valore pur a fronte di talune recenti modifiche legislative. Nella specie, con l'art. 21-*septies* della l. n. 241 del 1990, legge generale sul procedimento amministrativo<sup>51</sup>, il legislatore ha stabilito talune circoscritte ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo.

Dette ipotesi, che sono state adottate in via legislativa sulla scorta di suggestioni giurisprudenziali e dottrinali, costituiscono, evidentemente, un'eccezione al principio della mera annullabilità dell'atto: tanto è vero che si ritiene abitualmente che esse siano tassative e specificamente circoscritte ai vizi espressamente enunciati. Il dato che interessa ai fini della nostra indagine è però costituito dal fatto che, con tale modifica, il legislatore italiano ha parzialmente mutato i caratteri del sistema di diritto processuale amministrativo, dal momento che ha riconosciuto che taluni vizi dell'atto amministrativo siano a tal punto gravi da non essere in alcun modo sanabili. In questi casi, la sanzione che meglio si addice è la nullità assoluta del provvedimento; con la conseguenza che i vizi appartenenti a tale categoria possono essere constatati pur dopo il decorso del termine di impugnazione legislativamente stabilito.

Se questo è esatto occorre verificare se un vizio di detta natura possa inficiare gli atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario. È infatti lo stesso principio della equivalenza della tutela che impone di effettuare siffatta verifica, perché l'introduzione della categoria della nullità potrebbe indurre a riconsiderare l'argomento — ritenuto prevalente dalla stessa Corte di giustizia — della certezza del diritto: è ovvio, infatti, che se tale certezza viene meno nel diritto interno, per effetto delle modifiche legislative ivi adottate, essa debba *a fortiori* venire meno anche in relazione alle situazioni giuridiche oggetto di previsioni di origine comunitaria.

---

<sup>51</sup> La disposizione è stata introdotta a seguito delle modifiche adottate con la l. n. 15/2005.



Più dettagliatamente, l'art. 21 *septies*, della legge 241/90 include, tra le cause di nullità degli atti amministrativi, il « difetto assoluto di attribuzione ».

Come è evidente, il dubbio che potrebbe insorgere nell'interprete concerne l'incidenza del diritto comunitario sul riparto delle competenze statali. Come è noto, infatti, la nascita dell'ordinamento comunitario ha determinato un trasferimento di competenze dallo Stato alle istituzioni politiche. In questo contesto si potrebbe sostenere che gli atti amministrativi adottati in contrasto con disposizioni comunitarie direttamente efficaci siano, in realtà, adottati in carenza assoluta di poteri e siano, conseguentemente, nulli.

In sostanza si deve verificare se il contrasto con il diritto comunitario sia, sulla base dell'impostazione logica seguita dalla nostra Corte costituzionale, assimilabile ad un'ipotesi di difetto assoluto di attribuzione. Secondo la ricostruzione teorica della Corte, lo Stato, per effetto dell'art. 11 della Costituzione, avrebbe accettato una limitazione delle proprie prerogative sovrane<sup>52</sup>. L'art. 11 della Costituzione avrebbe in sostanza consentito allo Stato di limitare le proprie competenze in determinati settori al fine di trasferirle alle istituzioni comunitarie. I poteri sovrani oggetto di tale trasferimento risultano attualmente esercitabili solo dalle istituzioni comunitarie, in luogo dei corrispondenti organi nazionali<sup>53</sup>.

Naturalmente per determinare l'estensione dei poteri oggetto di trasferimento occorre verificare quali di questi siano necessari per il funzionamento del sistema comunitario<sup>54</sup>. In altri termini, la ricognizione dei poteri dei quali si sono spogliate le autorità nazionali può, evidentemente, essere effettuata solo sulla base dell'ordinamento sovranazionale.

Ora a ben vedere, dal riconoscimento di un trasferimento di competenze, non è mai stato desunto l'ulteriore corollario per cui

---

<sup>52</sup> Corte cost. 5 giugno 1984, n. 170.

<sup>53</sup> Come è noto, resterebbe pur sempre salva la possibilità per il legislatore di recuperare tali prerogative, attraverso le c.d. "leggi di rottura": tali sarebbero quegli atti normativi con i quali lo Stato decide di riappropriarsi dei poteri trasferiti e di esercitarli pur a fronte dei limiti ad esso imposti dal diritto comunitario. È stato peraltro sostenuto che tale eventualità sia venuta meno alla luce del nuovo testo dell'art. 117 Cost., nella parte in cui stabilisce il rispetto, per il legislatore statale e per quello regionale, dei « vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario » (G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, 9<sup>a</sup> ed., Bari, Roma, 2006, p. 131; per una diversa ricostruzione della funzione del precetto costituzionale v. E. CANNIZZARO, *La riforma "federalista" della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 921 ss.).

<sup>54</sup> V., al riguardo, quanto affermato dalla medesima Corte costituzionale nella decisione n. 183 del 1973: « in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate ».

anche le autorità amministrative costituite in applicazione di previsioni legislative interne siano private della possibilità di esercitare le proprie competenze: il trasferimento di poteri non sembra infatti coinvolgere (almeno non allo stesso modo) anche il potere esecutivo. Per poter funzionare correttamente il diritto comunitario presuppone, al contrario, un'attività concreta da parte delle amministrazioni nazionali. Si pensi, per fare un esempio, all'applicazione delle norme comunitarie *antitrust*: come è noto, anche le autorità nazionali sono competenti ad applicare le disposizioni comunitarie; e la stessa commissione, nel momento in cui decide di svolgere talune indagini *in loco*, come ispezioni o acquisizioni documentali, deve servirsi dell'autorità nazionale per potere effettuare le dovute indagini presso le imprese. Questo assetto, che è caratterizzato da un certo coordinamento e da una cooperazione reciproca, è verosimilmente una conseguenza del fatto che le istituzioni comunitarie ancora non dispongono dei cosiddetti poteri di « governo » del territorio<sup>55</sup>. L'assetto che ne discende non è, quindi, caratterizzato dalla mera prevalenza delle fonti comunitarie, ma da un coordinamento tra istituzioni comunitarie e autorità amministrative, le quali devono agire congiuntamente nel perseguimento dei medesimi fini<sup>56</sup>. Il quadro giuridico che si determina per effetto dell'incidenza delle fonti comunitarie sull'attività degli organi amministrativi nazionali risulta quindi caratterizzato eminentemente dall'integrazione reciproca, più che dalla esclusiva prevalenza delle prime.

Da queste riflessioni possiamo verosimilmente desumere un'ulteriore conseguenza. Se dal punto di vista comunitario lo Stato viene normalmente considerato come un'entità unitaria, sul piano interno tale unitarietà viene meno. Il trasferimento di poteri che si è verificato per il tramite dell'art. 11, non riguarda tutti i poteri statali, ma esclusivamente quelli normativi; ciò significa che gli atti amministrativi strettamente intesi (ovvero quelli con i quali la pubblica amministrazione esercita determinate competenze conferite dalla legge) *normalmente* non determinano ipotesi di carenza assoluta di potere, solo perché contrastanti con norme comunitarie.

---

<sup>55</sup> V., per tutti, G. GAJA, *Introduzione*, cit., p. 7.

<sup>56</sup> Un'ulteriore ipotesi di estesa collaborazione tra istituzioni comunitarie e autorità amministrative nazionali concerne l'impiego dei fondi comunitari. Secondo una giurisprudenza consolidata, infatti, le autorità amministrative devono adottare tutte le misure necessarie per impedire ai privati di commettere irregolarità; ed in particolare devono attivarsi prontamente per recuperare i contributi erogati dal FEAOG che siano stati concessi dalle autorità nazionali in assenza dei presupposti (v., ad es., Corte giust. 21 febbraio 1991, causa C-28/89, *Germania c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-581; 9 gennaio 2003, causa C-157/00, *Grecia c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-153).

Una volta constatata l'esistenza di una differenza specifica tra atti legislativi e atti amministrativi emanati dalle competenti autorità nello svolgimento delle operazioni alle quali esse sono deputate, si possono tracciare le conclusioni del discorso. Se il trasferimento di poteri realizzato attraverso l'art. 11 della Costituzione coinvolge eminentemente gli atti legislativi, è necessario concludere che la disapplicazione esplicita pienamente la propria funzione nei confronti delle fonti normative a carattere generale, ma che essa non coinvolge, nella stessa misura, gli atti amministrativi. Questo assetto può determinare talune conseguenze specifiche: può infatti accadere che la disapplicazione delle norme che costituiscono la base del potere amministrativo causi effetti riflessi (o indiretti) anche sugli atti amministrativi. In altri termini, benché l'esercizio di attività amministrative contrastanti con il diritto comunitario non determini, di per sé, situazioni di carenza assoluta di potere, ciò non esclude che ipotesi di tal fatta ricorrano quale conseguenza della combinazione tra regime degli atti amministrativi e disposizioni di rango legislativo.

Una prima ipotesi (per la verità rara nella prassi) concerne l'atto amministrativo adottato in carenza assoluta di potere: ovvero, l'atto amministrativo con il quale la pubblica amministrazione si arroghi direttamente determinate competenze che, ormai, spettano solo alle istituzioni comunitarie, in settori nei quali anche le semplici funzioni esecutive si svolgono senza l'intervento di apparati statali. Si pensi, in via esemplificativa, ad un atto della Banca d'Italia con il quale viene stabilito un determinato regime di circolazione dell'Euro; oppure ad un atto del Ministro del commercio con l'estero, con il quale viene revocata una misura commerciale disposta dal Consiglio dell'Unione europea: in questi casi, astrattamente caratterizzati dall'esistenza di competenze esclusive in capo alle istituzioni comunitarie, nessun potere neppure di ordine esecutivo viene normalmente esercitato dalle autorità nazionali: conseguentemente, l'atto amministrativo con il quale gli organi esecutivi invadono dette competenze sarà radicalmente nullo.

Più complesse sono invece le situazioni, maggiormente frequenti nella pratica, nelle quali una norma attributiva di un determinato potere in capo alla pubblica amministrazione, effettivamente, esista. In questa seconda ipotesi è opportuno distinguere diverse fattispecie, che si differenziano tra di loro quanto ai mezzi di tutela utilizzabili: solo in un caso, infatti, sembra esperibile il rimedio della disapplicazione della norma gerarchicamente superiore, con conseguente caducità dell'atto amministrativo che su detta previsione si

fondi. Può infatti accadere che l'atto amministrativo venga adottato sul presupposto dell'applicazione di una norma legislativa contrastante con il diritto comunitario: in questo caso, la disapplicazione della previsione di legge dovrebbe travolgere, senza alcun limite temporale, anche l'atto amministrativo conseguente<sup>57</sup>.

Un'ultima ipotesi in cui la disapplicazione può travolgere l'intera attività amministrativa concerne gli atti amministrativi a carattere generale ed astratto. In talune ipotesi, infatti, determinati atti amministrativi assolvono a funzioni di carattere normativo: in sostanza essi costituiscono vere e proprie disposizioni a carattere generale e ciò si verifica perché, talora, la stessa legge assegna ad un'amministrazione dello Stato il compito di stabilire il contenuto normativo di determinate disposizioni o comunque di disciplinare, in via astratta, una serie indistinta di situazioni giuridiche. In questo caso le disposizioni regolamentari sono dirette a disciplinare una serie indistinta di situazioni giuridiche e non soltanto ipotesi specifiche; in tale contesto non si vede ragione di limitare i rimedi esperibili nei confronti di detti regolamenti: la mera annullabilità, infatti, risulta scarsamente idonea proprio per l'astratta idoneità di questi atti a rivolgersi alla generalità dei consociati.

## SUMMARY

The general obligation of setting aside national rules that are incompatible with EC provisions encounters what seem to be insuperable difficulties in administrative proceedings.

This is especially due to the fact that court jurisdiction as regards acts emanating from administrative authorities is conceived in terms of annulment: an act can be invalidated provided that the action is brought within a fixed time limit. While national laws that are incompatible with EC provisions can be set aside at any time without limits, an action for

---

<sup>57</sup> V., in questi termini, già la decisione del Consiglio di Stato, n. 35/2003, cit., par. 6.2: « Appare, allora, agevole rilevare che la violazione della disposizione comunitaria implica un vizio di illegittimità-annullabilità dell'atto interno contrastante con il relativo paradigma di validità e che la diversa forma patologica della nullità (o dell'inesistenza) risulta configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale è stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere nel cui esercizio è stato adottato l'atto) incompatibile (e, quindi, disapplicabile) con il diritto comunitario ». In dottrina v., anche, F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1093, secondo il quale « il caso in esame potrebbe effettivamente dar luogo ad una situazione di carenza di potere, qualora la disposizione contrastante col diritto comunitario sia la norma attributiva del potere amministrativo, e non già la norma che disciplina semplicemente l'esercizio del potere stesso: in questa ipotesi, il meccanismo della disapplicazione, che assicura la prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale, farebbe venir meno la norma che fonda il potere, sicché il provvedimento andrebbe correttamente qualificato nullo per carenza di potere ».

annulment in Italian legal order must be brought before the court — for procedural and substantial reasons which can be summarized as the need for legal certainty of administrative actions — within sixty days.

Judicial case law and academics tend to equate the obligation to set aside national provisions with the annulment of the act by administrative tribunals; but this simplistic approach appears to be in sharp contrast with the principle of primacy of the EC legal order; and, most of all, it increases legal uncertainty with respect to administrative acts that are incompatible with European provisions.

The dispute concerning the remedies against administrative acts infringing supranational rules is probably based on partially wrong premises. In the author's opinion, a clear distinction must be drawn between the technique of setting aside national provisions incompatible with Community legal order, which is clearly of a substantive nature, and the remedies which can be used in order to invoke it: while Member States must comply with the first obligation, they have wide autonomy in identifying procedural remedies.

With this difference clearly in mind, we can identify an obligation of public authorities to revoke their own acts which infringe EC rules. This is clearly only a procedural obligation: administrative authorities only have a duty to re-examine the situation that has originated from their unlawful conduct, although, as they carry out this exercise, many elements can be taken into consideration, including the possibility of an action for infringement of EC rules against the Member State and the opportunity to avoid it.